

Omkoping bestraft?

Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding
van (buitenlandse) omkoping



Omkoping bestraft?

Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van (buitenlandse) omkoping

G. Smid

ISBN: 978-90-5850-865-2

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

Tel: 013-5821366

E-Mail: info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht.

Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© G. Smid/WLP [2012]

Omkoping bestraft?
Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van
(buitenlandse) omkoping

Bribery penalized?
International influences on combating (foreign) bribery by means of
criminal law

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 14 september 2012 om 11.30 uur

door

Gerben Smid
geboren te Vlaardingen



Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. H. de Doelder

Overige leden: Prof.mr. T. Blom

Prof.mr. J.W. Fokkens

Prof.mr. P.A.M. Mevis

Voorwoord

Met het schrijven van dit voorwoord leg ik de laatste hand aan het boek dat jarenlang mijn leven heeft beheerst. Het was een mooie periode, waarvan ik het langste deel bij de sectie strafrecht van de rechtenfaculteit in Rotterdam heb doorgebracht. Het was een periode waarin ik niet slechts veel heb mogen leren over het onderwerp van mijn proefschrift, maar ook mijn kennis over het strafrecht in het algemeen heb mogen vergroten. Een niet onbelangrijk deel van het onderzoek heb ik echter verricht in Curaçao. Dat had overigens niets te maken met het onderwerp van dit proefschrift, hoewel mijn inzicht in het onderwerp door mijn nieuwe woonplaats wel degelijk is verrijkt. Het wonen op een tropisch eiland heeft het onderzoek niet bespoedigd, ik heb nieuwe waardering gevonden voor de bibliotheek van de Erasmus Universiteit en het gemak waarmee je in Nederland toegang hebt tot literatuurbronnen. Maar de zon maakte een hoop goed.

In de eerste plaats gaat mijn dank uit naar mijn promotor, Hans de Doelder, die mij de kans gunde om dit onderzoek te doen. Hij bood mij veel vrijheid, maar spoorde mij ook aan om door te gaan. Zelfs op Curaçao was ik niet veilig voor hem.

Ik dank de leden van de kleine commissie en in het bijzonder Prof. Fokkens, wiens uitgebreide commentaar zeer bruikbaar was.

Bijzondere dank ben ik verschuldigd aan mijn oud-collega en vriend Bart Keupink. Als kamergenoot op de universiteit liet hij mij zien wat discipline is. Zijn enthousiasme was voor mij zeker een stimulans om door te gaan en dit boek af te maken.

Mijn dank gaat ook uit naar mijn ouders en in het bijzonder naar mijn vader, wiens enthousiasme over mijn onderzoek misschien wel dat van mij oversteeg.

Voorts wil ik danken de heren en dame van het ECPS, die het gebrek aan bronnen iets hebben weten te verzachten door steeds als ik het vroeg artikelen en boeken op te zoeken, te scannen en te e-mailen. Hun bezoeken aan Curaçao waren overigens ook erg gezellig.

Ook dank ik Dick Piar, die mij de tijd gunde wanneer ik die nodig had om een deadline te halen. Verder wil ik Stacy Riding bedanken, die mij op het laatst, toen de stress het hoogst was en de uitgever wachtte, enorm heeft geholpen. Zonder haar was het niet af geweest.

Tot slot, Canan, mijn lieve vrouw, ik dank je voor je hulp, je vertrouwen, je aansporing en bovenal voor het mooiste dat je me kon geven. Ik hoop van harte dat jij nooit zult besluiten een proefschrift te schrijven. We hebben onze portie nu wel gehad.

Kom Oskar, nu gaan we eindelijk naar het strand!

Verkorte inhoudsopgave

Voorwoord	v
Hoofdstuk 1 Inleiding en vraagstelling	1
Hoofdstuk 2 Geschiedenis van verdragen tegen buitenlandse omkoping	11
Hoofdstuk 3 Inhoud van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping	65
Hoofdstuk 4 Monitoring en handhaving van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping	149
Hoofdstuk 5 Strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping in de Nederlandse wetgeving	197
Hoofdstuk 6 Evaluatie van Nederland en hoe het beter kan	289
Hoofdstuk 7 Handhaving van de Nederlandse strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping	327
Samenvatting	389
Summary	395
Aangehaalde literatuur	401
Aangehaalde rapporten	407
Jurisprudentieregister	411
Lijst van veel gebruikte afkortingen	413
Strafbaarstelling van ambtelijke omkoping in het Wetboek van Strafrecht (wettekst)	415

Voorwoord

v

Hoofdstuk 1

Inleiding en vraagstelling

1.1	Inleiding	1
1.2	De term ‘corruptie’	2
1.2.1	Containerbegrip	2
1.2.2	Definitiekwestie	3
1.3	Afbakening	6
1.4	Probleemstelling	7

Hoofdstuk 2

Geschiedenis van verdragen tegen buitenlandse omkoping

2.1	Inleiding	11
2.2	Het begin	11
2.2.1	Watergate	11
2.2.2	Een eerste strafbaarstelling van buitenlandse corruptie: the Foreign Corrupt Practices Act (1977)	14
2.3	Internationale aandacht, de ontwikkeling	15
2.3.1	Organization of American States	16
2.3.2	OECD	17
2.3.2.1	Corruptiebestrijding door de OECD vóór 1997	18
2.3.2.1.1	Guidelines for Multinational Enterprises	18
2.3.2.1.2	Naar een grotere afdwingbaarheid	21
2.3.2.1.3	1994 Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions	22
2.3.2.1.4	1996 Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials	23
2.3.2.1.5	1997 Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions	24
2.3.2.2	Strafbaar stellen van buitenlandse omkoping niet langer vrijblijvend: Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions	24
2.3.2.3	Na het OECD-corruptieverdrag: van losse initiatieven naar een georganiseerd instrumentarium	26
2.3.3	Europese Unie	29
2.3.3.1	Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen en de bijbehorende protocollen	31

OMKOPING BESTRAFT ?

2.3.3.2	Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de Lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn	34
2.3.3.3	Voorstel voor een anticorruptierichtlijn	35
2.3.3.4	De pijlerstructuur verlaten, gevolgen voor corruptiebestrijding	37
2.3.3.5	Inbedding in het alomvattend anticorruptiebeleid van de Europese Unie	39
2.3.3.6	Na de inwerkingtreding van de strafrechtelijke anticorruptie-instrumenten	42
2.3.4	Raad van Europa	44
2.3.4.1	Aandacht voor corruptiebestrijding	44
2.3.4.2	Programme of Action against Corruption.	45
2.3.4.3	Twenty Guiding Principles	46
2.3.4.4	Criminal Law Convention on Corruption	47
2.3.4.5	De oprichting van de GRECO	47
2.3.4.6	Andere instrumenten van de Raad van Europa	48
2.3.5	Verenigde Naties	49
2.3.5.1	Het begin	50
2.3.5.2	Corruptiebestrijding als onderdeel van de code of conduct	51
2.3.5.3	Geen code of conduct, geen corruptiebestrijding	53
2.3.5.4	Nieuwe poging over een andere boeg	54
2.3.5.5	Code of conduct for public officials	56
2.3.5.6	Convention against transnational organized crime	58
2.3.5.7	Convention against corruption	59
2.4	Afsluiting	62

Hoofdstuk 3

Inhoud van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping

3.1	Inleiding	65
3.2	OECD	65
3.2.1	Recommendations	66
3.2.2	OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions	68
3.2.2.1	Inleiding	68
3.2.2.2	Doel en inhoud van het verdrag: beperkt maar ruim	69
3.2.2.3	Strafbaarstelling(en)	70
3.2.2.3.1	Bestanddelen van de strafbare gedraging	72
3.2.2.3.2	Strafbare deelnemingsvormen en poging	87
3.2.2.4	(Overige) beperkingen van strafbaarheid	88
3.2.2.5	Sancties	93

3.2.2.6	Rechtsmacht	95
3.2.2.7	Monitoring	99
3.2.3	Een vergelijking met de Foreign Corrupt Practices Act	99
3.2.4	Hernieuwde aandacht voor corruptiebestrijding: de 2009-Recommendation	104
3.3	Europese Unie	105
3.3.1	Fraudeovereenkomst met protocollen en corruptieovereenkomst	106
3.3.1.1	Strafbaarstellingen	106
3.3.1.2	Bestanddelen van de strafbare gedraging	108
3.3.1.3	Strafbare deelnemingsvormen en poging	112
3.3.1.4	Aansprakelijkheid van rechtspersonen	113
3.3.1.5	Sancties	114
3.3.1.6	Rechtsmacht	117
3.4	Raad van Europa	119
3.4.1	Programme of Action against Corruption	119
3.4.2	Criminal Law Convention	121
3.4.2.1	Strafbaarstellingen	121
3.4.2.1.1	De ‘reguliere’ strafbaarstellingen	123
3.4.2.1.2	Ongeoorloofde beïnvloeding	127
3.4.2.2	Aansprakelijkheid van rechtspersonen	129
3.4.2.3	Sancties	130
3.4.2.4	Rechtsmacht	130
3.4.2.5	Monitoring	132
3.5	Verenigde Naties	132
3.5.1	Inleiding	132
3.5.2	Verklaring van de Verenigde Naties tegen corruptie en omkoping in internationale commerciële transacties	132
3.5.3	Verdrag van de Verenigde Naties tegen grens- overschrijdende georganiseerde misdaad	133
3.5.4	Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie	135
3.5.4.1	Strafbaarstelling en rechtshandhaving	136
3.5.4.2	Soft law bepalingen	138
3.5.4.3	Vervolging, berechting en sancties	140
3.5.4.4	Rechtsmacht	141
3.5.4.5	Monitoring	141
3.5.4.6	Afsluiting	142
3.6	Internationale samenwerking en wederzijdse rechtshulp	142
3.7	Witwasbestrijding ter bestrijding van corruptie	146

Hoofdstuk 4

Monitoring en handhaving van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping

4.1	Inleiding	149
4.2	Toezicht op de naleving van verdragen van oudsher	150
4.3	Vormen van internationaal toezicht	152
4.3.1	Monitoring op andere gebieden	153
4.3.2	De methode van ‘peer review’	158
4.3.3	Het monitoren van anticorruptie-inspanningen	158
4.4	Voorwaarden voor een goede monitoring	159
4.5	Monitoring van het OECD-corruptieverdrag	162
4.5.1	Monitoring door de OECD	162
4.5.2	Monitoring van anticorruptie-inspanningen	164
4.5.2.1	Working Group on Bribery in International Business Transactions	164
4.5.2.2	Methode en procedure	167
4.5.2.2.1	Phase 1	167
4.5.2.2.2	Phase 1bis en 1ter	169
4.5.2.2.3	Phase 2	169
4.5.2.2.4	De tanden van de WGB: Phase 2bis	171
4.5.2.2.5	Phase 3	172
4.5.2.2.6	Bijeenkomsten WGB: ‘Tour de table’	173
4.5.2.3	Rechtsvorming door de WGB	174
4.6	Monitoring van corruptieregelgeving van de Raad van Europa	175
4.6.1	De GRECO	176
4.6.1.1	Doelstelling, taak en opzet van de GRECO	176
4.6.1.2	Lidmaatschap GRECO	177
4.6.1.3	Procedure van evaluaties	178
4.6.1.3.1	Eerste ronde	180
4.6.1.3.2	Tweede ronde	181
4.6.1.3.3	Derde ronde	181
4.6.1.3.4	Vierde ronde	182
4.7	Monitoring van het VN-corruptieverdrag	183
4.8	Handhaving van EU-regelgeving	186
4.8.1	OLAF	187
4.8.2	Hof van Justitie van de Europese Unie	189
4.8.3	Wel monitoring van nieuwe lidstaten	190
4.8.4	Toch monitoring van alle EU-landen	191
4.9	Monitoring van corruptiebestrijding door ‘civil society’ organisaties	193

4.10	Evaluatie en aanbevelingen	194
------	----------------------------	-----

Hoofdstuk 5

Strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping in de Nederlandse wetgeving

5.1	Inleiding	197
5.2	Geschiedenis van omkoping in het Wetboek van Strafrecht	197
5.2.1	Inleiding en voorgeschiedenis	197
5.2.2	Ambtelijke omkoping in het Wetboek van 1886 (tot 2001)	199
5.2.2.1	Actieve omkoping van ambtenaren vanaf 1886	200
5.2.2.2	Passieve omkoping door ambtenaren vanaf 1886	202
5.2.2.3	Wijzigingen vóór 2001	204
5.3	Groeiende aandacht voor integriteit in Nederland	204
5.3.1	Integriteitsbeleid overheid	205
5.4	Goedkeuring corruptieverdragen en de Wet herziening corruptiewetgeving 2001	207
5.4.1	Goedkeuringswet	
5.4.2	Herziening corruptiewetgeving	209
5.4.2.1	Inleiding	209
5.4.2.2	Voorstel Van Oven en Van Heemst	210
5.4.2.3	Regeringsvoorstel (herziening corruptie-wetgeving)	211
5.5	Wijzigingen van de Nederlandse wet, toetsing aan internationale verplichtingen	214
5.5.1	Bestanddelen van de omkopingsdelicten	215
5.5.1.1	Strijd met de plicht	215
5.5.1.2	Tijdstip van omkoping (vooraf en achteraf)	220
5.5.1.3	Omkopingsmiddelen: gift, belofte en dienst	221
5.5.1.4	Het vragen naar een voordeel	226
5.5.1.5	Opzet en schuld	226
5.5.1.5.1	Passieve omkoping	226
5.5.1.5.2	Actieve omkoping	232
5.5.1.6	Poging tot omkoping	233
5.5.1.7	Uitzonderingen: facilitation payments?	236
5.5.1.8	Rechtsmacht	237
5.5.1.8.1	Het Nederlandse territorium	238
5.5.1.8.2	Buiten Nederland: nationaliteits- en personaliteitsbeginsel	240
5.5.1.9	Sancties	250
5.5.1.9.1	Vrijheidsstraffen en geldboetes	250
5.5.1.9.2	Bijkomende straffen	253

OMKOPING BESTRAFT ?

5.5.1.9.2.1	Ontzetting van het recht op het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder, het bekleden van ambten of bepaalde ambten en het dienen bij de gewapende macht	253
5.5.1.9.2.2	Ontzetting van het actieve en passieve kiesrecht	254
5.5.1.9.2.3	Ontzetting van de uitoefening van een beroep	257
5.5.1.9.3	Sancties voor rechtspersonen	258
5.5.2	Ontwikkelingen na 1 februari 2001	260
5.5.3	Omkoping en uitlokking	261
5.5.4	Het begrip ‘ambtenaar’	263
5.5.4.1	Vanaf 1886	263
5.5.4.2	Uitbreiding van het begrip ‘ambtenaar’ in de nieuwe omkopingsbepalingen	269
5.5.4.2.1	Ex-ambtenaar en toekomstig ambtenaar	269
5.5.4.2.2	Buitenlandse ambtenaren	273
5.5.4.3	Afsluiting	274
5.6	Omkoping van rechters	275
5.6.1	Inleiding	275
5.6.2	Verdragsverplichtingen met betrekking tot rechterlijke omkoping	276
5.6.3	Omkoping van rechters sinds 2001	277
5.6.3.1	Buitenlandse rechters in het Nederlandse strafrecht	280
5.6.4	Aanvullende opmerkingen over aspecten van de strafbaarstelling van de omkoping van rechters	281
5.6.4.1	Invloed uitoefenen	281
5.6.4.2	Veroordeling in een strafzaak	283
5.6.4.3	Het vragen van een voordeel door een rechter	286
5.6.4.4	Vorbereiding	287
5.7	Afsluiting	288

Hoofdstuk 6

Evaluatie van Nederland en hoe het beter kan

6.1	Inleiding	289
6.2	De monitoring van Nederland door de WGB	289
6.2.1	Phase 1	289
6.2.2	Phase 2	291
6.3	Evaluaties van Nederland door de GRECO	293
6.3.1	Round 1	294
6.3.2	Round 2	297
6.3.3	Round 3	298

6.3.4	Evaluaties van de Caribische delen van het Koninkrijk	299
6.4	Nog te maken verbeteringen naar aanleiding van verdragsverplichtingen	302
6.4.1	Aanpassing van de bestaande omkopingsbepalingen	302
6.4.1.1	Strijdigheid met de plicht	303
6.4.1.2	Directe en indirecte omkoping	306
6.4.1.3	Voordeel	311
6.4.1.4	Nieuwe formulering van de huidige strafbaarstelling	314
6.4.2	Nieuwe strafbaarstellingen	316
6.4.2.1	Trading in influence/ongeoorloofde beïnvloeding	316
6.4.2.2	Illicit enrichment/ongeoorloofde verrijking	321

Hoofdstuk 7

Handhaving van de Nederlandse strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping

7.1	Inleiding	327
7.2	Detectie van omkoping	329
7.2.1	Detectors	330
7.2.1.1	Door de overheid gesteunde exportkredieten	330
7.2.1.2	Officiële ontwikkelingshulp	335
7.2.1.3	Ambassades	337
7.2.1.4	Belastingdienst	338
7.2.1.5	Witwasdetectie	340
7.2.1.6	Accountants en auditors	342
7.2.1.7	Afsluiting	342
7.2.2	Stimuleren van het melden van detectie	343
7.2.3	Aangifteplicht ambtenaren ex artikel 162 Sv	345
7.2.3.1	Atradius DSB, de Minister van Financiën en de aangifteplicht van ambtenaren	349
7.2.3.2	De Belastingdienst, de aangifteplicht en actieve omkoping	352
7.3	Strafrechtelijke rechtshandhaving	352
7.3.1	Verplichte waarborgen voor een eerlijke opsporing	353
7.3.2	Opsporing van buitenlandse omkoping in Nederland: de Rijksrecherche	354
7.3.2.1	Organisatie Rijksrecherche	355
7.3.2.2	Taken Rijksrecherche	356
7.3.2.3	Rijksrecherche en omkoping	358
7.3.3	Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie	358
7.3.3.1	Oorsprong en totstandkoming	358
7.3.3.2	Aanwijzing 2002	360
7.3.3.3	Kritiek van de OECD Working Group on Bribery	361

OMKOPING BESTRAFT ?

7.3.3.4	Twee aanwijzingen	362
7.3.3.4.1	Gemeenschappelijke inhoud	362
7.3.3.4.2	Binnenlandaanwijzing	363
7.3.3.4.3	Buitenlandaanwijzing	365
7.3.4	Uitvoering van de Rijksrecherche van de corruptie-aanwijzingen	370
7.3.4.1	Project Buitenlandse corruptie	373
7.3.4.2	Praktijk na 2007	374
7.4	Obstakels bij en resultaten van de opsporing van buitenlandse omkoping	376
7.5	De wil tot handhaving	379
7.6	Mogelijke verbeteringen in samenwerking	381
7.6.1	Financieel en fiscaal onderzoek: meer geïntegreerde aanpak door Rijksrecherche en FIOD-ECD	381
7.6.2	Samenwerking met private sector	383
7.7	Afsluitende opmerkingen	386
	Samenvatting	389
	Summary	395
	Aangehaalde literatuur	401
	Aangehaalde rapporten	407
	Jurisprudentieregister	411
	Lijst van veel gebruikte afkortingen	413
	Strafbaarstelling van ambtelijke omkoping in het Wetboek van Strafrecht (wettekst)	415

“Geen land kan zich geheel afsluiten van de invloed van corruptie die zich buiten zijn grenzen afspeelt en daarom moet elk land samenwerken met alle andere landen ten einde corruptie te bestrijden, waar dit zich ook in de wereld voordoet. Een goede samenwerking vereist tegelijkertijd dat alle betrokkenen uitgaan van de volgende kernwaarheid: geen enkel land heeft het monopolie van deugdzzaamheid. Er is geen land dat gevrijwaard blijft van corruptie. En geen enkel land heeft het recht om een ander land de les te lezen.”¹

Hoofdstuk 1: Inleiding en vraagstelling

1.1 Inleiding

Op 1 september 2009, als een nieuwe lichter Chinese kinderen voor het eerst naar school gaat, vraagt een journalist een aantal kinderen wat zij later willen worden. Behalve de gebruikelijke beroepen die kinderen zoal ambiëren, antwoordt ook een kind: “Ik wil ambtenaar worden.” Op de vervolgvraag wát voor ambtenaar ze dan worden wil, zegt ze: “Een corrupte ambtenaar, omdat corrupte ambtenaren veel spullen hebben.”² Met deze uitspraak schijnt het meisje de harten van veel Chinezen te hebben gestolen. Kinderen zeggen natuurlijk de gekste dingen – alleen al op basis van dat gegeven zijn hele tv-programma’s gemaakt – maar toch is het bijzonder dat een kind van zes jaar oud zelfs maar van het bestaan van corrupte ambtenaren gehoord heeft. Weinig Nederlanders zullen kunnen zeggen dat zij op hun zesde al wisten dat je door corruptie ‘veel spullen’ kunt krijgen. Hoewel dit voorbeeld niet de suggestie moet wekken dat China corrupter is dan Nederland, zou wel voorzichtig geconcludeerd kunnen worden dat corruptie in verschillende maatschappijen een verschillende rol en betekenis heeft.

¹ Al Gore, in zijn rede ter gelegenheid van de opening van het eerste Global Forum on Fighting Corruption and Safeguarding Integrity in Washington D.C. in 1999. Vertaling door Minister van Justitie Korthals, die de woorden herhaalde tijdens de opening van het tweede Global Forum in Den Haag in 2001.

² Het tv-fragment is op internet te vinden via <www.youtube.com/watch?v=BmzZ414vOD8Q>. Het gaat om het meisje met twee staartjes en een bril.

Die verschillende maatschappijen zijn in de laatste decennia steeds meer met elkaar in contact gekomen. De internationale handel is in de twintigste eeuw enorm toegenomen, waardoor ook op economisch gebied landen elkaar steeds meer zijn gaan beïnvloeden. Op de wereldhandelsmarkt golden en gelden echter geen eenduidige regels. Ook de verdeling van macht en invloed is niet gelijkelijk over de spelers op die markt verdeeld. Dat is nu eenmaal onmogelijk.

1.2 De term ‘corruptie’

1.2.1 Containerbegrip

Dit proefschrift bespreekt (een deel van) het verschijnsel van corruptie. Wanneer een dergelijk onderzoek wordt aangekondigd, heeft iedereen daar meteen een voorstelling bij. De één denkt aan de grenscontroleambtenaar die mensen slechts doorlaat wanneer er enkele dollars in het paspoort zitten. De ander denkt aan de burgemeester die zijn positie zou hebben aangewend om te zorgen dat zijn Bulgaarse vakantiehuis toch gebouwd wordt. Weer een ander denkt aan een Afrikaans staatshoofd dat geld steelt van zijn bevolking en op een bank in Zwitserland stalt. Ook kan gedacht worden aan de grote geldbedragen die de Nederlandse bevolking bijebracht na rampen als de tsunami in Azië en de aardbeving in Haïti, maar die hun bestemming nooit geheel en soms geheel niet bereikten. Dan is er nog de prins die de regering van zijn land tracht over te halen om vliegtuigen van een bepaald merk te kopen, omdat de prins daar een extra zakcentje aan overhoudt. Ook de hoge ambtenaar die zijn autorisatie aanwendt om gegevens te raadplegen of opsporingshandelingen te (laten) verrichten voor privédoeleinden³ maakt zich volgens velen schuldig aan corruptie. En de wethouder die een antikraakpand namens de gemeente laat opeisen onder het mom dat de gemeente het pand wil ontwikkelen waardoor de antikraakbewoners eruit moeten, maar die vervolgens zijn zoon erin laat wonen (want de gemeente blijkt nog lang niet iets met het pand te willen doen), zal in de volksmond eveneens corrupt worden genoemd. En al die mensen hebben gelijk met hun voorbeelden, alle genoemde gevallen kunnen worden bestempeld als corruptie. Tegelijkertijd lopen de gedragingen van de hier genoemde personen echter sterk uiteen.

‘Corruptie’ is een containerbegrip, een ruim begrip waaronder een veelheid aan oninteger gedrag gebracht kan worden. Door de ruime betekenis ervan is het begrip niet goed bruikbaar in het strafrecht. Oninteger gedrag kan een strafbaar feit opleveren, maar in veel gevallen zal dit niet zo zijn. Voor het strafrecht zijn lang niet alle onintegere gedragingen relevant. Het zal dan ook niet verbazen dat de term ‘corruptie’ in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht niet voorkomt.

³ Hof’s-Hertogenbosch, 4 juni 2010, LJN BM6781.

1.2.2 Definitiekwestie

Over de vraag wat onder corruptie moet worden begrepen, hebben velen zich reeds gebogen. Veelal meent men dat eerst vastgesteld dient te worden wat het probleem is alvorens kan worden overgegaan tot bestrijding ervan. Bij corruptie blijkt deze vaststelling uitermate lastig, zeker in internationale verhoudingen. ‘Corrupt’ wordt vaak gezien als het tegenoverstelde van ‘integer’. De invulling van wat integer is – en daarmee ook de betekenis van de term corruptie – verschilt per cultuur. Wat in de ene cultuur als gebruikelijk cadeau wordt gezien aan het begin van zakelijke onderhandelingen, wordt in een andere cultuur als regelrechte omkoping bestempeld.

Traditioneel bestaat er een verschil in opvatting over corruptie tussen ‘noord’ en ‘zuid’, maar ook tussen ‘west’ en ‘oost’.⁴ Welvarende samenlevingen houden er veelal een andere opvatting op na dan armere culturen, al zijn ook tussen de welvarende landen onderling de meningen over wat integriteit inhoudt lange tijd verdeeld geweest en in zekere mate is dat nog steeds zo. Meetinstrumenten van bijvoorbeeld Transparency International laten ieder jaar opnieuw een uiteenlopende mate van integriteit zien in de verschillende ‘rijke’ landen van de wereld.⁵

De betekenissen en opvattingen van integriteit en corruptie waren van oudsher binnen elk afzonderlijk land op eigen wijze ingevuld en de plaatselijke gebruiken waren erop afgestemd. De sterk toenemende internationale handelscontacten voornamelijk sinds de Tweede Wereldoorlog hebben ertoe geleid dat de verschillende (nationale) opvattingen over integriteit en corruptie en de verschillende gradaties van rijkdom elkaar vaker tegenkwamen. Dit leidde tot een scheefgroei in met name de armere samenlevingen, waar een (klein) cadeautje aan een ambtenaar gebruikelijk was als je iets van hem gedaan wilde krijgen. Grote bedrijven uit rijke landen konden de lokale ambtenaren gemakkelijk verleiden met veel grotere geschenken en daarmee in feite de stabiliteit van het gehele overheidsapparaat van het betreffende land om zeep helpen.

Als gevolg van het groeiend besef van de ontwrichtende werking van corruptie is in de afgelopen decennia de aandacht voor corruptiebestrijding op het internationale toneel aanzienlijk gegroeid.⁶ Door verschillende internationale organisaties is de wereldwijde bestrijding van corruptie op de agenda gezet. Bij deze organisaties ontstond de behoefte een definitie van de term ‘corruptie’ te formuleren. Enkele daarvan worden hier kort besproken.

⁴ Deze verschillen in opvatting hebben de vorming van een wereldwijd geldend verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie lange tijd tegengewerkt. Zie nader paragraaf 2.3.5.

⁵ Zelfs zonder deze meetinstrumenten zijn de verschillen waar te nemen. Geregeld verschijnen berichten in de media die het beeld bevestigen dat de opvattingen over corruptie en de invulling van integriteit in bijvoorbeeld Italië aanzienlijk afwijken van de Nederlandse opvatting hierover.

⁶ Zie nader hoofdstuk twee.

De Wereldbank, 's werelds grootste ontwikkelingssamenwerkingsorganisatie, omschrijft corruptie als “the abuse of public office for private gain”. Duidelijk moge zijn dat dit meer omvat dan alleen omkoping. Anderzijds betreft dit niet alle ‘abuse’ van ‘public office’. Het gaat slechts om het misbruik van een openbaar ambt *ten behoeve van persoonlijke winst*. De Wereldbank lijkt voornamelijk te doelen op het misbruik van publieke gelden voor privégewin. Degenen die daarvan schade lijden, zijn de overheden en dus de samenlevingen. Voor de Wereldbank, die geheel gefinancierd wordt met overheidsmiddelen, is het van het grootste belang dat die gelden niet verloren gaan aan wat voor vorm van corruptie dan ook. De bank is het eenvoudigweg verplicht aan de donorlanden om hun geld zorgvuldig te besteden. Transparency International, een internationale non-gouvernementele organisatie die is opgericht met het doel de wereldwijde strijd tegen corruptie te stimuleren, verstaat onder corruptie “the abuse of entrusted power for private gain”,⁷ dus het misbruik van toevertrouwde macht ter wille van privévoordeel. Dit is een nog ruimere definitie dan de Wereldbank hanteert. Geen vereiste is dat *overheidsmiddelen* worden misbruikt. Het gaat om elke toevertrouwde macht die wordt misbruikt voor het eigenbelang van een individu. Dat misbruik kan net zo goed plaatsvinden in het bedrijfsleven waarbij geen enkele overheid betrokken is of schade lijdt. Toch kan de bevolking evengoed lijden door corruptie tussen bedrijven onderling. Men denke aan het bouwbedrijf dat inferieure materialen bij een ander bedrijf koopt, omdat dat laatste bedrijf aan de vertegenwoordiger van het bouwbedrijf heeft beloofd dat die bijvoorbeeld een mooi zeiljacht zal krijgen. Door het gebruik van het inferieure bouw materiaal kan echter toch schade ontstaan voor de samenleving. Het met de slechte materialen gebouwde bouwwerk kan een gevaar voor de volksgezondheid opleveren, of zelfs een gevaar op instorting meebrengen. Zulke niet-ambtelijke, of private corruptie valt buiten de definitie van corruptie die de Wereldbank bezigt.

De hiervoor genoemde definities voldoen uitstekend als beschrijving van het schadelijke fenomeen dat bovengenoemde organisaties beogen te bestrijden. Voor dit proefschrift dat handelt over de *strafrechtelijke* bestrijding van (het strafbare feit) corruptie, zijn de definities echter veel te ruim. Een strafrechtelijke definitie van corruptie blijkt lastig te formuleren. De ruime betekenis van het containerbegrip corruptie heeft veel internationale organisaties die zich op de strafrechtelijke bestrijding van corruptie hebben toegelegd, doen besluiten zich niet te branden aan het formuleren van een definitie. In plaats daarvan hebben zij slechts bepaalde, meer specifieke gedragingen benoemd die onder de noemer van corruptie vallen en

⁷ <http://transparency.org/news_room/faq/corruption_faq> (laatstelijk geraadpleegd 27 juni 2011).

die in ieder geval bestreden dienen te worden.⁸ De term corruptie wordt wèl gebruikt als men het meer in het algemeen heeft over het verderfelijke fenomeen dat bestreden dient te worden, maar wanneer concreet over de strafrechtelijke bestrijding ervan wordt gesproken, worden slechts bepaalde concrete corrupte gedragingen gedefinieerd. Dit heeft de eigenaardigheid tot gevolg dat verdragen zijn opgesteld waarin in de preambule de verderfelijkheid van corruptie en de noodzaak dit fenomeen grondig en wereldwijd te bestrijden worden benadrukt, maar waarin vervolgens nergens – noch in het verdrag, noch in de toelichting daarbij – een uitleg te vinden is van wat corruptie nou eigenlijk is.

Zoals hierna nog duidelijk wordt, zijn de strafrechtelijke internationale verdragen die in dit onderzoek worden besproken, afkomstig van de OECD, de Raad van Europa, de Europese Unie en de Verenigde Naties. De anticorruptieverdragen die in het kader van deze organisaties tot stand zijn gekomen, bevatten zoals gezegd geen definitie van corruptie. Wel is buiten deze verdragen getracht een definitie te formuleren.

Zo gaf de OECD in 2007 als definitie van actieve corruptie: “active corruption” or “active bribery” is defined as paying or promising to pay a bribe’ en van passieve corruptie: “passive bribery” is the offence committed by the official receiving the bribe”.⁹ In feite benoemde de OECD hier echter slechts een deel van corruptie, namelijk omkoping.

Ook in het kader van de Europese Unie zijn pogingen gedaan. In 1996 omschreef het Europees Parlement corruptie ‘als de handelwijze van personen met openbare of particuliere taken die hun plicht verzaken omdat hun in verband met het door hen verrichten of nalaten van institutionele handelingen een financieel of ander voordeel werd verschaft, dan wel direct of indirect werd aangeboden’.¹⁰ Uiteindelijk is door de EU nimmer een officiële, vastomlijnde definitie van de term corruptie aangenomen.

Binnen de Verenigde Naties is eveneens getracht een definitie vast te stellen van corruptie. Het Global Programme against Corruption dat in 1999 werd gestart om de strijd tegen corruptie te bevorderen, omschreef corruptie als “abuse of power for private gain”. Maar in de strafbaarstellingen die de VN in zijn anticorruptieverdrag voorschrijft aan partijstaten, is deze definitie nergens terug te vinden. Daarin wordt slechts een aantal concrete gedragingen genoemd die als corruptie aan te merken zijn.

⁸ G. Aiolfi e.a., *Corruption. A Glossary of international standards in criminal law*, Parijs: OECD 2008, p. 22.

⁹ *Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures*, Parijs, OECD 2007, p. 14, noot 1.

¹⁰ ‘Resolutie over de bestrijding van corruptie in Europa’, *PbEG* Nr. C 17 van 22 januari 1996.

1.3 Afbakening

Hiervoor is beschreven dat wanneer een ruime definitie van corruptie wordt gehanteerd, eigenlijk elk oninteger gedrag onder de noemer van corruptie kan worden gebracht. Veelal wordt echter een engere betekenis aan het begrip toegekend, om het fenomeen beter ‘behapbaar’ te maken. Ook dit proefschrift over corruptie richt zich in het bijzonder op een zeer beperkt deel van hetgeen als corruptie wordt bestempeld.

Een eerste beperking is gegeven door het feit dat dit proefschrift een strafrechtelijk proefschrift is. Lang niet al het oninteger gedrag komt in aanmerking voor bestrafing door middel van het strafrecht. Het stiekem spieken op het salarisstrookje van een collega is weliswaar niet netjes en wellicht oninteger, maar duidelijk is dat geen sprake is van een strafbaar feit. Dit onderzoek beperkt zich tot onintegere gedragingen die door de strafwetgever (deels, zoals hierna nog blijkt, ter uitvoering van verdragsrechtelijke verplichtingen) als strafbaar feit zijn aangemerkt.

In de tweede plaats beperkt dit proefschrift zich hoofdzakelijk tot de bespreking van omkoping. Hierbij gaat het om de situatie waarin twee (of meer) partijen heimelijk afspreken om elkaar te bevoordelen, ten koste van anderen. Dit is slechts één van de vele vormen van het containerbegrip corruptie, maar wel de meest wezenlijke vorm daarvan. Vaak, zeker in internationale context, wordt over *corruptie* gesproken terwijl in feite slechts bedoeld wordt op *omkoping*.¹¹

De eerdergenoemde wethouder die een antikraakpand laat opeisen om er zijn zoon in te laten wonen, zal waarschijnlijk het veld moeten ruimen en is zeker corrupt te noemen, maar dat valt niet onder het bereik van de corruptie die in dit proefschrift wordt onderzocht. De wethouder gebruikt weliswaar publieke macht voor persoonlijk gewin, maar er is geen sprake van twee of meer partijen die elkaar bevoordelen. Van omkoping is dan dus geen sprake.

Een derde beperking van het onderwerp van dit onderzoek is gelegen in het type omkoping. Dit onderzoek beperkt zich (voornamelijk) tot de variant waarbij een overheidsfunctionaris, oftewel een ambtenaar, de rol van de omgekochte vervult. Dit wordt ambtelijke omkoping genoemd. Van oudsher wordt de betrokkenheid van ambtenaren bij strafbare feiten als extra kwalijk beschouwd. Het Wetboek van Strafrecht kent een hoger strafmaximum toe aan strafbare feiten die door een ambtenaar zijn begaan, wanneer die ambtenaar door het begaan daarvan “een bijzondere ambtsplicht schendt of bij het begaan van een strafbaar feit gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken.”¹² Omkoping waarbij geen ambtenaar betrokken is, wordt ook wel private omkoping genoemd. Dit is

¹¹ De regelgeving die in het kader van de Europese Unie tot stand is gekomen, is hier een goed voorbeeld van.

¹² Artikel 44 Sr. De straf, met uitzondering van geldboete, kan in dat geval met een derde worden verhoogd.

onder omstandigheden ook strafbaar (zoals bepaald in artikel 328ter Sr), maar hieraan wordt in het kader van dit onderzoek geen bijzondere aandacht besteed. Een vierde afbakening van het onderwerp wordt gevormd doordat het onderzoek zich richt op de internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van ambtelijke omkoping. Meer in het bijzonder wordt de invloed van een viertal internationale organisaties op de Nederlandse bestrijding van omkoping onderzocht, te weten de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), de Europese Unie (EU), de Raad van Europa (RvE) en de Verenigde Naties (VN). Weliswaar worden de ogen niet gesloten voor andere invloeden, maar het zwaartepunt ligt wel degelijk op de verplichtingen uit verdragen van deze organisaties waaraan Nederland zich heeft gebonden.

Buitenlandse omkoping

Een laatste afbakening is strikt genomen geen afbakening, aangezien deze op verscheidene plaatsen in dit proefschrift wordt doorbroken. Zoals gezegd, wordt in dit proefschrift het misdrijf ambtelijke omkoping besproken. Daarbij richt het onderzoek zich in het bijzonder op de bestrijding van zogenoemde 'buitenlandse' of 'grensoverschrijdende' ambtelijke omkoping. Hiermee wordt in dit proefschrift bedoeld de omkoping van buitenlandse ambtenaren door Nederlanders of Nederlandse bedrijven, welke gepleegd wordt in het buitenland. Sinds de tweede helft van de jaren '90 van de vorige eeuw zijn steeds meer staten verdragsrechtelijke verplichtingen aangegaan om buitenlandse omkoping, gepleegd door hun onderdanen, strafbaar te stellen in hun nationale strafwetgeving. De staten dienen dus onderdanen op te sporen en in eigen land te vervolgen en te bestraffen wanneer die onderdanen in het buitenland ambtenaren van een ander land hebben omgekocht (of geprobeerd hebben om te kopen).

1.4 Probleemstelling

Ondanks de toegenomen internationale aandacht voor de bestrijding van buitenlandse omkoping, is in Nederland sinds de invoering in 2001 van een strafbaarstelling van deze gedraging nog geen enkele (rechts)persoon veroordeeld voor dit vergrijp. In de eerste tien jaar na invoering van de nieuwe wetgeving heeft zelfs nog maar één verdenking van buitenlandse omkoping de terechtzitting bereikt.

Deze situatie kan op twee manieren worden verklaard. Geconcludeerd kan worden dat Nederlandse bedrijven zich kennelijk niet schuldig maken aan het omkopen van buitenlandse ambtenaren. Dat kan zijn omdat bij Nederlandse bedrijven omkoping nooit is voorgekomen of omdat de bedrijven zodanige preventieve maatregelen genomen hebben dat het sinds 2001 nooit meer is voorgekomen. Deze verklaring lijkt echter niet geloofwaardig. Aannemelijker is een andere conclusie, zijnde hetzij dat de wetgeving die buitenlandse omkoping strafbaar stelt gebreken (in de ruimste zin van het woord) vertoont, hetzij dat de opsporing van het misdrijf geen vervolgingswaardige resultaten oplevert. Dat gebrek aan resultaten kan op zijn beurt ver-

OMKOPING BESTRAFT?

schillende oorzaken hebben. Zo kan het zijn dat het misdrijf heel moeilijk op te sporen is, maar het zou ook kunnen zijn dat te weinig moeite wordt gedaan om het misdrijf op te sporen.

Bovenstaande overwegingen leiden tot de volgende probleemstelling van dit onderzoek:

In hoeverre voldoet Nederland aan de internationale strafrechtelijke standaarden op het gebied van corruptiebestrijding?

Deze vraag valt uiteen in een aantal deelvragen.

- Waarom is buitenlandse omkoping strafbaar en wat zijn de internationale verplichtingen met betrekking tot strafbaarstelling van buitenlandse omkoping?
- Wat zijn de internationale verplichtingen met betrekking tot de handhaving van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping?
- In hoeverre voldoet Nederland aan de internationale verplichtingen met betrekking tot strafbaarstelling van buitenlandse omkoping?
- In hoeverre zijn de Nederlandse inspanningen op het gebied van handhaving van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping in overeenstemming met de internationale verplichtingen en aanbevelingen hieromtrent?
- Zijn er (niet-verplichtende) verdragsbepalingen aan te wijzen die de Nederlandse strafbaarstelling van corrupte gedragingen zouden kunnen verbeteren?

In het hiernavolgende hoofdstuk wordt eerst ingegaan op het ontstaan van de behoefte aan bestraffing in eigen land van onderdanen die een ambtenaar van een ander land omkopen of trachten om te kopen, zelfs wanneer het feit gepleegd is buiten het territorium van het eigen land. Tevens wordt ingegaan op de internationale gouvernementele organisaties die zich de bestrijding van buitenlandse omkoping tot doel hebben gesteld en op de vraag hoe die bestrijding gestalte heeft gekregen, voor zover van belang voor Nederland.

In het derde hoofdstuk komen de in het tweede hoofdstuk geïntroduceerde internationale instrumenten waaraan Nederland zich heeft gebonden aan de orde en de eisen die deze stellen aan de Nederlandse regelgeving op het gebied van de bestrijding van (buitenlandse) omkoping.

Het vierde hoofdstuk bespreekt vervolgens de wijze waarop eerdergenoemde internationale gouvernementele organisaties toezicht houden op de uitvoering door partijstaten van de verplichtingen en aanbevelingen van de organisaties.

In hoofdstuk vijf worden de Nederlandse strafbaarstellingen van omkoping onderzocht en wordt bezien hoe de internationale verplichtingen in de Nederlandse strafwetgeving zijn verwerkt en of dit voldoet.

Daarna worden in het zesde hoofdstuk voorstellen gedaan tot verduidelijking en verbetering van de huidige strafbaarstellingen. Ook wordt bezien in hoeverre de internationale verdragen die in dit onderzoek zijn besproken nog (niet-verplichte) strafbaarstellingen bevatten die een aanvulling zouden kunnen vormen op het Nederlandse strafrechtelijke instrumentarium tegen corruptie.

In hoofdstuk zeven ten slotte wordt aandacht besteed aan de handhaving van de Nederlandse strafbaarstellingen. Onderzocht wordt waarom die handhaving tot op heden tot zo weinig zichtbaar resultaat heeft geleid en er worden voorstellen gedaan die kunnen leiden tot een meer effectieve en zichtbare strafrechtelijke bestrijding van buitenlandse omkoping gepleegd door Nederlandse bedrijven.

Dit manuscript is gesloten op 1 december 2011.

Hoofdstuk 2: Geschiedenis van verdragen tegen buitenlandse omkoping

2.1 Inleiding

Sinds 1 februari 2001 is de omkoping van buitenlandse ambtenaren strafbaar gesteld in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Tot de invoering van deze strafbaarstelling was Nederland verplicht door ondertekening en ratificatie van enige internationale verdragen met betrekking tot corruptiebestrijding. In verschillende internationale gremia zijn sinds de jaren negentig van de vorige eeuw instrumenten tot stand gekomen die de bestrijding van buitenlandse (en binnenlandse) omkoping (en andere corruptiegerelateerde delicten) beogen te bevorderen. Deze verdragen zijn het gevolg van een bewustwording van het feit dat corruptie landsgrenzen overschrijdt en dat bestrijding ervan slechts mogelijk is wanneer bij die bestrijding internationaal gezien de neuzen dezelfde kant op staan.

In dit hoofdstuk worden de historische ontwikkelingen besproken die de internationale aandacht voor buitenlandse corruptie hebben vergroot en hebben geleid tot het opstellen van de anticorruptieverdragen, welke op hun beurt uiteindelijk hebben geleid tot de aanpassing van de Nederlandse wetgeving in 2001.

2.2 Het begin

2.2.1 Watergate

Het schandaal

De geschiedenis van de bestrijding van buitenlandse omkoping begint, zoals veel moderne geschiedenissen, in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: de VS). Na de Tweede Wereldoorlog namen de macht en invloed van dit land enorm toe. Een groot deel van de eerste multinationale bedrijven had zijn oorspronkelijke vestiging in de VS en daardoor werd de VS als eerste land bekend met de problematiek van bedrijven die buitenlandse ambtenaren omkochten. De ontdekking van deze omkopingspraktijken en de wetgevingsmaatregelen die daarop werden genomen, waren indirect (mede) te danken aan een schandaal rond de Amerikaanse president Richard M. Nixon.

Republikein Richard Nixon werd op 7 november 1972 herkozen als president van de VS. Hij versloeg zijn tegenstander George McGovern met gemak door 61 procent van de stemmen te bemachtigen. Een jaar eerder leek het nog ondenkbaar dat Nixon zou worden herkozen. De gematigde senator Edmund Muskie was de ge-

doodverfde kandidaat om namens de Democratische partij mee te dingen naar het presidentschap van de VS. Muskie was bovendien veel populairder dan Nixon. Door een aantal vreemde voorvallen won echter niet Muskie, maar de radicale McGovern de verkiezing om het kandidaatschap voor de Democraten. Alles leek Muskie tegen te zitten, zijn campagne werd geplaagd door vele tegenslagen en zijn reputatie brokkelde steeds verder af. En nadat McGovern het kandidaatschap had gewonnen, leek het geluk zich ook tegen hem te keren. Soortgelijke tegenslagen als waardoor Muskie eerder werd geteisterd, troffen nu McGovern.

Op het moment van Nixons verkiezingsoverwinning bestonden reeds geruchten¹ dat het 'Committee for the Re-election of the President', het campagne-team van Nixon achter de vreemde voorvallen zat, maar het zou nog bijna een half jaar duren voordat duidelijk werd dat die geruchten klopten en de Senaat een onderzoek startte naar illegale betalingen door grote bedrijven aan overheden en politici (zie hierna). In de maand van de verkiezingen dienden namelijk tevens de strafzaken tegen de vijf mannen die in de nacht van 16 op 17 juni 1972 hadden ingebroken in het hoofdkantoor van de Democraten in het Watergate-complex en op heterdaad betrapt waren en tegen nog twee andere personen die daarbij anderszins betrokken waren geweest. Eén verdachte sloeg door en biechtte het bestaan van een georganiseerd complot op dat geen misdrijf schuwde om het imago van de Democratische kandidaten te gronde te richten. Dit was het begin van wat bekend zou worden als het Watergate-schandaal.

Het onderzoek

De Amerikaanse Senaat besloot tot oprichting van een 'Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities' die de onderste steen van dit Watergate-schandaal boven moest krijgen. Parallel aan dit openbare onderzoek wees de Attorney General² een 'Special Prosecutor' aan om een onafhankelijk onderzoek te verrichten naar het schandaal rond Nixon. Hoewel deze Special Prosecutor, Archibald Cox, sterk werd tegengewerkt, leidde zijn onderzoek tot strafrechtelijke vervolgingen van vele betrokkenen bij het schandaal en het aftreden van president Nixon op 9 augustus 1974. De inbrekers in het Watergate-complex bleken inderdaad te zijn bekostigd door het herverkiezingscomité van president Nixon dat over een flink budget leek te beschikken. De vervolgvraag die de onderzoekers stelden was waar dat comité dan zijn geld vandaan haalde. Ze kwamen er achter dat het geld via vele

¹ Twee journalisten van The Washington Post, R. Woodward en C. Bernstein, onderzochten al sinds de inbraak in het Watergate gebouw de eigenaardigheden rond deze gebeurtenis en publiceerden hier regelmatig onthutsende artikelen over, die aanvankelijk niet werden geloofd, maar uiteindelijk wel grotendeels waar bleken te zijn. Zij baseerden hun kennis op een geheime bron genaamd 'Deep Throat'. Pas in 2005 werd eindelijk de ware identiteit van deze bron bekend; het bleek Mark Felt te zijn geweest die destijds de onderdirecteur van de FBI was.

² Het hoofd van het 'Department of Justice', het Amerikaanse openbaar ministerie.

omwegen, zelfs via het buitenland, afkomstig was van bedrijven uit de VS (“Follow the money”³). Al deze bedrijven hadden aandeelhouders aan wie zij verantwoording moesten afleggen en al deze bedrijven hadden dus een boekhouding waarin de betalingen aan het comité zouden moeten voorkomen. Echter bleek dat de betaalde bedragen niet op de balansen van de bedrijven genoemd werden. De bedrijven die gehoord werden door Cox hingen flinke straffen boven het hoofd. Uit angst gaven veel bedrijven gehoor aan de oproep van Cox in juli 1973 om twijfelachtige of illegale (financiële) bijdragen aan de presidentiële campagne van 1972 vrijwillig te melden.⁴

Veel bedrijven bleken over ‘slush funds’ te beschikken in de vorm van cash geld in een kluis. Dat hadden ze daar niet speciaal voor de campagne van Nixon liggen, maar in de eerste plaats om buitenlandse ambtenaren om te kopen. Als bijproduct van het Watergate-onderzoek kwam zo aan het licht dat het voor vele Amerikaanse bedrijven een gewoonte leek te zijn (geworden) steekpenningen te betalen aan buitenlandse ambtenaren teneinde opdrachten of, in het algemeen, een gunstigere behandeling te krijgen. Zij meenden op een andere manier geen zaken te kunnen doen in bepaalde landen en moesten dus wel omkopen, zeiden ze. Cox speelde de informatie door aan justitie en aan het Amerikaanse Congress, waarna de eerdergenoemde Senaatscommissie en het ‘Senate Subcommittee on Multinational Corporations’ met hun onderzoeken vele gevallen van manipulatie en betalingen van steekpenningen en afkoopsommen openbaarden.

Naar aanleiding van de onthullingen van Special Prosecutor Cox, besloot de Securities and Exchange Commission (SEC)⁵ te onderzoeken of de onthulde praktijken ook overtredingen van het federale effectenrecht inhielden.⁶ Deze onderzoeken brachten nog meer gevallen van omkoping door multinationals aan het licht. Bedrijven waren niet erg gewillig om de door hen betaalde omkoopsommen aan de SEC te openbaren. Besloten werd wederom een ‘voluntary disclosure program’ te starten. Bedrijven werd gevraagd vrijwillig de door hen betaalde steekpenningen op te geven aan de SEC, in ruil voor een gunstigere behandeling door de SEC, met andere woorden een minder zware of helemaal geen straf. Met in het achterhoofd de reeds ingezette vervolging van vijf bedrijven, openbaarden vele bedrijven (vrijwillig) hun schaduwboekhouding. Ze verkozen een lichtere sanctie boven het risico later gepakt te worden (bijvoorbeeld op basis van informatie verkregen van bedrijven die wel hadden meegewerkt aan het voluntary disclosure program) en een vele malen zwaardere straf opgelegd te krijgen.

³ Citaat uit ‘All the president’s men’, een film uit 1976 over het Watergate-schandaal.

⁴ A. Posadas, ‘Combating Corruption under International Law’, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2000, Vol. 10, Issue 2, p. 348-349.

⁵ De SEC is de Amerikaanse variant van de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten (AFM).

⁶ M.N. Darrrough, ‘The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience’, Working Paper, 2004 <<http://ssrn.com/abstract=555643>>.

In een rapport⁷ van de SEC aan het Senate Banking Committee van 12 mei 1976 werden de resultaten bekend gemaakt van de tot dan toe onderzochte zaken en van het voluntary disclosure program. Informatie van 95 bedrijven was in het rapport opgenomen. Onder andere bleek dat 59 van deze bedrijven betrokken waren geweest bij betalingen aan buitenlandse ambtenaren en 17 bij betalingen aan buitenlandse politici.⁸ Uiteindelijk gaven ruim 400 Amerikaanse bedrijven toe twijfelachtige en illegale buitenlandse betalingen te hebben gedaan waarmee een bedrag van in totaal meer dan 300 miljoen US Dollar was gemoeid. De noodzaak van een wettelijk instrument tegen internationale omkoping was hiermee overduidelijk aange-toond.

2.2.2 Een eerste strafbaarstelling van buitenlandse omkoping: the Foreign Corrupt Practices Act (1977)

Een effectief wettelijk instrument werd nodig geacht om de omkoping van buitenlandse ambtenaren een halt toe te roepen en het publieke vertrouwen in de integriteit van het Amerikaanse bedrijfsleven te herstellen.

Hoewel vaak wordt geschreven dat de Amerikaanse anticorruptiewetgeving het directe gevolg was van het Watergate-schandaal en de nasleep daarvan, zijn meer redenen aan te wijzen die wetgeving ter normering van het gedrag van grote multinationale bedrijven noodzakelijk maakten. In de jaren zeventig was de opinie ten aanzien van deze bedrijven een zeer negatieve. Wereldwijd bestond veel ontevredenheid over de machtige positie van grote, rijke multinationals die tot alles in staat waren zolang het winst opleverde. Steeds meer ontstond de behoefte de wandaden van deze multinationale ondernemingen enigszins aan banden te leggen. In internationaal verband leidde dit in 1976 tot het opstellen van de 'Richtlijnen voor multinationale ondernemingen' door de OECD, waarop hieronder wordt ingegaan.⁹

Naast deze internationale ontevredenheid had de VS ook een nationaal belang bij het beperken van de vrijheden van grote multinationale bedrijven.

Door aan het licht gekomen gevallen van internationale omkoping waren bevriende buitenlandse regeringen in verlegenheid gebracht. Welbekend in dit kader is de Lockheed-affaire, die in Japan leidde tot strafrechtelijke vervolging van premier Tanaka wegens het aannemen van steekpenningen en die ook de Nederlandse Prins Bernhard dwong zijn officiële positie neer te leggen omdat hij een miljoen US Dollar zou hebben aangenomen van het Amerikaanse bedrijf Lockheed. Dergelijke omkopschandalen van Amerikaanse bedrijven brachten het buitenlandbeleid van

⁷ Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices.

⁸ A. Posadas, 'Combating Corruption under International Law', *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2000, Vol. 10, Issue 2, p. 355.

⁹ Zie paragraaf 2.3.2.1.1.

de VS in gevaar, zo overwoog het House of Representatives, de ‘Tweede Kamer’ van de VS.¹⁰

Met het aannemen van de Foreign Corrupt Practices Act (hierna: FCPA) in 1977 was de VS de eerste natie met een specifiek wettelijk instrument tegen buitenlandse omkoping.

“Het aannemen van de FCPA betekende een keerpunt in de strijd tegen corruptie in het naoorlogse tijdperk. Het strafbaar stellen van omkoping door burgers van de VS en bedrijven die zaken deden in of met het buitenland, de regelgeving voor verplichte zelf-regulatie door middel van interne controle-mechanismen en andere boekhoudregels, waren uniek voor die tijd.”¹¹

Het Amerikaanse instrument zou de inspiratiebron gaan vormen voor later ondernomen internationale initiatieven in de strijd tegen corruptie. De twee-componentenstructuur van de FCPA – de FCPA bevat enerzijds boekhoudkundige verplichtingen en anderzijds strafbaarstellingen van buitenlandse omkoping¹² – zou model staan voor verdragen die twee decennia later het levenslicht zouden zien.

2.3 Internationale aandacht, de ontwikkeling

Na de inwerkingtreding van de FCPA in 1977 bestond in de VS de hoop dat andere landen het voorbeeld zouden volgen en spoedig een soortgelijke regeling zouden opstellen. Het Amerikaanse Congress realiseerde zich dat de Amerikaanse bedrijven die zich aan de FCPA moesten houden nu benadeeld werden in internationaal mededingingsverband, omdat voor bedrijven uit andere landen immers geen verbod op omkoping van buitenlandse ambtenaren bestond.¹³ Op verschillende internationale fora hebben de VS getracht andere landen te overtuigen. Al voor 1977 deed de VS pogingen de Verenigde Naties zo ver te krijgen een internationaal instrument op te stellen tegen grensoverschrijdende omkoping. Daar kwam echter (aanvankelijk) weinig van terecht, vanwege te grote verschillen tussen de verschillende regio’s van de wereld. Een bindende overeenkomst kon niet worden bereikt.¹⁴

¹⁰ House Report No. 95-640.

¹¹ W. Cragg & W. Woof, ‘The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: A Study of Its Effectiveness’, *Business and Society Review*, 2002, Vol. 107, Issue 1, p. 98.

¹² De eerste component van de FCPA die regels met betrekking tot accountancy geeft, wordt gehandhaafd door de SEC. Bij de handhaving van de bepalingen die rechtstreeks buitenlandse omkoping strafbaar stellen, speelt het Department of Justice de hoofdrol, al wordt door de SEC wel bijstand verleend. In hoofdstuk drie wordt de FCPA besproken in vergelijking met het daar besproken OECD-corruptieverdrag.

¹³ In veel landen was het zelfs toegestaan om betaalde steekpenningen op te voeren als aftrekpost bij de nationale belastingdienst.

¹⁴ Zie hierna in paragraaf 2.3.5.

Bij de wijziging van de FCPA in 1988¹⁵ werd door het Congress expliciet de wens uitgesproken dat de Amerikaanse President bij de lidstaten van de Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)¹⁶ zou gaan aandringen op de onderhandeling van een internationale overeenkomst. De bedrijven die voor de meeste concurrentie zorgden ten opzichte van Amerikaanse bedrijven kwamen uit de grootste export- en investeringslanden. En juist deze (voornamelijk westerse) landen waren nagenoeg allemaal verenigd in de OECD. Een andere reden om de OECD te benaderen, waren de goed werkende 'peer review' en 'soft law' procedures¹⁷ die de OECD had ontwikkeld voor de bevordering van de naleving door de lidstaten van internationale afspraken.

Onder president Bush (senior) werd echter weinig energie gestoken in deze lobby. Hij had liever dat de weerstand tegen de FCPA zodanig groeide, dat hij de wet kon intrekken.¹⁸ Uiteindelijk was het president Clinton die zich vanaf 1994 hard maakte voor een OECD-overeenkomst tegen buitenlandse omkoping. Het eerste bindende internationale instrument van de OECD werd uiteindelijk pas 20 jaar na de inwerkingtreding van de FCPA, op 17 december 1997 aangenomen.¹⁹

2.3.1 Organization of American States

In de Organization of American States (OAS) zijn 35 staten van het gehele Amerikaanse continent, dus Noord- en Zuid-Amerika verenigd. Vanuit de OAS bestaat veel aandacht voor de bestrijding van corruptie. De VS heeft ook op dit forum de aandacht voor de bestrijding van corruptie weten aan te wakkeren. In 1994 leidde dit tot de opstelling van een 'Plan of Action'²⁰ waarin overheden van de Amerikaanse landen onder meer afspraken zich in te zetten voor een inter-Amerikaans anti-corruptie-instrument.

¹⁵ House Conference Report No. 100-576. De wijziging van de FCPA was onderdeel van de zeer omvangrijke Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act die in 1988 werd aangenomen.

¹⁶ Foreign Corrupt Practices Act Amendments of 1988, House Conference Report No. 100-576.

¹⁷ M. Pieth, 'Introduction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 10. In 1989 besloot de G-7 om dezelfde reden het secretariaat van de in dat jaar opgerichte Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) onder te brengen bij de OECD. Het 'peer review'-systeem van de OECD wordt besproken in hoofdstuk vier.

¹⁸ Idem, p. 12.

¹⁹ Deze 'OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions' komt hierna in paragraaf 2.3.2.2 aan de orde.

²⁰ Tijdens de '1st Summit of the Americas', gehouden in december 1994 in Miami, Florida.

De Inter-American Convention against Corruption (IACAC)²¹ werd op 29 maart 1996 ondertekend door 21 landen uit Noord- en Zuid-Amerika en trad in werking op 6 maart 1997.²² Het was het eerste internationale *verdrag* tegen corruptie dat ooit werd opgesteld. Voor Nederland is het verdrag niet (rechtstreeks) van belang en om die reden wordt er hier dan ook niet verder bij stilgestaan. Het verdrag dient echter toch genoemd te worden, omdat het voor een internationale opleving heeft gezorgd welke de ontwikkeling van een wereldwijd instrument tegen corruptie in het kader van de Verenigde Naties heeft doen versnellen.²³

2.3.2 OECD

De Organisation for Economic Co-operation and Development (hierna: OECD)²⁴ is een samenwerkingsverband van 30 (overwegend welvarende) landen om sociaal en economisch beleid te bespreken, te bestuderen en te coördineren. De OECD is de opvolger van een organisatie die in 1948 werd opgericht onder de naam 'Organisation for European Economic Co-operation' (OEEC). Deze met behulp van de VS en Canada opgezette organisatie had als doel de uitvoering van het Marshallplan voor de wederopbouw van Europa na de Tweede Wereldoorlog te coördineren. Later konden ook niet-Europese landen lid worden van de OEEC. Deze uitbreiding met niet-Europese landen en de wens om op ruimer vlak samen te werken dan slechts bij de uitvoering van het Marshallplan, leidden tot het besluit de OEEC om te vormen tot een nieuwe organisatie. Daartoe ondertekenden op 14 december 1960 te Parijs de regeringen van 20 staten – waaronder Nederland – het oprichtingsverdrag van de huidige OECD.²⁵ Deze nieuwe organisatie moest gaan fungeren als economische tegenhanger van de NAVO.

De OECD heeft zich als doel gesteld het promoten en ondersteunen van beleid dat gericht is op:

- a) het bereiken van de hoogst haalbare duurzame economische groei en werkgelegenheid en een groeiende levensstandaard in haar lidstaten, terwijl financiële stabiliteit gehandhaafd blijft en zo bijdragen aan de ontwikkeling van de wereld-economie,

²¹ De tekst van het verdrag is te raadplegen via <www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>.

²² Deze snelle inwerkingtreding was mogelijk omdat voor de inwerkingtreding ingevolge artikel 25 van het verdrag slechts twee ratificaties vereist waren.

²³ Zie hierna in paragraaf 2.3.5.

²⁴ In het Nederlands is de organisatie beter bekend als de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), in dit proefschrift wordt echter de Engelse afkorting gebezigd.

²⁵ Het oprichtingsverdrag trad op 30 juni 1961 in werking. Nederland trad door ratificatie op 13 november 1961 toe tot de OECD.

- b) het bijdragen aan gezonde economische uitbreiding in zowel lidstaten als niet-lidstaten in het proces van economische ontwikkeling en
- c) het bijdragen aan de uitbreiding van de wereldhandel op een multinationale, non-discriminatoire basis in overeenstemming met internationale verplichtingen.²⁶

Samengevat kan gesteld worden dat de OECD als doel heeft het creëren van een 'level playing field' voor alle marktpartijen.²⁷ Activiteiten van de OECD richtten zich oorspronkelijk op de groei van economie en werkgelegenheid in de OECD-lidstaten. Maar in de loop van de tijd is het bereik van de OECD steeds verder uitgebreid. De OECD richt zijn activiteiten behalve op de 30 lidstaten inmiddels ook op meer dan 100 andere landen, door de uitwisseling van ideeën en het delen van expertise. Een aantal landen zonder lidmaatschap wordt tevens betrokken bij onderhandelingen binnen OECD-verband.

Eén van de belangrijkste bepalingen van het oprichtingsverdrag van de OECD is artikel 5 onder a. Deze bepaling geeft de OECD de bevoegdheid om, ter verwezenlijking van zijn doelen, besluiten te nemen die bindend zijn voor alle leden van de OECD. Dit geeft de OECD de mogelijkheid daadwerkelijke invloed op haar lidstaten uit te oefenen.

2.3.2.1 Corruptiebestrijding door de OECD vóór 1997

2.3.2.1.1 Guidelines for Multinational Enterprises

De OECD behoort tot de eerste internationale organisaties die de bestrijding van internationale corruptie op de agenda hebben gezet. De lidstaten van de OECD wezen corruptie voor het eerst af tijdens een bijeenkomst op ministerieel niveau in juni 1976, met het aannemen van de 'Guidelines for Multinational Enterprises' (hierna: guidelines). Deze guidelines waren opgesteld door het in 1975 door de OECD opgerichte 'Committee on International Investment and Multinational Enterprises' (hierna: CIME)²⁸ en waren als bijlage opgenomen bij de verklaring die door regeringen van de OECD-lidstaten op 21 juni 1976 werd aangenomen met betrekking tot de internationale handel en multinationale ondernemingen.²⁹

²⁶ Artikel 1 van Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development, Parijs, 14 december 1960 (oprichtingsverdrag OECD).

²⁷ M. Pieth, 'Die Strafbarkeit der aktiven Bestechung ausländischer Beamter', in: M. Pieth, P. Eigen (Hrsg.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention*, Neuwied/Kriftel: Luchterhand 1999, p. 344.

²⁸ CIME is in 2004 samengevoegd met het Committee on Capital Movements and Invisible Transactions (CMIT) onder de naam OECD Investment Committee.

²⁹ 'Declaration of 21st June 1976 by Governments of OECD Member Countries on International Investment and Multinational Enterprises', Parijs, 21 juni 1976. Een Nederlandse vertaling van de Guidelines for Multinational Enterprises is opgenomen in

In deze verklaring erkenden de regeringen van de OECD-lidstaten dat internationale investeringen en economische betrekkingen van toenemend belang waren geworden in de wereldeconomie en dat die aanzienlijk hadden bijgedragen aan de ontwikkeling van hun landen. Verder erkenden regeringen dat multinationale ondernemingen een belangrijke rol waren gaan spelen zowel in de economieën van de lidstaten als in internationale economische betrekkingen, welke betrekkingen voor de lidstaten van toenemend belang waren geworden, een proces dat nog immer gaande was. Directe investeringen door ondernemingen in het buitenland konden aanmerkelijke voordelen bieden zowel voor de landen waar de ondernemingen hun hoofdvestiging hebben als voor de gastlanden, doordat ze op deze manier bijdroegen tot het doeltreffend gebruik door de landen onderling van kapitaal, technieken en arbeidskrachten, zo overwogen de regeringen van de lidstaten.³⁰ Multinationale ondernemingen konden aldus een grote rol spelen bij het bevorderen van het economische en maatschappelijke welzijn.

“Maar,” zo stelden de leden van de OECD in genoemde richtlijnen, “de vooruitgang die door de multinationale ondernemingen is geboekt bij de organisatie van hun activiteiten die het nationale kader overschrijden, kan leiden tot het misbruiken van economische machtsconcentraties en in strijd komen met doelstellingen van nationaal beleid.”³¹

Multinationale ondernemingen hadden reeds veel macht gekregen en die macht groeide nog immer. Met die macht kwam verantwoordelijkheid, zo meenden de OECD-regeringen. De ondernemingen moesten op behoorlijke wijze met die macht omgaan. Met het aannemen van de verklaring en de guidelines beloofden de OECD-lidstaten dat zij de multinationale ondernemingen die op hun grondgebied gevestigd waren de inachtneming ervan zouden aanbevelen.

De guidelines uit 1976 waren zo geschreven dat ze direct gericht waren tot de ondernemingen. In deze oorspronkelijke guidelines was onder andere een aantal integriteitsbepalingen opgenomen voor ondernemingen die met hun activiteiten het nationale kader overschrijden. Als algemene beginselen werden ondernemingen in de guidelines onder meer aangeraden:

[...]

7. Direct noch indirect, een ambtenaar of bekleder van een openbaar ambt steekpenningen of een ander ongepast voordeel te bieden, - en zulks zou hun niet mogen worden gevraagd of van hen worden verwacht;

R. Blanpain, *Richtlijnen voor multinationale ondernemingen: de OESO-verklaring van 21 juni 1976*, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij 1980, p. 13.

³⁰ Idem, p.34.

³¹ Idem.

8. Behalve wanneer dit rechtens toelaatbaar is, geen bijdragen te schenken aan kandidaten voor overheidsfuncties, aan politieke partijen of aan andere politieke organisaties;
9. Zich te onthouden van elke ongepaste inmenging in plaatselijke politieke activiteiten.³²

Naast algemene beginselen gaf de OECD in de guidelines richtsnoeren met betrekking tot openbaarmaking van gegevens, mededinging, financiering, belastingen, werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen en wetenschap en technologie.

Hoewel de bovengenoemde beginselen niet veel aan duidelijkheid te wensen overlaten, waren de guidelines van 1976 over het algemeen vrijblijvend geformuleerd. Nergens werd een 'harde' verplichting aan lidstaten of ondernemingen opgelegd. De guidelines waren bovendien optimistisch; de vernietigende werking van corruptie op economieën kwam er niet in aan de orde, men sprak slechts van "problemen" die overwonnen konden worden. Het doel van het instrument was dan ook niet het strafbaar stellen van omkoping door bedrijven, maar slechts het aanmoedigen van positieve bijdragen van multinationale ondernemingen aan een verhoogd economisch en maatschappelijk welzijn en het beperken of oplossen van de problemen die multinationale activiteiten meebrachten.³³ Het was aan de lidstaten om te bepalen hoe en in welke mate uitvoering zou worden gegeven aan de guidelines. Een stevig instrument boden de guidelines dus niet, maar ze vormden wel een eerste stap op het gebied van de bestrijding van grensoverschrijdende corruptie.

De guidelines zijn meermalen herzien, nader toegelicht en bijgewerkt. In 2000 werden de guidelines aan de tot dan toe meest ingrijpende herziening onderworpen. Dit was voornamelijk het gevolg van de inwerkingtreding in 1999 van het hierna te bespreken anticorruptieverdrag van de OECD, waarin een aantal onderdelen van de guidelines veel minder vrijblijvend is geregeld. Zo is inmiddels overtreding van eerdergenoemde algemene beginselen welke in de guidelines van 1976 waren opgenomen, vanwege verdragsrechtelijke verplichtingen strafbaar gesteld in de nationale wetgevingen van de OECD-landen.³⁴

De inwerkingtreding van het anticorruptieverdrag heeft de guidelines echter geheel niet overbodig gemaakt, al is het karakter van de guidelines na die inwerkingtreding wel enigszins veranderd. De meerwaarde van de guidelines ten opzichte van de hierna te bespreken instrumenten tegen corruptie is dat – hoewel ze zijn ondertekend door regeringen en niet door ondernemingen – ze zich rechtstreeks richten tot de multinationale ondernemingen. De guidelines geven concrete aanwijzingen over hoe ondernemingen kunnen bijdragen aan de strijd tegen corruptie en hoe zij kun-

³² Idem, p. 37. Deze algemene beginselen zijn sinds de opstelling ervan in 1976 tot aan de wijziging in 2000 vrijwel ongewijzigd gebleven.

³³ Idem, p. 13.

³⁴ Zie hierna in paragraaf 2.3.2.2.

nen voorkomen dat zij strafbaar handelen. Daarnaast hebben de guidelines een bereik dat vele malen breder is dan dat van de instrumenten die specifiek ten behoeve van de (strafrechtelijke) bestrijding van corruptie zijn opgesteld. De huidige guidelines zijn vastgesteld op 25 mei 2011³⁵ en bevatten een breed assortiment aanbevelingen van de overheid aan bedrijven ten aanzien van hun investerings- en handelsrelaties. Bij de herziening in 2000 zijn aan de guidelines aanbevelingen op het gebied van milieu en consumentenbelangen toegevoegd. Sinds de wijziging van 2011 zijn daar aanbevelingen op het gebied van mensenrechten bijgekomen. Als zodanig geven de huidige guidelines handvatten voor alle aspecten van ‘good governance’ voor bedrijven die in het buitenland zaken (willen) doen. Aanbevelingen met betrekking tot corruptiebestrijding zijn sinds 2000 in een afzonderlijk hoofdstuk samengebracht en aanzienlijk uitgebreid ten opzichte van vorige versies. Met de wijzigingen in 2011 werden de laatste ontwikkelingen op het gebied van corruptiepreventie en -bestrijding door ondernemingen in de aanbevelingen verwerkt, waardoor ze opnieuw een actuele handreiking voor die ondernemingen vormen.

Ondanks de vele wijzigingen sinds 1976, zijn de guidelines echter nog steeds niet meer dan (vrijblijvende) adviezen en handreikingen aan ondernemingen, zonder enige bindende kracht. Staten promoten de guidelines, maar het blijft aan de ondernemingen zelf om te besluiten er iets (of niets) mee te doen. Daarin verschillen de guidelines van de hierna te bespreken verdragen die exclusief op corruptiebestrijding gericht zijn en min of meer concrete verplichtingen opleggen aan partijstaten.

2.3.2.1.2 Naar een grotere afdwingbaarheid

De Guidelines for Multinational Enterprises zijn waardevolle instrumenten om bedrijven te tonen wat gewenst gedrag is. Ze bieden algemene richtsnoeren voor bedrijven over integer handelen in ruime zin. Hoewel de guidelines wel omkoping ontraden, ligt de focus niet op de bestrijding van corruptie, maar op eerlijk en correct zakendoen in het algemeen. Bij die correcte wijze van zakendoen past geen corruptie. Het handelen conform de guidelines verkleint de kans dat corruptie plaatsvindt, zodat de guidelines een preventieve werking ten aanzien van corruptie hebben. De vrijblijvendheid van de guidelines brengt echter mee dat bedrijven vrij zijn om de guidelines te negeren. Als een bedrijf besluit niet integer te handelen, of ronduit corrupt te handelen, bieden de guidelines daar geen oplossing voor. Lidstaten kunnen nauwelijks worden aangesproken op handelen van bedrijven dat niet-conform de guidelines is. Onder meer om deze reden werd aan het einde van de jaren tachtig in OECD-verband begonnen met de ontwikkeling van andere soorten instrumenten die hierna besproken worden.

³⁵ Zie voor de richtlijnen <www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>.

2.3.2.1.3 1994 Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions

Aan het einde van de jaren tachtig veranderde de attitude ten opzichte van het fenomeen corruptie. Bedrijven uit de VS die zich achtergesteld voelden ten opzichte van de rest van wereld – die immers niet onderworpen was aan het strenge regime van de FCPA – drongen aan op het rechte trekken van deze ongelijkheid.³⁶ Dit leidde in 1988 tot het hiervoor genoemde verzoek van de VS om in OECD-verband een instrument ter bestrijding van buitenlandse omkoping te ontwikkelen. Wanneer immers een afdwingbaar instrument tegen grensoverschrijdende actieve omkoping in het kader van de OECD ontwikkeld zou worden, zou vrijwel de gehele ‘supply’-zijde van omkoping in internationale zakentransacties kunnen worden aangepakt, aangezien de meeste internationaal handelende bedrijven hun hoofdvesting hadden (en nog hebben) in OECD-lidstaten.

De OECD startte in 1989 met onderhandelingen op dit punt, binnen het kader van een daartoe ingestelde ‘ad hoc working group’. Na de problematiek van corruptie een aantal jaren bestudeerd te hebben,³⁷ boekten de lidstaten in 1994 een eerste resultaat op weg naar de uiteindelijke verplichting tot strafbaarstelling van buitenlandse omkoping, door het opstellen van de ‘Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions’³⁸ (hierna: 1994-Recommendation). De aanbeveling werd op voorstel van het CIME³⁹ opgesteld door de Raad van de OECD (hierna: Council), bestaande uit (permanente) vertegenwoordigers van alle lidstaten en een vertegenwoordiger van de Europese Unie.

De OECD overwoog dat omkoping een wijdverbreid fenomeen was bij internationale zakelijke transacties, inclusief handel en beleggingen. Dit leverde ernstige morele en politieke problemen op en verstoorde de voorwaarden voor eerlijke concurrentie op de internationale markt.⁴⁰

In de 1994-Recommendation werd een expliciete definitie van omkoping (‘bribery’) gegeven, zoals die door de OECD zou gaan worden bestreden:

³⁶ Dit was overigens niet de enige reden voor de aangewakkerde aandacht voor de bestrijding van corruptie. Een andere reden voor de veranderde houding eind jaren tachtig vond zijn oorsprong in het einde van de Koude Oorlog en de val van het Sovjetbewind in veel landen in Oost-Europa. Hervormers van (ex-)communistische landen die de macht hadden overgenomen, legden de corruptie van het oude regime bloot. Dat bood een goede voedingsbodem voor een internationale strijd tegen corruptie.

³⁷ De werkgroep verrichtte onder andere rechtsvergelijkend onderzoek naar de verschillen en overeenkomsten in de wijzen waarop lidstaten het verschijnsel van grensoverschrijdende omkoping wel of niet reeds bestreden.

³⁸ Parijs, 27 mei 1994, C(94)75/FINAL.

³⁹ Deze Commissie is tevens verantwoordelijk voor de eerdergenoemde OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

⁴⁰ C(94)75/FINAL, p. 2, Considerations of the Council.

“for the purposes of this Recommendation, bribery can involve the direct or indirect offer or provision of any undue pecuniary or other advantage to or for a foreign public official, in violation of the official’s legal duties, in order to obtain or retain business.”

De Council adviseerde de OECD-lidstaten effectieve maatregelen te nemen ter afschrikking, voorkoming en bestrijding van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen in verband met internationale zakelijke transacties. Hierbij werd een multidisciplinaire aanpak voorgestaan. Niet alleen de strafwetten en hun toepassing dienden te worden geëxamineerd in dit kader, hetzelfde gold voor civiele en bestuurlijke wetgeving, belastingwetten en accountingregels, subsidieregelingen en regels van openbare aanbesteding. Van alle relevante wetten moesten de OECD-lidstaten controleren in hoeverre die konden bijdragen aan het bereiken van het doel: de afschrikking, preventie en bestrijding van corruptie.

Niet alleen werden de lidstaten gevraagd na te gaan in hoeverre omkoping van buitenlandse ambtenaren strafbaar was gesteld, maar tevens in hoeverre die eventueel bestaande strafbaarstellingen werden ingezet en toegepast.

In de 1994-Recommendation inviteerde (lees: instrueerde) de Council voorts het CIME tot oprichting van een ‘Working Group on Bribery in International Business Transactions’. Deze Working Group kreeg verschillende taken toegewezen, waaronder de taak, in samenwerking met het Comité Fiscale Zaken, onderzoek te doen naar hoe de OECD-lidstaten omkoping fiscaal gezien benaderden. Met name de kwestie van de belastingaftrekbaarheid van steekpenningen diende bestudeerd te worden.

Ten slotte werd het CIME opgedragen binnen 3 jaar de 1994-Recommendation te herzien. Deze gewijzigde Recommendation kwam tot stand in 1997 (zie hierna in paragraaf 2.3.2.1.5).

2.3.2.1.4 1996 Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials

In opdracht van de Council deed de Working Group on Bribery in samenwerking met het Comité Fiscale Zaken onderzoek naar de belastingaftrekbaarheid van steekpenningen in de verschillende OECD-lidstaten. Uit dit onderzoek bleek kenmerkend⁴¹ dat veel landen, al dan niet stilzwijgend, toestonden dat bedrijven de aan steekpenningen uitgegeven bedragen als aftrekpost opvoerden bij hun belastingaangifte, want naar aanleiding van de resultaten van het onderzoek adviseerde de Council in 1996 de lidstaten die de belastingaftrekbaarheid van steekpenningen niet afkeurden “opnieuw deze handelwijze te bestuderen met de intentie deze aftrekbaarheid af te keuren”.⁴² Dezelfde aanbeveling was weliswaar reeds in de 1994-

⁴¹ De resultaten van het onderzoek zijn niet gepubliceerd.

⁴² Parijs, 11 april 1996, C(96)27/FINAL.

Recommendation opgenomen,⁴³ maar had afzonderlijke aandacht nodig omdat gebleken was dat veel staten het opvoeren van betaalde steekpenningen als aftrekpost (nog steeds) toestonden.

Ook in Nederland was het aftrekken van steekpenningen van de belasting wettelijk gezien niet verboden. Het zou vanaf de eerste aanbeveling van de OECD nog 12 jaar duren voordat de Nederlandse wetgeving op dit punt zou worden aangepast.⁴⁴ In 2009 is de aanbeveling van 1996 samen met de hierna te bespreken aanbeveling uit 1997 opgevolgd door de uitgebreidere 'Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions'.⁴⁵

2.3.2.1.5 1997 Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions

In mei 1997 werd de 1994-Recommendation volledig herzien.⁴⁶ De Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions⁴⁷ (hierna: 1997-Recommendation) is aanmerkelijk uitgebreid ten opzichte van die uit 1994. Belangwekkend op dit punt is met name de bijlage bij de 1997-Recommendation. De OECD legde in die bijlage een aantal gemeenschappelijke elementen vast die nationale strafwetgeving en gerelateerde regelgeving in het kader van corruptiebestrijding in ieder geval moest bevatten. Deze elementen zouden later bij de opstelling van het anticorruptieverdrag door de OECD ook als leidend criterium dienen. In hoofdstuk drie wordt inhoudelijk ingegaan op de 1997-Recommendation en de hierna genoemde aanbeveling uit 2009 die de 1997-Recommendation heeft opgevolgd.

2.3.2.2 Strafbaar stellen van buitenlandse omkoping niet langer vrijblijvend: Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

Tijdens de laatste onderhandelingsronde voor de 1997-Recommendation suggereerde een aantal landen, aangevoerd door Frankrijk en Duitsland, dat de strafbaarstellingen een meer bindende vorm vereisten. In de 1997-Recommendation besloot de OECD tot de onmiddellijke aanvang van onderhandelingen voor een internationaal verdrag dat een strafbaarstelling van buitenlandse omkoping behelsde, overeenkomstig de elementen die in de bijlage van de 1997-Recommendation opgesomd waren. Daar werd voor internationale maatstaven een behoorlijke vaart ach-

⁴³ Zie Section III, onder iii) van de 1994-Recommendation.

⁴⁴ *Stb.* 2006, 233 en 235. Inwerkingtreding per 1 augustus 2006. Zie voor een bespreking van deze wetgeving paragraaf 7.2.1.4.

⁴⁵ Parijs, 25 mei 2009, C(2009)64.

⁴⁶ De instructie hiertoe was reeds gegeven in de 1994-Recommendation in Section IX.

⁴⁷ Parijs, 23 mei 1997, C(97)123/FINAL.

ter gezet, want reeds op 17 december 1997 werd te Parijs door 33 landen⁴⁸ de OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions⁴⁹ (hierna: OECD-corruptieverdrag⁵⁰) ondertekend. Na het bereiken van het vereiste aantal ratificaties⁵¹ trad het verdrag in werking op 15 februari 1999, dus nog geen 14 maanden na de ondertekening ervan. De OECD-lidstaten die het verdrag nog niet geratificeerd hadden, deden dat spoedig na 15 februari 1999.⁵² De totstandkoming en inwerkingtreding konden relatief snel geschieden omdat de inhoud van het verdrag voortbouwde op die van de 1997-Recommendation en derhalve niet al te schokkend was voor de partijstaten. De tactiek van het laten voorafgaan van een verdrag door een aantal niet-dwingende aanbevelingen is een veelgebruikte door internationale organisaties.⁵³ De Nederlandse akte van ratificatie van het verdrag werd overigens pas in 2001 overgelegd, waarmee Nederland bijna het laatste OECD-land was dat tot het verdrag toetrad. Voor Nederland was dit het eerste verdrag dat een verplichting oplegde tot wettelijke strafbaarstelling van internationale corruptie.⁵⁴

Het OECD-corruptieverdrag richt zich uitsluitend op de actieve kant van corruptie, dat wil zeggen het misdrijf dat gepleegd wordt door de persoon die de gift of belofte doet of de dienst verleent of aanbiedt aan de ambtenaar.⁵⁵ Over de strafbaarheid van de overheidsfunctionaris die de gift, belofte of dienst accepteert of aanneemt, wordt in het verdrag met geen woord gerept. Ook de hiervoor besproken oudere

⁴⁸ Van de destijds 29 OECD-landen ondertekenden 28 het verdrag (lidstaat Australië ondertekende het niet, maar trad wel in december 1999 toe tot het verdrag). Daarnaast ondertekenden Argentinië, Brazilië, Bulgarije, Chili en Slowakije (destijds geen lid van de OECD, lid sinds 2000) het verdrag. Bij sluiting van dit manuscript telde het verdrag, na de toetreding van Estland, Slovenië, Zuid-Afrika en meest recentelijk Israël, 38 partijstaten en leek Rusland de 39^e partij bij het verdrag te gaan worden.

⁴⁹ DAFPE/IME/BR(97)16/REV, *Trb.* 1998, 54. De Nederlandse vertaling van dit 'OESO Verdrag inzake de bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties' verscheen in *Trb.* 1998, 219.

⁵⁰ Hoewel het verdrag van de OECD en ook de hierna te bespreken verdragen steeds *tegen* corruptie gericht zijn, wordt omwille van de leesbaarheid steeds gesproken van corruptieverdragen in plaats van anticorruptieverdragen.

⁵¹ Artikel 15 van het OECD-corruptieverdrag.

⁵² Nederland ratificeerde in 2001 en was daarmee één van de laatste van de oorspronkelijke ondertekenende staten.

⁵³ Vgl. H.G. Schermers, *De gespecialiseerde organisaties. Hun bouw en inrichting* (diss. Leiden), Leiden: Slijthoff 1957, p. 155-156.

⁵⁴ De in paragraaf 2.3.3 besproken Europese verdragen noopten slechts tot strafbaarstelling van corruptie op Europees niveau.

⁵⁵ In het volgende hoofdstuk komt aan de orde dat slechts de omkoper een onderdaan dient te zijn van een land dat partij is bij het OECD-corruptieverdrag. De strafbaarstelling betreft de omkoping van ambtenaren van welk land dan ook ter wereld.

aanbevelingen en richtlijnen betroffen slechts de bestrijding van actieve omkoping. De OECD wilde voornamelijk de toestroom van corrupte gelden in de arme economieën en dus de corrumpering van die economieën bestrijden. De gedachte was dat het gemakkelijker is de potentiële omkopers aan te pakken, met name wanneer dat commerciële ondernemingen zijn, omdat die vanwege hun kwetsbaarheid eerder wetsconform zullen handelen. De kans op reputatieschade en financiële schade door een veroordeling wegens het betalen van steekpenningen in het buitenland moest zodanig groot zijn dat bedrijven het risico niet meer zouden durven nemen. Tegelijkertijd was de gedachte dat, wanneer alle grote marktpartijen zouden weigeren nog langer steekpenningen te betalen, de corrupte overheidsambtenaren en tussenpersonen van de corrupte regimes in zwakke economieën uiteindelijk ook zouden stoppen met vragen om die steekpenningen.⁵⁶ Deze strategie werkt uiteraard slechts wanneer alle potentiële omkopers zich op gelijke wijze aan het omkoopverbod houden. Wanneer één onderneming besluit toch steekpenningen te betalen, is het systeem niet meer optimaal, zeker wanneer die omkoping onbestraft blijft.

De 1997-Recommendation belastte de Working Group on Bribery met de taak de naleving van het OECD-corruptieverdrag en de Recommendations door lidstaten te volgen en daar aan de OECD over te rapporteren. Deze ‘monitoring’ van de regelgeving was een essentieel vereiste voor het succes van het anticorruptieprogramma van de OECD en was tot op dat moment vrij uniek. In hoofdstuk vier wordt op deze monitoring ingegaan.

2.3.2.3 Na het OECD-corruptieverdrag: van losse initiatieven naar een georganiseerd instrumentarium

Het strafbaar stellen van actieve grensoverschrijdende omkoping in zakelijke transacties en daarmee het bestrijden van de aanbodzijde van zwaardere vormen van internationale corruptie is het stokpaardje van de OECD, maar het is niet de enige bijdrage van de OECD aan de strijd tegen corruptie. Hoewel de Working Group on Bribery zich als vanzelfsprekend slechts bezig houdt met aan corruptiebestrijding gerelateerde onderwerpen, zijn steeds meer andere OECD-werkgroepen en commissies ook programma’s gestart ter voorkoming en bestrijding van corruptie op hun werkerrein.

Hierboven zijn reeds de Richtlijnen voor multinationale ondernemingen genoemd, die voor het eerst in de jaren ’70 omkoping door multinationale ondernemingen afwezen. Zij vormen de kern van de voortdurende campagne van de OECD ter bevordering van het maatschappelijk verantwoord ondernemen door het bedrijfsleven. Zoals hiervoor in paragraaf 2.3.2.1.4 is besproken, wordt daarnaast gepoogd

⁵⁶ M. Pieth, ‘Introduction’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 21.

corruptie in ruime zin aan te pakken via het systeem van de belastingen, door een einde te maken aan de mogelijkheid om betaalde steekpenningen op te voeren als aftrekpost. De aanbeveling uit 1996⁵⁷ vormt hier de kern van.

Corruptie waardoor ontwikkelingshulp gefrustreerd wordt, is ook een kwestie waartegen de OECD – en met name het Development Assistance Committee (DAC) – zich inspannt. In 1996 werd een eerste aanbeveling aangenomen die corruptie beoogde te bestrijden bij publieke aanbestedingen waarbij ontwikkelingsgeld betrokken is.⁵⁸

Ook voor de ‘Working Party on Export Credits and Credit Guarantees’, een werkgroep binnen de OECD die sinds de oprichting in 1963 belast is met de ontwikkeling van internationale eenheid van beleid in OECD-landen ten aanzien van exportkredietverzekeringen, is de bestrijding van grensoverschrijdende omkoping een speerpunt geworden. In 2006 nam de Council op voorstel van deze Working Party⁵⁹ de ‘Recommendation on bribery and officially supported export credits’⁶⁰ aan, waarin de OECD-lidstaten worden verzocht de bestrijding ter hand te nemen van omkoping met betrekking tot exportkredieten die door overheden verleend of financieel ondersteund worden. Op de rol van exportkredietverzekeraars bij de bestrijding van buitenlandse omkoping wordt ingegaan in paragraaf 7.2.1.1.

De OECD heeft zich, bij monde van het Public Governance Committee, ook begeven op het terrein van preventie van corruptie in de publieke sector. In een aantal aanbevelingen⁶¹ worden lidstaten aangespoord het integriteitsbeleid van hun overheden onder de loep te nemen en zonodig te moderniseren.

⁵⁷ Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials, Parijs, 11 april 1996, C(96)27FINAL.

⁵⁸ 1996 Recommendation of the Development Assistance Committee on Anti-Corruption Proposals for Bilateral Aid Procurement, Parijs, 6-7 mei 1996 <www.oecd.org/dataoecd/4/18/38028044.pdf>.

⁵⁹ Dit voorstel deed de Working Party in de ‘2006 Action Statement on Bribery and Officially Supported Export Credits’ van 11 mei 2006 (TD/ECG(2006)11). De tekst van deze Action Statement is nagenoeg letterlijk overgenomen in de Recommendation van de OECD Council.

⁶⁰ Parijs, 14 december 2006, TD/ECG(2006)24. Deze Recommendation van de OECD Council was overgenomen van de door de Working Party on Export Credits and Credit Guarantees een half jaar eerder opgestelde ‘2006 Action Statement on Bribery and Officially Supported Export Credits’ (TD/ECG(2006)11), welke weer de opvolger was van de ‘2000 Action Statement on Bribery and Officially Supported Export Credits’ (TD/ECG(2000)15) van diezelfde Working Party. De Action Statements zijn slechts gericht tot leden van genoemde Working Party en dus slechts tot OECD-landen. De Recommendation richt zich (in het bijzonder) tot de landen die geen OECD-lid zijn maar wel partij zijn bij het OECD-corruptieverdrag.

⁶¹ Het betreft de 1998 Recommendation on Improving Ethical Conduct in the Public Service <www.oecd.org/dataoecd/60/13/1899138.pdf>, de 2003 Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Sector (gepubliceerd in boek-

Bovenstaande inspanningen richten zich op de OECD-lidstaten en de staten waarmee die lidstaten, zakelijk of door ontwikkelingshulp, verbonden zijn. Daarnaast heeft de OECD vijf regionale (samenwerkings)programma's opgezet die de bestrijding van corruptie een wereldwijde aangelegenheid moeten maken.

Bovengenoemde OECD-initiatieven lijken een alomvattend anticorruptieprogramma te vormen, maar in feite zijn de genoemde initiatieven in de afgelopen twee decennia genomen door verschillende, los van elkaar opererende werkgroepen en commissies. De vele verschillende aanbevelingen van de verschillende commissies die elk belang hechten aan hun onafhankelijkheid, maken dat de samenhang gemakkelijk zoek raakt. De OECD heeft onmiskenbaar zeer vooruitstrevend werk verricht op het gebied van de bestrijding van internationale corruptie, maar toch staat deze bestrijding feitelijk nog in de kinderschoenen. Pas sinds enkele jaren lijkt de OECD zelf een systeem te (willen) ontwaren in de vele initiatieven die het genomen heeft. Door publieke consultaties wil de OECD ook input te krijgen van de verschillende belangengroepen over de kwaliteit van het huidige OECD-instrumentarium tegen corruptie.⁶² Hoewel de OECD een organisatie van staten is, worden nu steeds vaker andere belanghebbenden betrokken bij de ontwikkeling van nieuwe instrumenten. Deze betrokkenheid is wenselijk om verschillende redenen. Niet alleen worden hierdoor de instrumenten beter afgestemd op de 'behoeften' van de praktijk, maar ook zal de betrokkenheid van anderen dan de OECD-landendelegaties leiden tot een grotere bewustwording van het bestaan van de instrumenten, wat op zijn beurt ten goede komt aan de preventieve werking ervan.

De herbezinning op de OECD-instrumenten tegen corruptie heeft in mei 2009 geleid tot het aannemen door de Council van een nieuwe aanbeveling met betrekking tot belastingmaatregelen tegen corruptie.⁶³ Op 9 december 2009, de dag die door de VN is uitgeroepen tot internationale anticorruptiedag, publiceerde de OECD, ter gelegenheid van het tienjarig in-werking-zijn van dat verdrag, een nieu-

vorm in: *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, Parijs: OECD Publishing 2005) en de 2008 Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement (Parijs, oktober 2008, C(2008)105).

⁶² De OECD publiceerde in januari 2008 een Consultation Paper, waarin een ieder die zich daartoe geroepen voelde, uitgenodigd werd te reageren op het beleid dat de OECD in de tien jaar ervoor had gevoerd en de instrumenten die hieruit waren voortgekomen. Het was voor het eerst dat op een zo grote schaal naar de mening van belanghebbenden werd gevraagd.

⁶³ Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Parijs, 25 mei 2009, C(2009)64. Zie hiervoor paragraaf 2.3.2.1.4 en hierna paragraaf 3.2.1.

we aanbeveling⁶⁴ als opvolger van de 1997-Recommendation. Behalve dat de nieuwe aanbeveling corruptiebestrijding in het algemeen weer onder de aandacht brengt bij de partijstaten, bevat het ook een aantal nieuwe bepalingen die de strafbaar te stellen gedragingen verder aanscherpen. In het volgende hoofdstuk wordt inhoudelijk op deze nieuwe aanbevelingen ingegaan.

Bovenstaande beschrijving van de vele inspanningen die de OECD (heeft) verricht zou kunnen doen vermoeden dat de vernietigende werking van grensoverschrijdende corruptie en de noodzaak dit fenomeen te bestrijden inmiddels alom bekend zijn. Toch heeft de OECD het noodzakelijk gevonden om begin 2010, tien jaar na de inwerkingtreding van het OECD-corruptieverdrag, een nieuwe driejarige bewustwordingscampagne te starten⁶⁵ om meer kenbaarheid te geven aan de strafbaarheid van buitenlandse omkoping, de negatieve gevolgen van buitenlandse omkoping te laten zien en staten (opnieuw) te motiveren om anti-omkopingsmaatregelen te nemen.

2.3.3 Europese Unie

Ook in verband van de Europese Unie (EU) heeft het onderwerp corruptie inmiddels de aandacht. De Europese Gemeenschappen⁶⁶ hebben reeds vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw gepoogd hun financiële belangen te beschermen. Aanvankelijk werd in dat kader geen bijzondere aandacht besteed aan corruptiebestrijding. Wel werd fraude in het algemeen als een grote bedreiging gezien voor de geloofwaardigheid en zelfs voor het voortbestaan van de Gemeenschappen en later van de Europese Unie. Schandalen van misbruikt Gemeenschapsgeld kunnen het vertrouwen van lidstaten in het nut van een verenigd Europa ernstig schaden. Voor een relatief jonge entiteit als de EU, zonder vanzelfsprekend bestaansrecht, heeft dergelijke schade een veel vernietigendere kracht dan voor reeds lang gevestigde nationale staten.⁶⁷ Waar een groot schandaal op nationaal niveau een regering kan doen sneuvelen, kan dit op Europees niveau het einde van de gehele gemeenschap

⁶⁴ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Parijs, 26 november 2009, C(2009)159/REV1/FINAL.

⁶⁵ Het 'Initiative to Raise Global Awareness of Foreign Bribery' vloeit voort uit genoemde Recommendation van OECD uit 2009.

⁶⁶ De verwarrende situatie waarin zowel de Europese Gemeenschappen en later de Europese Gemeenschap, als de Europese Unie bestonden, in een pijlerstructuur waarin de (organen van de) Gemeenschap(en) één van de drie pijlers van de Unie vormden, is met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon per 1 december 2009 verleden tijd. Aangezien hier een historische ontwikkeling wordt besproken, moeten echter toch beide termen worden genoemd.

⁶⁷ Zie ook: G.J.M. Corstens, 'Europese initiatieven tegen corruptie', in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, z.p.: Gouda Quint 2001, p. 21.

betekenen. Op nationaal niveau zullen burgers bijna altijd het belang wel zien van het hebben van een persoon of groep personen die leiding geeft aan het volk. Europese burgers zijn echter minder makkelijk te overtuigen van de toegevoegde waarde van een overkoepelende organisatie die de verschillende Europese staten met uiteenlopende culturen wil verenigen. De Europese eenheid valt of staat met de toewijding van haar leden. Het belang dat het geld van Europese belastingbetalers goed en doelmatig wordt besteed, is dus nog groter dan dat in nationaal verband het geval is.

Fraude met Europees belastinggeld moest zoveel mogelijk voorkomen worden en indien nodig opgespoord en bestraft kunnen worden. Later kwam daar ook aandacht voor corruptie bij als bedreiging voor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. De meer algemene regelgeving ter bestrijding van fraude zag hier oorspronkelijk niet op. In december 1994 formuleerde de Raad van de Europese Unie – de bijeenkomst van vakministers van de EU-lidstaten (hierna: de Raad) – in zijn ‘Resolutie betreffende de rechtsbescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen’⁶⁸ het verzoek om zo spoedig mogelijk een juridisch instrument uit te werken ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. Eén van de richtsnoeren van een dergelijk instrument moest volgens de Raad zijn dat lidstaten doeltreffende maatregelen zouden nemen “ter bestraffing van omkoping van of door ambtenaren van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de financiële belangen van de Gemeenschappen.”⁶⁹ Dit verzoek vertaalde zich in 1996 in een eerste Europees instrument voor de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, het hierna te bespreken EU-corruptieprotocol.

Alvorens over te gaan tot de bespreking van de strafrechtelijke verdragen die de EU ter bestrijding van (fraude en) corruptie heeft voortgebracht, moet worden opgemerkt dat deze verdragen deel uitmaken van een groter geheel van regelgeving die dient ter voorkoming en bestrijding van fraude en corruptie (die de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen schaden). De regelgeving die hierna besproken wordt, betreft slechts het deel dat de *strafrechtelijke* bestrijding reguleert. De strafrechtelijke instrumenten zijn tot stand gekomen in de zogenaamde ‘derde pijler’ van de EU, waar geen communautaire maar slechts een intergouvernementele vorm van samenwerking bestond. In het kader van deze pijler, die inmiddels met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon ingrijpend is hervormd,⁷⁰ behielden de lidstaten destijds hun volledige soevereiniteit. De hierna te bespreken strafrechtelijke instrumenten zijn derhalve nog tot stand gekomen als ‘klassieke’ verdragen. Dit had als gevolg dat iedere lidstaat afzonderlijk na ondertekening van het verdrag eerst via de voorgeschreven nationale procedure zijn goedkeuring

⁶⁸ *PbEG* Nr. C 355 van 14 december 1994, p. 2-3.

⁶⁹ Zie paragraaf 7 onder h) van genoemde resolutie.

⁷⁰ Zie hierna in paragraaf 2.3.3.4.

moest verlenen alvorens het verdrag voor de desbetreffende lidstaat in werking kon treden.

Met betrekking tot de houding van de EU ten opzichte van de in andere gremia tot stand gekomen instrumenten ter bestrijding van corruptie (hierboven en hieronder besproken) kan voorts nog het volgende worden opgemerkt. De lidstaten van de Unie hebben zich bij de totstandkoming van die instrumenten zoveel mogelijk als eenheid opgesteld. De Raad stelde in twee Gemeenschappelijke standpunten⁷¹ de positie vast die de lidstaten zouden innemen bij de onderhandelingen binnen de OECD en de Raad van Europa over de opstelling van verdragen door die organisaties. Met name bij de OECD was de invloed van de EU – althans numeriek – aanzienlijk; van de 29 landen die destijds lid waren van de OECD, waren er 15 tevens lidstaat van de EU (dit waren destijds *alle* EU-lidstaten). Ook de Raad van Europa, die destijds 40 leden telde waarvan 15 EU-lidstaten, moest rekening houden met de wensen en belangen van de EU.

Bij de totstandkoming van het hierna te bespreken anticorruptieverdrag van de Verenigde Naties is een andere benadering gekozen. De 15 lidstaten namen niet langer afzonderlijk deel aan de onderhandelingen voor dit verdrag, maar meer als eenheid. Daarnaast nam ook de Europese Commissie, als vertegenwoordiger van de Europese Gemeenschap deel aan de onderhandelingen. Bij de bespreking van de totstandkoming van het VN-corrupctieverdrag in paragraaf 2.3.5.7 wordt hier nader op ingegaan.

In paragraaf 2.3.3.5 wordt aandacht besteed aan het meeromvattende anticorruptiebeleid en andere inspanningen van de Europese Unie op het terrein van corruptiebestrijding.

2.3.3.1 Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen en de bijbehorende protocollen

Op 26 juli 1995 werd te Brussel, namens de regeringen van de (destijds) 15 lidstaten van de Europese Unie, de ‘Overeenkomst aangaande de bescherming van de finan-

⁷¹ Het (eerste) ‘Gemeenschappelijk standpunt van 6 oktober 1997 door de Raad vastgesteld op basis van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie betreffende onderhandelingen in het kader van de Raad van Europa en de OESO over corruptie’ (97/661/JBZ, PB Nr. L 279 van 13 oktober 1997, p. 1-2) heeft een meer algemeen karakter. Met name het ‘Tweede gemeenschappelijk standpunt van 13 november 1997 door de Raad vastgesteld op basis van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie betreffende de onderhandelingen in het kader van de Raad van Europa en de OESO over de bestrijding van corruptie’ (97/783/JBZ, PB Nr. L 320 van 21 november 1997, p. 1-2) geeft duidelijk de standpunten die de lidstaten dienden te verdedigen tijdens de onderhandelingen.

ciële belangen van de Europese Gemeenschappen'⁷² (hierna: EU-fraudeovereenkomst) ondertekend. De overeenkomst kwam tot stand binnen het kader van de derde pijler van de Europese Unie, die van de politieke en justitiële samenwerking. Het eerste concept voor een dergelijk instrument stamde al uit 1976,⁷³ maar werd lang bediscussieerd in de jaren tachtig. In het 'Griekse maïs'-arrest uit 1989⁷⁴ oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat lidstaten de verplichting hebben de financiële belangen van de Gemeenschappen op gelijke wijze te beschermen als zij hun nationale financiële belangen beschermen. Deze uitspraak bracht de onderhandelingen voor Europese regelgeving op dit punt in een (relatieve) stroomversnelling, al zou de EU-fraudeovereenkomst uiteindelijk nog zes jaar op zich laten wachten. Vlak na de vaststelling van de EU-fraudeovereenkomst stelde de Raad binnen het kader van de eerste pijler de 'Verordening betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen'⁷⁵ vast. Aangezien de verordening een eerste pijlerinstrument was, kon die geen verplichtingen met betrekking tot hervorming van het nationale strafrecht bevatten. Derhalve beperkte de verordening zich tot door de lidstaten te nemen administratief-rechtelijke maatregelen.⁷⁶

De EU-fraudeovereenkomst beoogde wel de strafrechtelijke bestrijding van fraude in het algemeen waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden geschaad. Het lag vanaf het begin al in de bedoeling van de Unie om de EU-fraudeovereenkomst op korte termijn aan te vullen met een ander rechtsinstrument, met het oog op een doeltreffender strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.⁷⁷ Inmiddels zijn twee protocollen en een hofprotocol toegevoegd aan de overeenkomst. Eén van de protocollen is in het bijzonder van belang voor de corruptiebestrijding en wordt hier derhalve uitvoeriger besproken.

⁷² Convention on the protection of the Communities' financial interests, *PbEG* Nr. C 316 van 27 november 1995, p. 48-57 (95/C 316/03).

⁷³ *PbEG* Nr. C 222 van 22 september 1976, p. 2.

⁷⁴ HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (*Griekse maïs*).

⁷⁵ Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995, *PbEG* Nr. L 312 van 23 december 1995, p. 1-4.

⁷⁶ Over de vraag of binnen het communautaire kader van de eerste pijler beslissingen kunnen worden genomen die van invloed zijn op het nationale strafrecht, is in de loop der tijd steeds ruimer gedacht. Zie bijvoorbeeld de hierna in paragraaf 2.3.3.3 besproken frauderichtlijn. Uiteindelijk is de pijlerstructuur geheel verlaten met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009. Zie hierna in paragraaf 2.3.3.4.

⁷⁷ Akte van de Raad van 26 juli 1995 tot vaststelling van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* Nr. C 316 van 27 november 1995, p. 48.

Ruim een jaar na het opstellen ervan, werd per 27 september 1996, op verzoek van het Spaanse voorzitterschap,⁷⁸ de EU-fraudeovereenkomst aangevuld met het ‘Eerste protocol bij de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen’⁷⁹ (hierna: EU-corruptieprotocol). De lidstaten overwogen dat niet alleen fraude de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen schaadt, maar dat ook andere strafbare feiten een bedreiging vormen, “met name daden van omkoping welke begaan kunnen worden tegen of door nationale zowel als communautaire ambtenaren, die belast zijn met de inning, het beheer of de besteding van communautaire middelen waarop zij controle uitoefenen. [Omdat] bij dergelijke daden van omkoping personen van verschillende nationaliteit en in dienst van verschillende openbare instanties of instellingen betrokken kunnen zijn, [achten de lidstaten van belang dat], ter wille van een doeltreffend optreden tegen dergelijke internationaal vertakte operaties, [...] het laakbare karakter ervan in het strafrecht van de lidstaten volgens vergelijkbare maatstaven wordt beoordeeld (tussen haken van mij, GS).”⁸⁰ Lidstaten bleken vaak wel over strafwetgeving ter bestrijding van corruptie binnen het nationale ambtelijke apparaat te beschikken, maar communautaire ambtenaren en ambtenaren van andere lidstaten vielen daar niet onder. Aangezien juist de omkoping van die communautaire ambtenaren de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen het meest schaadt, lag de wens tot harmonisering van de nationale wetgevingen van de lidstaten op dit punt voor de hand.

Kort na de vaststelling van het EU-corruptieprotocol werd tevens een protocol aangenomen dat de bevoegdheid tot uitleg van de EU-fraudeovereenkomst en het EU-corruptieprotocol toekende aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁸¹ Lidstaten kregen met de toevoeging van dit hofprotocol de mogelijkheid de bevoegdheid van het Hof te aanvaarden om door het nemen van een prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitleg van de overeenkomst en het protocol in een concreet geval.

De EU-fraudeovereenkomst, het EU-corruptieprotocol en het hofprotocol traden gelijktijdig pas in werking op 17 oktober 2002, negentig dagen nadat Italië als laatste lidstaat de ratificatie meldde.

⁷⁸ Toelichtend rapport bij EU-corruptieprotocol, *PbEG* Nr. C 11 van 15 januari 1998, p. 5.

⁷⁹ *PbEG* Nr. C 313 van 23 oktober 1996, p.1-10.

⁸⁰ Overwegingen van de hoge verdragsluitende partijen bij het EU-corruptieprotocol.

⁸¹ Protocol betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, 29 november 1996, *PbEG* Nr. C 151 van 20 mei 1997, p. 1-14.

Op 19 juni 1997 werd de EU-fraudeovereenkomst uitgebreid met nog een protocol,⁸² dat als doel had lidstaten te bewegen tot aanpassing waar nodig van hun nationale recht “in die zin dat rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld in gevallen van fraude of actieve corruptie en witwassen van geld die hun tot voordeel strekken en waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden of kunnen worden geschaad” en “om het witwassen van opbrengsten van fraude of corruptie waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden of kunnen worden geschaad, strafbaar te stellen en de confiscatie van zulke opbrengsten mogelijk te maken” en “om te verhinderen dat wederzijdse rechtshulp wordt geweigerd louter omdat de delicten die onder dit protocol vallen delicten inzake heffingen of douanerechten betreffen of als zodanig worden beschouwd.” Nederland keurde dit tweede protocol goed per 11 juli 2001⁸³ en verbond er geen wijziging van de nationale wetgeving⁸⁴ aan, al werd de akte van bekrachtiging pas op 28 maart 2002 ingediend. Het protocol is overigens pas in werking getreden per 19 mei 2009.⁸⁵ De inwerkingtreding ervan liet lang op zich wachten vanwege de trage ratificatie door (wederom) Italië per 18 februari 2009.

2.3.3.2 Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de Lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn

Nog ruim voordat bovengenoemde EU-fraudeovereenkomst en het bijbehorende EU-corruptieprotocol in werking waren getreden, werd een nieuw instrument vastgesteld dat, zodra het in werking zou treden, het EU-corruptieprotocol eigenlijk overbodig zou maken, aangezien het dezelfde onderwerpen in ruimer verband regelde.

In 1996 legde de Italiaanse regering⁸⁶ een ontwerp-overeenkomst voor die strekte tot strafbaarstelling van alle corrupte gedragingen waarbij ambtenaren van de Gemeenschappen of van de lidstaten betrokken waren. Hoewel het ontwerp inhoudelijk grotendeels neerkwam op een samenvoeging van het EU-corruptieprotocol en

⁸² Tweede protocol bij de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, 19 juni 1997, *PbEG* Nr. C 221 van 19 juli 1997, p. 11-22.

⁸³ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R 1671) nr. 1-8; *Kamerstukken I* 2000/01, 27 509 (R 1671) nr. 285-285a; *Stb.* 2001, 315.

⁸⁴ Op een technische wijziging na van artikel 51a van de Uitleveringswet.

⁸⁵ Mededeling van de Commissie – Verklaring van de Commissie inzake de inwerkingtreding op 19 mei 2009 van het Tweede Protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, 2009/C 219/01, *PbEUC* 219 van 12 september 2009, p. 1-2.

⁸⁶ Dit was nota bene het land dat tot 2002 wachtte met de ratificatie van de EU-fraudeovereenkomst, het EU-corruptieprotocol en het hofprotocol en daarmee de inwerkingtreding daarvan vertraagde.

de bepalingen uit de EU-fraudeovereenkomst die op corruptiebestrijding van toepassing zijn, hield het ook een aanzienlijke uitbreiding in. Omdat het EU-corruptieprotocol een aanvulling was op de hoofdovereenkomst waar het aan gebonden was, kon het, net als die hoofdovereenkomst, de lidstaten slechts verplichten om gedrag strafbaar te stellen dat verband had met fraude tegen de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. In de nieuwe overeenkomst werd de toevoeging “waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden of kunnen worden geschaad” achterwege gelaten, wat het werkingsbereik van deze overeenkomst aanzienlijk verruimde vergeleken met het EU-corruptieprotocol.

Deze ‘Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn’⁸⁷ (hierna: EU-corruptieovereenkomst) werd aangenomen door de Raad (en ondertekend door de lidstaten) op 26 mei 1997. Nederland keurde het tegelijk met eerdergenoemd tweede protocol goed per 11 juli 2001⁸⁸ en bekrachtigde die goedkeuring per 28 maart 2002. Op 28 september 2005 trad de overeenkomst in werking.

De EU-corruptieovereenkomst maakt, zoals gezegd, het EU-corruptieprotocol eigenlijk overbodig en had, ter bevordering van de transparantie van Europese regelgeving, wellicht beter tezamen met dit protocol in één document samengevat kunnen worden. Ook het Europees Parlement was deze mening toegedaan. Het parlement was van mening dat de verschillende regelingen met een grotendeels identieke vorm tot verwarring zouden leiden “[...] en daarmee het bereiken van het doel, omkopingshandelingen in de Europese Unie effectief aan het licht te brengen en strafrechtelijk te vervolgen, bemoeilijken.”⁸⁹ De adviezen van het parlement op dit punt werden echter niet overgenomen door de Raad.

2.3.3.3 Voorstel voor een anticorruptierichtlijn

De nationale ratificatieprocedures van de EU-fraudeovereenkomst en het bijbehorende EU-corruptieprotocol duurden erg lang. Toen de overeenkomst en haar protocollen in het voorjaar van 2001 nog steeds niet door alle lidstaten waren geratificeerd en daardoor nog steeds niet in werking waren getreden, nam de Europese Commissie maatregelen. De Commissie overwoog dat internationale economische en financiële fraude en criminaliteit aanzienlijke schade toebrachten aan de com-

⁸⁷ Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of member states of the European Union, *PbEG* Nr. C 195 van 25 juni 1997, p. 1-11.

⁸⁸ *Stb.* 2001, 315, *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 509.

⁸⁹ ‘Resolutie over de ontwerp-akte van de Raad tot vaststelling van de overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn’, *PbEG* C 362 van 2 december 1996, p. 321.

munautaire financiële belangen. Het bestaande rechtskader diende daarom onverwijld versterkt te worden met de provisie uit de EU-fraudeovereenkomst en bijbehorende protocollen. Op 30 mei 2001⁹⁰ zond de Commissie het Europees Parlement en de Raad een ‘Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap’⁹¹ (hierna: *frauderichtlijn*). De inhoud van de ontwerprichtlijn was grotendeels overgenomen uit de EU-fraudeovereenkomst en haar protocollen.

De gedachte achter de *frauderichtlijn* was, dat er dan tenminste spoedig geldende regelgeving zou bestaan. De EU-fraudeovereenkomst en de bijbehorende protocollen hadden als nadeel dat alle lidstaten (althans de 15 die de Unie in 1995 telde) ze moesten ratificeren alvorens ze in werking konden treden, aangezien ze in het kader van de zogenaamde ‘derde pijler’ van de EU waren opgesteld.⁹² Dit kon jaren duren (en heeft ook jaren geduurd). De voorgestelde *frauderichtlijn* zou, als zogenaamd ‘eerste pijler’-instrument, directe werking hebben in alle lidstaten vanaf het moment dat het door het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk zou zijn vastgesteld.

Het regelen van strafrechtelijke aangelegenheden in de eerste (communautaire) pijler van de EU, werd door velen niet mogelijk geacht. Het strafrecht was immers een derde pijleraanlegenschap. De mogelijkheid tot het opstellen van deze richtlijn was dan ook niet onomstreden, maar werd door de Commissie verdedigd door een beroep te doen op artikel 280 van het EG-verdrag,⁹³ dat in 1999 door de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam⁹⁴ het oude – bij het Verdrag van Maastricht⁹⁵ ingevoegde – artikel 209A EG-Verdrag had vervangen en een rechtsgrondslag voor de communautaire wetgever bood tot het opstellen van beperkte wetgeving inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, zo stelde de Commissie.⁹⁶

⁹⁰ Nederland had overigens op dat moment reeds de EU-fraudeovereenkomst en het EU-corruptieprotocol en hofprotocol goedgekeurd (*Stb.* 2000, 615, *Kamerstukken II* 26 468) en geïmplementeerd (*Stb.* 2000, 616, *Kamerstukken II* 26 469). De goedkeuring was echter nog niet gemeld aan de Raad en daarmee was dus nog niet geratificeerd.

⁹¹ COM(2001) 272 def.

⁹² Dit vereiste werd in 1999 aangepast, waardoor slechts de helft van de lidstaten een overeenkomst moest hebben geratificeerd alvorens die in werking trad (artikel 34 lid 2 onder d van het EU-Verdrag). Voor de EU-fraudeovereenkomst gold echter nog het oude vereiste.

⁹³ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 is deze bepaling opgenomen in artikel 325 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Zie voor een bespreking van de consequenties van het Verdrag van Lissabon voor de corruptiebestrijding paragraaf 2.3.3.4.

⁹⁴ De meeste verdragen die het EG-Verdrag en EU-Verdrag aanpasten, zijn genoemd naar de stad waar ze ondertekend zijn. Zo zijn er verdragen van Maastricht (1993), van Amsterdam (1999), van Nice (2003) en van Lissabon (2009).

⁹⁵ *PbEG* Nr, C 224 van 31 augustus 1992.

⁹⁶ De Commissie meende dat artikel 280, lid 4, tweede zin (“Deze maatregelen hebben geen

De ontwikkeling van de frauderichtlijn, die tot een spoedige regeling op het punt van de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de EU had moeten leiden, in plaats van de 'trage' EU-fraudeovereenkomst, kwam zelf ook niet echt van de grond. Nadat het document een eerste keer door het Europees Parlement en de Raad (en de Rekenkamer) was beoordeeld, zond de Commissie op 16 oktober 2002 een gewijzigd voorstel voor de frauderichtlijn aan het Parlement en de Raad.⁹⁷ Vanaf dat moment lijkt niets meer met het voorstel te zijn gedaan.

Het voorstel lijkt voornamelijk tot doel te hebben gehad druk uit te oefenen op de lidstaten om eindelijk iets te ondernemen ter ratificatie van de EU-fraudeovereenkomst. En dat heeft gewerkt: op 17 oktober 2002 traden de EU-fraudeovereenkomst, het EU-corruptieprotocol en het hofprotocol toch nog in werking.

De frauderichtlijn was daardoor overbodig geworden. De indiening van het gewijzigde voorstel is overigens wel vreemd te noemen, aangezien 90 dagen eerder, met de notificatie van goedkeuring door Italië van de EU-fraudeovereenkomst (en corruptie- en hofprotocol) al was komen vast te staan dat deze laatste op 17 oktober 2002 in werking zou gaan treden. De overbodigheid van de frauderichtlijn was dus drie maanden vóór indiening van het gewijzigde voorstel daartoe reeds bekend.

2.3.3.4 De pijlerstructuur verlaten, gevolgen voor corruptiebestrijding

De inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon per 1 december 2009 heeft als gevolg dat de strafrechtelijke bestrijding van grensoverschrijdende corruptie niet langer een 'derde pijler'-kwestie is. Met de inwerkingtreding van genoemd verdrag is de pijlerstructuur verlaten. Het ingewikkelde onderscheid tussen de Europese Gemeenschap(en) en de Europese Unie is verdwenen en heeft plaatsgemaakt voor een Europese Unie met als basis twee verdragen, zijnde het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). In artikel 83 lid 1 VWEU is bepaald dat het Europees Parlement en de

betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling") niet in de weg stond aan de strafrechtelijke richtlijn. De Commissie overwoog: "Aangezien artikel 280, lid 4, in beginsel betrekking heeft op alle maatregelen op het gebied van de preventie en de bestrijding van fraude, voorziet de tweede zin in deze context in een uitzonderingsregeling die, gelet op de doelstellingen van dit artikel, strikt moet worden uitgelegd. Noch de formulering, noch de juridische context van deze bepaling staan eraan in de weg dat maatregelen worden goedgekeurd die een bepaalde strafrechtelijke harmonisatie ten doel hebben, zolang deze "geen betrekking hebben op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling" (COM (2001)272 def. p. 6). Zie ook F. De Vries, *De bestuurlijke boete in de Douanewet* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer/SI-EUR 2005, p. 246.

⁹⁷ Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap van 16 oktober 2002, COM(2002) 577 def.

Raad volgens de ‘gewone wetgevingsprocedure’ bij richtlijnen minimumvoorschriften kunnen vaststellen “betreffende de bepaling van strafbare feiten en sancties in verband met vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie die voortvloeit uit de aard of de gevolgen van deze strafbare feiten of uit een bijzondere noodzaak om deze op gemeenschappelijke basis te bestrijden.” Daarna noemt de bepaling een aantal vormen van criminaliteit, waaronder corruptie.⁹⁸ De zogenaamde gewone wetgevingsprocedure is vastgelegd in artikel 294 VWEU (voorheen artikel 251 van het EG-Verdrag) en heeft als belangrijkste verschil met de oude derde pijler dat de lidstaten de langs deze procedure gevormde wetgeving niet eerst via hun nationale procedure dienen goed te keuren alvorens de wetgeving in werking treedt. De procedure zoals die voorheen in EG-verband in de ‘eerste pijler’ voor ‘besluiten’ werd gebruikt en welke slechts op een beperkt aantal beleidsterreinen mogelijk was, is nu verheven tot ‘gewone wetgevingsprocedure’. Dit zou de Europese Unie daadkrachtiger moeten maken.

Het bepaalde in artikel 83 lid 1 VWEU heeft voor de corruptiebestrijding tot gevolg dat ‘vanuit Brussel’ verplichtingen kunnen worden opgelegd aan de lidstaten met betrekking tot de strafrechtelijke bestrijding van corruptie. Vóór 1 december 2009 konden regelingen op dit gebied slechts in werking treden na ondertekening *en goedkeuring* ervan door de lidstaten. De lidstaten hebben dus een deel van hun soevereiniteit overgedragen aan de EU. Met het in paragraaf 2.3.3.3 behandelde voorstel voor een anticorruptierichtlijn was reeds gepoogd deze hindernis te omzeilen, maar door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is dit nu niet meer nodig.

Een andere consequentie van het neerleggen van Europese regelgeving met betrekking tot de strafrechtelijke bestrijding van corruptie in richtlijnen is dat burgers voor hun nationale rechter kunnen klagen over de niet-conformiteit van de nationale strafrechtelijke anticorruptiewetten met die Europese richtlijnen. Richtlijnen hebben weliswaar geen rechtstreekse werking in de lidstaten – de lidstaten moeten richtlijnen omzetten in nationaal recht en een burger kan niet worden vervolgd wegens overtreding van een bepaling uit de richtlijn – maar zijn wel verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat ten aanzien van de lidstaat (artikel 249 EG Verdrag (oud), nu artikel 288 VWEU). Onjuiste of niet tijdige naleving ervan door lidstaten geeft burgers de mogelijkheid er een beroep op te doen wanneer de in de richtlijn opgenomen bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en zij de lidstaten geen enkele beoordelingsbevoegdheid laten.⁹⁹

⁹⁸ Het oude artikel 31 EU-Verdrag, waar dit nieuwe artikel een uitbreiding op vormt, noemde corruptie niet.

⁹⁹ HvJ EG 4 december 1974, nr. 41/74, *Jur.* 1974, p. 1337 (*Van Duyn*).

2.3.3.5 Inbedding in het alomvattend anticorruptiebeleid van de Europese Unie

De hiervoor besproken instrumenten zijn alle een uitwerking van de strafrechtelijke poot van een meeromvattend anticorruptiebeleid van de EU, dat op initiatief van het Europees Parlement sinds 1996¹⁰⁰ steeds verder wordt uitgewerkt.

In zijn 'Actieplan ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit' van 28 april 1997¹⁰¹ bracht de Raad corruptie in verband met grensoverschrijdende, georganiseerde, economische criminaliteit. Teneinde de transparantie van overheden en het bedrijfsleven te vergroten en corrupte praktijken door de georganiseerde criminaliteit te voorkomen, pleitte de Raad voor de uitwerking van een algemeen beleid voor de bestrijding van corruptie, "met inbegrip van passende en doeltreffende sancties, maar ook van het aanpakken van alle aspecten van de goede werking van de interne markt en andere interne beleidsvormen, evenals externe bijstand en samenwerking."¹⁰² Zowel preventieve als repressieve aspecten moesten dus aandacht krijgen in het te vormen beleid.

Ook in 1997, nog geen week voor de ondertekening door de lidstaten van de EU-corruptieovereenkomst, zond de Europese Commissie een 'Mededeling over het beleid van de Unie ter bestrijding van corruptie' aan de Raad en het Europees Parlement.¹⁰³ Ook de Commissie zei een alomvattend programma van systematische corruptiebestrijding na te streven en suggereerde in haar mededeling een hele reeks op elkaar afgestemde maatregelen ter bestrijding van corruptie in Europa.¹⁰⁴

In 1997 werd tevens door het aannemen van het 'Verdrag van Amsterdam'¹⁰⁵ artikel K.1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie gewijzigd. Het nieuwe artikel K.1 – door de inwerkingtreding van het later gesloten 'Verdrag van Nice'¹⁰⁶ per

¹⁰⁰ 'Resolutie over de bestrijding van corruptie in Europa', *PbEG* Nr. C 17 van 22 januari 1996.

¹⁰¹ *PbEG* Nr. C 251 van 15 augustus 1997, goedgekeurd door de Europese Raad (bijeenkomst op niveau van staatshoofden en regeringleiders plus de voorzitter van de Europese Commissie) in Amsterdam op 16 en 17 juni 1997.

¹⁰² 'Actieplan ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit', politiek richtsnoer 13.

¹⁰³ COM(97) 192 def.

¹⁰⁴ De Commissie noemde het verbieden van fiscale aftrekbaarheid van illegale betalingen, verbeterde voorschriften inzake de toekenning van overheidsopdrachten, het invoeren van normen omtrent boekhouding en externe controle, het opstellen van zwarte lijsten van wegens corruptie veroordeelde bedrijven, en beleid ter voorkoming van corruptie in het kader van de samenwerking met ontwikkelingslanden en landen die tot de Unie willen toetreden.

¹⁰⁵ 'Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie, de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten' van 2 oktober 1997, *PbEG* Nr. C 340 van 10 november 1997, inwerkingtreding 1 mei 1999.

¹⁰⁶ 'Verdrag van Nice houdende wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie, de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende

2003 genummerd als artikel 29 EU-Verdrag en sinds 1 december 2009 als gevolg van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon als zodanig geschrapt en inhoudelijk opgenomen in artikel 67 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie¹⁰⁷ – noemde sindsdien tevens het voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde corruptie als één van de doelstellingen ter verwezenlijking van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid door middel van nauwere samenwerking tussen justitiële autoriteiten, politiediensten en douaneautoriteiten en, waar nodig, onderlinge aanpassing van de bepalingen betreffende strafzaken. Het aannemen van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van delictomschrijvingen van corruptiedelicten en met betrekking tot straffen op die delicten was destijds echter nog niet mogelijk; het bij het Verdrag van Amsterdam gewijzigde artikel K.3 (onder e) van het EU-Verdrag¹⁰⁸ maakte dit slechts mogelijk voor georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel. Corruptie werd niet genoemd.¹⁰⁹

Het op 3 december 1998 door de Raad aangenomen ‘Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het beste kunnen worden uitgevoerd’¹¹⁰ omschreef corruptie wederom als één van de criminele gedragingen van de georganiseerde criminaliteit die met voorrang in de gehele Unie even efficiënt bestreden dienden te worden. Het actieplan sprak van gemeenschappelijke minimumregels ten aanzien van de elementen van de strafbare feiten en ten aanzien van de straffen waarmee die feiten bedreigd dienden te worden.¹¹¹

De Europese Raad,¹¹² in het najaar van 1999 bijeen in het Finse Tampere, deed de aanbeveling “dat, wat het nationale strafrecht betreft, de inspanningen om overeenstemming te bereiken over gemeenschappelijke definities, strafbaarstellingen en straffen om te beginnen geconcentreerd dienen te worden op een beperkt aantal sectoren van bijzonder belang, zoals [...] corruptie.”¹¹³

akten’ van 26 februari 2001, *PbEG* Nr. C 80 van 10 maart 2001, inwerkingtreding 1 februari 2003.

¹⁰⁷ De consequenties van het Verdrag van Lissabon voor de corruptiebestrijding worden hierna in paragraaf 2.3.3.4 nader besproken.

¹⁰⁸ Bij Verdrag van Nice hergenummerd tot artikel 31.

¹⁰⁹ Hiervoor in paragraaf 2.3.3.4 is aan de orde gekomen dat het met het in werking treden van het Verdrag van Lissabon nu wel mogelijk is voor het Europees Parlement en de Raad om in richtlijnen minimumvoorschriften vast te stellen betreffende de strafbaarheid van en sancties op (onder andere) corruptie.

¹¹⁰ *PbEG* Nr. C 19 van 23 januari 1999, p. 1-15.

¹¹¹ *Idem*, p. 4.

¹¹² Bijeenkomst van de regeringsleiders van de lidstaten van de EU.

¹¹³ Overweging 48 van het Programma van Tampere, aangenomen door de Europese Raad tijdens zijn bijeenkomst op 15 en 16 oktober 1999.

In haar Mededeling van 28 juni 2000¹¹⁴ bepleitte de Commissie een nieuwe, algemene en geïntegreerde strategische aanpak ter bestrijding van fraude en corruptie. Eén van de vier grote lijnen of “uitdagingen” in dat verband was een interinstitutionele aanpak bij de preventie en bestrijding van corruptie. Door een betere bescherming van de integriteit van de Europese instellingen, werd een verhoging van de geloofwaardigheid van deze instellingen en van het communautaire beleid nastreefd.

Deze nieuwe aanpak was een direct gevolg van het ontslag van de Commissie in maart 1999, direct nadat een commissie van onafhankelijke deskundigen een eerste rapport had uitgebracht van haar onderzoek naar beweerde gevallen van fraude, wanbeheer en nepotisme binnen de Europese Commissie. Deze enorme klap voor de geloofwaardigheid van de Europese Unie als geheel en de Commissie in het bijzonder leidde tot een aantal hervormingen van beleid en organisatie van de Europese instellingen. Ook werd een organisatie met inter-institutionele onderzoeksbevoegdheden in het leven geroepen die op onafhankelijke wijze de financiële belangen van de Gemeenschappen moest gaan beschermen tegen fraude en corruptie. Op dit Europees bureau voor fraudebestrijding, bekend onder het acroniem OLAF, wordt nader ingegaan in paragraaf 4.8.1.

In de nieuwe aanpak werd, nog meer dan daarvoor, de nadruk gelegd op het belang van samenwerking tussen de diverse nationale en communautaire instanties en tussen de communautaire instanties onderling, teneinde de aanpak werkelijk te laten slagen.

Toen in 2001 de Commissie een ‘Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie’¹¹⁵ publiceerde om de discussie op dit punt te openen, was corruptie één van de onderwerpen die werden beoogd te worden toebedeeld aan de in te stellen Europese officier van justitie. Een Europees OM vereist echter draagkracht onder alle lidstaten en die leek met het ‘falen’ van de Europese grondwet in 2005 niet voldoende aanwezig te zijn. Het ‘voorzichtiger’ Verdrag van Lisabon dat in plaats van die grondwet is aangenomen, biedt nu wel een aantal moge-

¹¹⁴ ‘Mededeling van de Commissie, Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen – Fraudebestrijding – Naar een algemene strategische aanpak,’ COM(2000) 358 def.

¹¹⁵ ‘Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie’ van 11 december 2001, COM (2001) 715 def. Dit Groenboek vloeide voort uit het zogenoemde ‘Corpus Juris’, een project van de Commissie waarbij wetenschappers werden gevraagd de mogelijkheden van strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen te onderzoeken.

lijkheden tot verdergaande samenwerking.¹¹⁶ Hierna in paragraaf 4.8 wordt hierop nader ingegaan.

2.3.3.6 Na de inwerkingtreding van de strafrechtelijke anticorruptie-instrumenten

Met het in werking treden van de EU-fraudeovereenkomst met bijbehorende protocollen en de EU-corruptieovereenkomst waren de vereisten voor de strafbaarstelling van corruptie binnen de EU op orde, maar dat betekende niet dat de EU nu verder achterover kon zitten. Op 28 mei 2003 richtte de Commissie opnieuw een Mededeling aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité betreffende een algemeen EU-beleid ter bestrijding van corruptie¹¹⁷, waarin zij voorstellen deed voor de versterking van de strijd tegen corruptie. Op deze Mededeling volgden eind 2003 een resolutie van het Europees Parlement¹¹⁸ en in 2005 een resolutie van de Raad,¹¹⁹ welke beide de Mededeling bekrachtigden.

De Mededeling bevatte aanbevelingen op een veelheid van gebieden van corruptiebestrijding. Een interessant initiatief was het toezicht op de tenuitvoerlegging van de bestaande instrumenten voor corruptiebestrijding, dat de Commissie wilde bereiken door toetreding van de Europese Gemeenschap tot de hierna te bespreken anticorruptieverdragen van de Raad van Europa. De Raad van Europa had immers reeds een mechanisme van toezicht ingesteld (de hierna en in hoofdstuk vier te bespreken GRECO), zodat de Commissie dat niet zelf hoefde te doen. De Commissie wilde namelijk uitdrukkelijk *geen* werk doen dat al door andere organisaties werd gedaan.¹²⁰

Van de uitvoering van de plannen die de Commissie in 2003 voor ogen had, was lange tijd weinig te merken.¹²¹ In 2008 leek de aandacht voor corruptiebestrijding weer aan te wakkeren. In het voorjaar van dat jaar publiceerde de Commissie een werkdocument¹²² waarin de aandacht werd gevestigd op het verband tussen geor-

¹¹⁶ Zie hiervoor in paragraaf 2.3.3.4.

¹¹⁷ COM(2003)317 def.

¹¹⁸ *PbEUC* 89 E van 14 april 2004, p. 110-116.

¹¹⁹ Tijdens de 2652^e zitting van de Raad in Luxemburg op 14 april 2005 (zie persbericht 7721/05 (Presse 74), p. 13).

¹²⁰ COM(2003)317 def., p. 10.

¹²¹ In 2003 nam de Raad nog wel het reeds in de Mededeling van de Commissie genoemde 'Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privé-sector' aan (Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003, PB L 192 van 31 juli 2003, p. 54-56). Een gemeenschappelijk optreden op dit punt uit 1998 (Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad van 22 december 1998, PB L 358 van 31 december 1998, p. 2-4) had niet het gewenste resultaat gehad, zodat behoefte bestond aan een effectiever instrument.

¹²² SEC(2008) 196, 8 februari 2008.

ganiseerde misdaad en corruptie. Dat die link bestaat, wordt alom aangenomen, zo stelde de Commissie in het document. Maar verder was tot dan toe weinig onderzoek gedaan naar hoe die link werkt. Het document vormde de start van een studie naar de vraag in welke gevallen corruptie door de georganiseerde misdaad gebezigd wordt (in plaats van andere tactieken als chantage of geweld), de vraag wat de specifieke kwetsbaarheden van de privé-sector zijn ten opzichte van dergelijke corruptie en de vraag hoe effectief de huidige preventieve en repressieve tegenmaatregelen op dit punt werkelijk zijn. Deels houdt het werkdocument een uiteenzetting in van de in de afgelopen jaren geboekte resultaten, maar tegelijkertijd is het een oproep tot nader onderzoek, waaruit valt af te leiden dat nog altijd een gebrek aan inzicht in de praktijk van corruptie bestond. Het onderzoek werd uitgevoerd door het Center for the Study of Democracy en de aanbevelingen in het in 2010 verschenen rapport waren vrijwel allemaal op het verbeteren van de informatievoorziening gericht.

Eveneens in 2008 besloot de Raad tot goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het anticorruptieverdrag van de Verenigde Naties¹²³ dat hierna in paragraaf 2.3.5.7 besproken wordt. Niet lang daarna stelde de Raad een netwerk van contactpunten ter bestrijding van corruptie in dat de samenwerking op dit gebied moest verbeteren.¹²⁴

Tijdens de Europese Raad van 10 en 11 december 2009 in Stockholm werd een strategisch programma met de titel 'Een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger', beter bekend als het programma van Stockholm,¹²⁵ goedgekeurd door de lidstaten. In dit programma bepaalde de Europese Raad de politieke koers die in de daaropvolgende periode van vijf jaar door de Commissie moest worden gevaren. Het programma van Stockholm volgde op het programma van Den Haag uit 2004¹²⁶, dat op zijn beurt het eerdergenoemde programma van Tampere uit 1999 had opgevolgd.

Net als in deze eerdere programma's wordt in het programma van Stockholm aandacht besteed aan de bestrijding van (economische criminaliteit en) corruptie. Opvallend hierbij is het verzoek van de Europese Raad aan de Commissie om tot een instrument te komen waarmee de inspanningen in de strijd tegen corruptie gemeen kunnen worden.¹²⁷ Dit plan had de Commissie al in 2003 geopperd, maar daar was vervolgens, ondanks voornoemde activiteiten, te weinig mee gedaan. In september 2010 constateerde de Commissie althans dat de uitvoering van de in de

¹²³ Besluit 2008/801/EG van de Raad van 25 september 2008 (*PbEU* L 287 van 29 oktober 2008, p. 1-110).

¹²⁴ Besluit 2008/852/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 (*PbEU* L 301 van 12 november 2008, p. 38-39).

¹²⁵ *PbEU* C 115 van 4 mei 2010.

¹²⁶ COM(2005) 184 final, *PbEG* C 236 van 24 september 2005.

¹²⁷ *PbEU* C 115 van 4 mei 2010, paragraaf 4.4.5, p. 23.

Mededeling van 2003 genoemde plannen te wensen overliet.¹²⁸

In 2010 werden wederom plannen gemaakt, waarbij als belangrijkste punt werd beschouwd het opzetten van een evaluatiemechanisme. Toetreding tot de verdragen van de Raad van Europa (en tot de GRECO) had nog altijd niet plaatsgevonden.¹²⁹ Behalve het opnieuw onderzoeken van deze mogelijkheid, wilde men nu toch ook een eigen evaluatiemechanisme in het leven roepen, waarschijnlijk in de vorm van “EU Anti-Corruption Report”. In paragraaf 4.8.4 wordt nader ingegaan op de ontwikkelingen hieromtrent.

2.3.4 Raad van Europa

De Raad van Europa is in 1949 als politieke intergouvernementele organisatie opgericht ter bevordering van de democratie en de bescherming van mensenrechten en de rechtsstaat in Europa. De Raad van Europa is in vergelijking met de Europese Unie een minder ver gaand internationaal samenwerkingsverband, maar heeft anderzijds geografisch gezien met zijn 47 lidstaten¹³⁰ (vooralsnog) een groter bereik dan de Unie, die “slechts” 27 lidstaten telt. Het doel van de Raad van Europa, neergelegd in artikel 1 onder a) van het Statuut van de Raad van Europa, is “het bevorderen van een grotere eenheid tussen zijn Leden, teneinde aldus de idealen en beginselen, welke hun gemeenschappelijk erfdeel zijn, veilig te stellen en te verwezenlijken en hun economische en sociale vooruitgang te bevorderen.”¹³¹

2.3.4.1 Aandacht voor corruptiebestrijding

In 1981 is in het kader van de Raad van Europa een begin gemaakt aan het bestrijden van corruptie, met het aannemen van een aanbeveling¹³² door het Comité van Ministers¹³³ van de Raad van Europa. Deze aanbeveling behelst het advies aan lidstaten meer energie te steken in de bestrijding van economische delicten. De lijst

¹²⁸ Roadmap van het Directoraat-Generaal ‘Home’ van september 2010, te raad plegen via <http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2010_home_033_corruption_en.pdf>.

¹²⁹ Bij sluiting van dit manuscript was dit nog steeds niet het geval. Wel wordt er samengewerkt met deze groep.

¹³⁰ Wellicht wordt dit in de nabije toekomst uitgebreid naar 48, wanneer de lidmaatschapsaanvraag van Wit-Rusland wordt goedgekeurd.

¹³¹ Nederlandse vertaling van het Statuut van de Raad van Europa, zoals gepubliceerd in *Stb.* 1949, J 341.

¹³² Recommendation on Economic Crime No. R (81) 12.

¹³³ Het Comité van Ministers is het hoogste wetgevingsorgaan van de Raad van Europa en wordt gevormd door de Ministers van Buitenlandse Zaken (of hun permanente vervangers) van lidstaten van de Raad. Het Comité bepaalt het beleid van de Raad en moet budgetten en activiteitenprogramma’s van de Raad goedkeuren. Het Comité van Ministers is één van de twee statutaire organen van de Raad, het andere orgaan is de Parlementaire Vergadering.

met economische delicten¹³⁴ waar de aanbeveling betrekking op heeft, noemt omkoping als vorm van oneerlijke concurrentie.

Een mijlpaal voor de Raad van Europa in de strafrechtelijke bestrijding van economische criminaliteit vormde het ‘Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven’¹³⁵ van 8 november 1990. Het was voor het eerst dat de Raad op verdragsniveau partijstaten verzocht een economisch delict (namelijk witwassen) strafbaar te stellen in hun nationale wetgevingen en samen te werken bij de bestrijding van dat delict.

In 1994 besloten de Ministers van Justitie van de lidstaten van de Raad van Europa op voorstel van de Italiaanse Minister van Justitie dat corruptie een onderwerp was dat op Europees niveau en multidisciplinair moest worden aangepakt,¹³⁶ aangezien corruptie een serieuze bedreiging vormde voor democratie, rechtsstaat en mensenrechten. Alle rechtsgebieden (civiel recht, administratief recht, strafrecht en constitutioneel recht) moesten erbij betrokken worden, “evenals andere maatregelen, speciaal ontwikkeld om corruptie tegen te gaan, inclusief het waarborgen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.”¹³⁷ Zo spoedig mogelijk moest gezorgd worden voor passende internationale regelgeving op dit punt. Zij wezen de Raad van Europa aan als verantwoordelijke voor deze taak en adviseerden daartoe tot de oprichting van een anticorruptiewerkgroep. Deze Multidisciplinary Group on Corruption (GMC) werd door het Comité van Ministers officieel ingesteld in september 1994 en kreeg als taak om te onderzoeken welke maatregelen het meest geschikt waren om in een internationaal actieprogramma tegen corruptie op te nemen. Daarnaast werd de GMC gevraagd om voor het eind van 1995 aanbevelingen te doen aan het Comité van Ministers omtrent de mogelijkheid modellen voor wetgeving of ‘codes of conduct’ (voor ambtenaren) en internationale verdragen op te stellen over dit onderwerp.

2.3.4.2 Programme of Action against Corruption

Het ‘Actieprogramma tegen corruptie’,¹³⁸ waarvoor de GMC een concept ontwikkelde, werd door het Comité van Ministers in november 1996 aangenomen. In het actieprogramma worden zeer uitgebreid de geschiedenis en de stand van zaken rond het probleem van corruptie uiteengezet en vervolgens komt de GMC met een gedetailleerd werkplan voor de periode 1996-2000, waarin de GMC voorstellen voor

¹³⁴ Als appendix bij de Recommendation gevoegd.

¹³⁵ Convention on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime, CETS No. 141, *Trb.* 1990, 172.

¹³⁶ 19th Conference of European Ministers of Justice, 14-15 juni 1994, Valletta (Malta).

¹³⁷ Resolution No. 1 on civil, administrative and criminal law aspects of corruption, aangenomen tijdens de ‘19th Conference of European Ministers of Justice, 14-15 juni 1994, Valletta (Malta).

¹³⁸ Programme of Action against Corruption, GMC (96) 95.

duidelijke prioriteiten in de corruptiebestrijding doet. Het werkprogramma belicht vele aspecten van corruptiebestrijding, want zoals alle hier te bespreken internationale organisaties die zich bezighouden met corruptiebestrijding, staat ook de Raad van Europa een multidisciplinaire aanpak van corruptie voor. In het actieprogramma stelt het Comité corruptie voor als een prisma met vele zijden. Er kan vanuit verschillende hoeken naar gekeken worden: als sociaal probleem, vanuit het perspectief van de politieke wetenschap, economische wetenschappen of organisatietheorie, maar ook vanuit het perspectief van strafrecht, civiel recht, of administratief recht. Men dient zicht niet teveel op één zijde van het prisma te richten, maar anderzijds kan een te brede blik leiden tot een zo brede definitie van corruptie, dat teveel delicten onder deze noemer worden gebracht, zoals (eenvoudige) diefstal van de werkgever door een werknemer.¹³⁹

De GMC was al voor de opstelling van het actieprogramma begonnen met het ontwerpen van twee internationale verdragen tegen corruptie: een “klassiek” (in de woorden van de GMC) verdrag om de strafrechtelijke kwesties omtrent corruptie te regelen en een verdrag dat een breder kader zou gaan bestrijken. Bij de ontwikkeling van dit ‘kaderverdrag’ werden onder andere de kwesties van omkoping van buitenlandse ambtenaren en de fiscale aftrekbaarheid van steekpenningen bestudeerd. In dit kader werd nauw samengewerkt met de OECD die, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, een specialisatie op dit terrein had ontwikkeld. Ook zou een monitorings- en een implementatiemechanisme in het verdrag worden opgenomen, teneinde een spoedige en effectieve implementatie van het verdrag in de nationale wetgevingen te bevorderen.

2.3.4.3 Twenty Guiding Principles

De GMC kreeg van het Comité van Ministers de opdracht het programma voor eind 2000 te implementeren. Dit uitte zich in 1997 in het op schrift stellen van twintig leidende principes of beginselen voor de bestrijding van corruptie, welke werden aangenomen door het Comité op 6 november 1997.¹⁴⁰

Het Comité uitte zijn zorg over de serieuze bedreiging die corruptie vormde voor de elementaire principes en waarden van de Raad van Europa. Corruptie ondermijnt het vertrouwen van burgers in de democratie, tast de rechtsstaat aan, bevordert inbreuken op mensenrechten en belemmert sociale en economische ontwikkeling, zo stelde het Comité vast. Het Comité nodigde de lidstaten uit de twintig beginselen toe te passen in hun nationale wetgeving en praktijk en instrueerde de GMC tot de verdere ontwikkeling en uitwerking conform het voornoemde actieprogramma van daarin genoemde internationale instrumenten.

¹³⁹ De veelzijdigheid van de term ‘corruptie’ is reeds aan de orde gekomen in het vorige hoofdstuk bij de bespreking van de definitiekwestie omtrent dit containerbegrip.

¹⁴⁰ ‘Resolution (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption’ Committee of Ministers, 6 november 1997.

2.3.4.4 Criminal Law Convention on Corruption

Ruim een jaar later op 27 januari 1999 leidde de werkzaamheden van de GMC – nog steeds in de uitvoering van het Actieprogramma tegen corruptie – tot het voorleggen aan de lidstaten van het ‘Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie’.¹⁴¹ Nederland ondertekende het verdrag niet direct maar pas op 29 juni 2000 en keurde het goed per 11 juli 2001.¹⁴² Het verdrag trad in werking op 1 juli 2002, nadat Litouwen als veertiende staat het verdrag had geratificeerd.¹⁴³ Nederland trad ingevolge artikel 33 lid 2 van het verdrag per 1 augustus 2002 toe, omdat de Nederlandse ratificatie pas op 11 april 2002 aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa was gemeld.¹⁴⁴

In 2003 werd een protocol aan het verdrag toegevoegd, welke het bereik van het verdrag uitbreidde tot arbiters in commerciële en burgerlijke zaken en juryleden, zodat corruptie op alle gebieden van de rechtspraak kon worden bestreden.¹⁴⁵ Dit aanvullende protocol trad in werking op 1 februari 2005. Nederland ondertekende het protocol op 26 februari 2004, legde – na stilzwijgende goedkeuring per 2 juli 2005¹⁴⁶ – de akte van goedkeuring op 16 november 2005 over aan de Raad van Europa, waardoor het voor Nederland in werking trad per 1 maart 2006.

Inhoudelijk worden het verdrag en het protocol besproken in het volgende hoofdstuk.

2.3.4.5 De oprichting van de GRECO

Voor de monitoring van de implementatie van het verdrag werd de GRECO¹⁴⁷ aangewezen, al bestond dat instituut nog niet op het moment van openstelling van het verdrag voor ondertekening in januari 1999. De vereiste goedkeuring voor de oprichting van de GRECO was door het Comité van Ministers al gegeven op 5 mei 1998¹⁴⁸, maar werkelijke oprichting vond pas plaats per 1 mei 1999, toen 16 lidsta-

¹⁴¹ CETS No. 173, *Trb.* 2000, 130.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R 1671), nr. 1-8; *Kamerstukken I* 2000/01, 27 509 (R 1671), nr. 285-285a; *Stb.* 2001, 315.

¹⁴³ Ingevolge artikel 32 lid 3 van het verdrag.

¹⁴⁴ En dat is bijzonder te noemen, nu de nationale goedkeuringswet ten aanzien van dit verdrag reeds per 11 juli 2001 in werking was getreden (*Stb.* 2001, 315). Zie voor inwerkingtreding *Trb.* 2002, 109.

¹⁴⁵ ‘Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption’, Straatsburg, 15 mei 2003, CETS No. 191, *Trb.* 2004, 226.

¹⁴⁶ *Kamerstukken I/II* 2004/05, 30 156 (R 1791), nr. 1-2. De goedkeuring volgde ingevolge artikel 5 lid 1 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen 30 dagen na de overlegging van de tot goedkeuring strekkende brief van de regering aan de Staten-Generaal.

¹⁴⁷ Acroniem voor het Franse ‘Groupe d’Etats contre la Corruption’, de groep van staten tegen corruptie.

¹⁴⁸ Resolution (98) 7 authorising the partial and enlarged agreement establishing the “Group of States against corruption – GRECO”.

ten¹⁴⁹ de resolutie van autorisatie hadden aangenomen. De GRECO werd aanvankelijk opgericht voor een periode van 3 jaren. De GRECO kreeg als taak het monitoren van de inachtneming door de lidstaten van de twintig beginselen voor de bestrijding van corruptie. Daarnaast kreeg de GRECO het toezicht toebedeeld op de implementatie van internationale juridische instrumenten die in de toekomst aangenomen zouden gaan worden in navolging van het 'Actieprogramma tegen corruptie' van 1996. Hier viel dus ook het 'Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie' onder. De monitoring door de GRECO wordt besproken in hoofdstuk vier.

Nederland trad per 18 december 2001 toe als lid van de GRECO en is sindsdien drie keer aan een evaluatie door de GRECO onderworpen. Op de monitoringsrapporten van Nederland wordt ingegaan in hoofdstuk zes.

2.3.4.6 Andere instrumenten van de Raad van Europa

De twintig beginselen voor de bestrijding van corruptie die de Raad van Europa overeenkwam in 1997 liggen ten grondslag aan een immer groeiend, meeromvattend anticorruptie-instrumentarium van de Raad. Hierboven werd behalve het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie ook reeds het Aanvullend Protocol bij dat verdrag genoemd. Hieronder worden nog enkele instrumenten genoemd die zijn voortgekomen uit de richtsnoeren van 1997. Voor dit onderzoek zijn ze van minder belang en derhalve zullen ze in volgende hoofdstukken niet of minder uitputtend worden besproken.

Civil Law Convention

In voornoemd actieprogramma waren ook plannen opgenomen voor maatregelen op civielrechtelijk vlak. Op dit punt kon niet bij andere gremia worden afgekeken, aangezien er nog geen instrumenten op dit punt bestonden. De Raad van Europa was de eerste die een poging deed internationale gemeenschappelijke regels te definiëren die het mogelijk maken corruptie via het civiele recht te bestrijden. Deze inspanningen mondden uit in het 'Burgerrechtelijk verdrag inzake corruptie', gesloten te Straatsburg op 4 november 1999.¹⁵⁰ Dit verdrag eist van lidstaten dat ze in hun nationale wetgeving effectieve middelen bieden aan slachtoffers van daden van corruptie, teneinde hun rechten en belangen te verdedigen, met inbegrip van de mogelijkheid tot het verkrijgen van een schadevergoeding. Het verdrag trad in werking op 1 november 2003. Ook van dit verdrag is de monitoring van de implementatie toebedeeld aan de GRECO.

¹⁴⁹ De in de vorige voetnoot genoemde resolutie meldt dat de GRECO zou worden opgericht op de eerste dag van de maand volgend op de datum dat de veertiende lidstaat aangaf te willen participeren in de GRECO. Maar omdat de laatste 3 lidstaten alle in april 1999 hun wens tot participatie kenbaar maakten, waren er op 1 mei 1999 niet 14 maar 16 deelnemers in de GRECO.

¹⁵⁰ CETS No. 174, *Trb.* 2005, 78.

Nederland ondertekende het verdrag pas op 13 juli 2007 en ratificeerde het op 17 december 2007, na stilzwijgende goedkeuring.¹⁵¹ Zodoende trad het verdrag voor Nederland in werking op 1 april 2008. Omdat het Burgerrechtelijk verdrag buiten het kader van het strafrecht valt, wordt in dit onderzoek verder niet stilgestaan bij de precieze inhoud ervan.

Recommendations

Behalve via de genoemde verdragen richt de Raad van Europa zich tot zijn lidstaten door middel van aanbevelingen (recommendations). In feite waren de ‘twenty guiding principles’ de eerste aanbeveling van de Raad. Na het overeenkomen van bovengenoemde verdragen nam de Raad nog een tweetal aanbevelingen aan. In de ‘Recommendation of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials’ van 11 mei 2000¹⁵² bood de Raad zijn lidstaten een model voor een ‘code of conduct’ voor ambtenaren. De Raad adviseerde de lidstaten om nationale codes of conduct op te stellen welke gebaseerd zijn op dit model en legde het toezicht op de uitvoering van de aanbeveling wederom bij de GRECO. In een andere aanbeveling, de ‘Recommendation of the Committee of Ministers to member states on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns’ van 8 april 2003¹⁵³ riep de Raad zijn leden op regelgeving te maken ter bestrijding van corruptie met betrekking tot de financiering van politieke partijen en verkiezingscampagnes en gaf hij hiertoe een aantal handvatten. Ook hiervan wordt de uitvoering gemonitord door de GRECO.

2.3.5 Verenigde Naties

De laatste grote speler op het gebied van corruptiebestrijding die in dit onderzoek wordt besproken zijn de Verenigde Naties (hierna: VN). Van alle in dit onderzoek besproken organisaties die zich met dit onderwerp bezighouden, heeft de VN verreweg de meeste lidstaten en daarmee heeft de VN in potentie de beste kans om corruptie daadwerkelijk wereldwijd te bestrijden. Hierna wordt echter duidelijk dat juist in VN-verband het lastig is gebleken een daadkrachtige aanpak van corruptie te ontwikkelen.

¹⁵¹ *Kamerstukken I/II* 2007/08, 31 230, nr. 1. De procedure van stilzwijgende goedkeuring kon gevolgd worden omdat (naar mening van de Nederlandse regering) geen wijziging van de wet nodig was om te voldoen aan de eisen van het verdrag. De vraag die dan echter zou kunnen rijzen is waarom Nederland dan niet (veel) eerder is toegetreden tot het verdrag, aangezien het altijd meent voorop te lopen in de strijd tegen corruptie.

¹⁵² Recommendation No. R (2000) 10.

¹⁵³ Recommendation No. R (2003) 4.

2.3.5.1 Het begin

De VS had gehoopt dat na de inwerkingtreding van de FCPA in 1977 spoedig een internationaal instrument tegen buitenlandse omkoping zou worden opgesteld.¹⁵⁴ Weliswaar heeft dat instrument 20 jaar op zich laten wachten, maar dat wil niet zeggen dat in de tussentijd geen pogingen zijn gedaan een internationaal instrument op dit gebied op te stellen.

Reeds voor de inwerkingtreding van de FCPA werd binnen het kader van de Verenigde Naties begonnen met een poging een verdrag tot strafbaarstelling van ongeoorloofde betalingen in internationale handelstransacties te ontwerpen.¹⁵⁵ Deze allereerste poging werd gedaan door het United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC), in 1974 opgericht door de United Nations Economic and Social Council (hierna: ECOSOC) ter ondersteuning van de Commission on Transnational Corporations (hierna: CTC). Deze commissie was belast met de uitvoering van het Programme on Transnational Corporations, dat was opgesteld als reactie op de toenemende macht en invloed van multinationale ondernemingen op de ontwikkeling van de wereldorde en met name de ontwikkeling van derdewereldlanden.¹⁵⁶ De CTC kreeg als belangrijkste taak het opstellen van een code of conduct voor transnationale ondernemingen. Het doel daarvan was het creëren van stabiliteit, vertrouwen en transparantie in internationale transacties, waaronder mede werd begrepen het aanpakken van corrupte praktijken.

Het hoogste orgaan van de VN, de General Assembly, besloot tijdens haar 30^{ste} sessie in december 1975 tot een uitdrukkelijke veroordeling van alle corrupte praktijken (omkoping werd daarbij uitdrukkelijk genoemd) door internationale en andere ondernemingen, hun tussenpersonen en anderen, wanneer dit in strijd is met de wetgeving van het gastland waar de onderneming opereert.¹⁵⁷ Daarnaast werd geconstateerd dat staten vrij zijn om wetgeving op te stellen tegen die corrupte praktijken en om passende gerechtelijke stappen te ondernemen tegen transnationale en andere ondernemingen, hun tussenpersonen en andere betrokken die zich

¹⁵⁴ Zie paragraaf 2.3.

¹⁵⁵ E/1979/104, Report of the Committee on an International Agreement on Illicit Payment on its 1st and 2nd sessions, New York: United Nations 1979.

¹⁵⁶ Het UNCTC zou uitvoerder van dit programma zijn tot in 1992. In 1993 werd het, na kort onder de hoede van het United Nations Department of Economic and Social Development te hebben verkeer, overgenomen door de United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), waar het nu valt onder de Division on Investment, Technology and Enterprise Development.

¹⁵⁷ 30th General Assembly, Resolution 3514 (XXX), 15 december 1975, *Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and other involved*. Iran, Libië en de VS hadden elk hiertoe een ontwerp-resolutie ingediend, maar ook weer ingetrokken. Uiteindelijk werd een voorstel van een groep van 28 landen aangenomen. Zie *Yearbook of the United Nations* 1975, Vol. 29, New York: United Nations, p. 486-490.

met dergelijke corrupte praktijken bezighouden. Vervolgens werden alle lidstaten van de VN opgeroepen om binnen hun respectievelijke jurisdicties alle noodzakelijke maatregelen, eventueel ook wettelijke, te nemen die zij passend achtten, teneinde dergelijke corruptie praktijken te voorkomen en werkelijke maatregelen te nemen tegen overtreders. De General Assembly verzocht ECOSOC de CTC te belasten met onderzoek naar de problemen van corruptie en met het formuleren van aanbevelingen over de wijzen waarop dergelijke vormen van corruptie effectief konden worden bestreden.

2.3.5.2 Corruptiebestrijding als onderdeel van de code of conduct

In navolging van deze resolutie publiceerde het UNCTC in juni 1976 een studie naar mogelijkheden maatregelen te nemen tegen daden van corruptie, direct of indirect gepleegd door transnationale ondernemingen.¹⁵⁸ Deze studie deed vervolgens ECOSOC besluiten een 'Ad Hoc Intergovernmental Working Group on the Problem of Corrupt Practices'¹⁵⁹ in te stellen, die de taak kreeg onderzoek te verrichten naar de problematische praktijken van corruptie, in het bijzonder omkoping, in internationale handelsrelaties en de mogelijkheden wat betreft bereik en inhoud van een internationale overeenkomst ter preventie en bestrijding van ongeoorloofde betalingen in welke vorm dan ook in internationale commerciële transacties. ECOSOC benadrukte in haar resolutie wel dat de prioriteit bleef liggen bij het opstellen van een code of conduct en dat de inspanningen voor een internationale overeenkomst tegen corrupte praktijken in geen geval die prioriteit zouden verstoren of vertragen. De Working Group kreeg de opdracht in 1978 te rapporteren aan ECOSOC.

Naar aanleiding van een tussenrapportage in 1977 vonden veel lidstaten dat het onderwerp thuis hoorde in de (eerdergenoemde) code of conduct voor transnationale ondernemingen. Het werk van de Working Group zou dubbelop zijn ten opzichte van het werk aan die code. In juni 1978 beëindigde de Working Group zijn werkzaamheden en zond een rapport aan ECOSOC, vergezeld van een ontwerp voor een internationale overeenkomst tot preventie en repressie van ongeoorloofde betalingen in internationale commerciële transacties en van voorstellen voor andere mogelijke acties tegen corruptie.

Naar aanleiding van deze rapportage besloot ECOSOC in augustus 1978 tot oprichting van een Committee on an International Agreement on Illicit Payments (al benadrukte ECOSOC wederom dat de prioriteit lag bij de code of conduct). Deze commissie kreeg de taak in twee sessies van elk twee weken het werk aan een inter-

¹⁵⁸ *Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and others involved* (E/5838), behandeld tijdens 61st Economic and Social Council, Resolution 2041 (LXI).

¹⁵⁹ 61st Economic and Social Council, Resolution 2041 (LXI) 5 augustus 1976, *Corrupt practices, particularly illicit payments, in international commercial transactions*.

internationale overeenkomst over ongeoorloofde betalingen intensief voort te zetten, vooral met betrekking tot nog niet besproken onderwerpen, om vervolgens zo dicht mogelijk te komen bij een internationaal akkoord op dit punt, zodat tijdens een te beleggen diplomatieke conferentie in 1980 een internationale overeenkomst zou kunnen worden gesloten.¹⁶⁰ De sessies, welke in 1979 plaatsvonden, leidden tot een ontwerp voor een overeenkomst tot strafbaarstelling van zowel actieve als passieve omkoping dat werd toegezonden aan ECOSOC en de CTC. Zowel Ivoorkust, namens de ‘Group of 77’¹⁶¹, als de VS presenteerde een ontwerpresolutie. De VS wilde dat uiterlijk 30 juni 1980 een conferentie zou worden belegd teneinde tot een internationale overeenkomst over ongeoorloofde betalingen te komen. Over een code of conduct sprak de ontwerpresolutie niet. De groep van ontwikkelingslanden had aanmerkelijk minder haast en stelde extra onderhandelingssessies voor van zowel de ‘Working Group on a Code of Conduct’ als het ‘Committee on an International Agreement on Illicit Payments’. De groep meende dat een hecht verband bestond tussen beide onderwerpen. De internationale overeenkomst werd gepresenteerd als onderdeel of afgeleide van de code of conduct. Derhalve zou de overeenkomst in de code of conduct moeten worden verwerkt. Voor het einde van 1980 zou een onderhandelingsbijeenkomst moeten worden gehouden over beide onderwerpen. ECOSOC zond beide ontwerpresoluties toe¹⁶² aan de General Assembly, die vervolgens geen besluit nam op dit punt.

Ook in 1980 stonden de ontwikkelingslanden, verenigd in de Group of 77, en het westen, althans de VS, tegenover elkaar. In juli 1980 diende India namens de Group of 77 een ontwerpbesluit in bij ECOSOC. Weer was het de bedoeling dat het werk aan een internationale overeenkomst met betrekking tot ongeoorloofde betalingen het werk aan een code of conduct niet mocht vertragen. Voor het einde van 1981 zouden twee conferenties worden gehouden over deze twee onderwerpen, maar de internationale overeenkomst zou pas kunnen worden gesloten nadat de code of conduct was aangenomen, meende India. Ook de VS diende weer een voorstel voor een resolutie in, die wederom voorrang gaf aan de internationale overeenkomst over ongeoorloofde betalingen en geen aandacht besteedde aan de code of conduct. ECOSOC zond ook nu een besluit,¹⁶³ vergezeld van beide ontwerpen toe aan de General Assembly, die wederom besloot geen besluit te nemen.¹⁶⁴

¹⁶⁰ 63rd Economic and Social Council, Resolution 1978/71, 4 augustus 1978, *Transnational corporations: the code of conduct and the Ad Hoc Intergovernmental Working Group on the Problem of Corrupt Practices*.

¹⁶¹ Een groep van 77 ontwikkelingslanden die zich binnen de Verenigde Naties verenigd hebben.

¹⁶² 64th Economic and Social Council, Decision 1979/73 and Annex, 3 augustus 1979.

¹⁶³ 65th Economic and Social Council, Decision 1980/174 and Annex, 24 juli 1980.

¹⁶⁴ 35th General Assembly, Decision 35/425, 5 december 1980.

2.3.5.3 Geen code of conduct, geen corruptiebestrijding

Vervolgens bleef het, althans binnen de kaders van ECOSOC, stil wat betreft de bestrijding van corruptie. De internationale overeenkomst zou er niet komen zolang de code of conduct voor transnationale ondernemingen niet was aangenomen. De moeizame onderhandelingen voor die code sleepten nog een lange tijd voort zonder resultaat.

Door de economische veranderingen eind jaren tachtig (zie hierboven in paragraaf 2.3.2.1.3) kreeg de bestrijding van corruptie nog één keer de hernieuwde aandacht van de Commission on Transnational Corporations (CTC). In het voorjaar van 1991 vroeg de CTC de Secretaris-Generaal te rapporteren over de status van de aanpak door de VN van corrupte praktijken in internationale zakentransacties.¹⁶⁵ Aangezien door de CTC sinds het begin van de jaren tachtig niet meer naar corruptie was gekeken, was het inzicht in dit onderwerp vertroebeld geraakt. De bedoeling van de CTC was nog steeds een overeenkomst met betrekking tot corruptie in te voegen in de code of conduct voor transnationale ondernemingen, die er nu toch ècht bijna zou gaan komen. In zijn rapport van juli 1991¹⁶⁶ bracht de Secretaris-Generaal de internationale overeenkomst in herinnering waarover in 1981 reeds in ver gaande mate overeenstemming was bereikt. Alleen omdat de General Assembly geen besluit had willen nemen, was die overeenkomst nooit tot stand gekomen, zo meldde het rapport. Een dergelijk internationaal instrument was volgens de Secretaris-Generaal wel nodig, aangezien nationale wetten niet altijd effectief bleken te zijn tegen ongeoorloofde betalingen in internationale commerciële transacties.

In een volgend rapport aan de CTC van februari 1992¹⁶⁷, waarin de internationale principes en standaarden van de afgelopen halve eeuw werden geëvalueerd in het licht van het veranderende economische klimaat in met name Oost-Europa (door de val van het Sovjetblok) en in veel ontwikkelingslanden, meldde de Secretaris-Generaal dat toenemende aandacht bestond voor een aantal kwesties, waaronder corrupte praktijken in internationale transacties.

Maar hoewel de aandacht voor corruptiebestrijding toenam, brokkelde het geloof in het nut van een code of conduct steeds verder af. In juli 1992 liepen de onderhandelingen over de code definitief vast toen uit informele raadplegingen van de lidstaten bleek dat geen consensus kon worden bereikt.¹⁶⁸ Onoverkomelijke verschillen tussen oost en west, noord en zuid, en arm en rijk maakten een wereldwijde code of

¹⁶⁵ E/1991/31, Yearbook of the United Nations 1991, Vol. 35, New York: United Nations, p. 465.

¹⁶⁶ E/1991/31/Add.1, Yearbook of the United Nations 1991, Vol. 35, New York: United Nations, p. 465.

¹⁶⁷ E/C.10/1992/8, Yearbook of the United Nations 1992, Vol. 36, New York: United Nations, p. 644.

¹⁶⁸ Yearbook of the United Nations 1992, Vol. 36, New York: United Nations, p. 644-645.

conduct onhaalbaar, zo bleek na meer dan 15 jaren onderhandelen.¹⁶⁹ Bij die informele consultaties gaven de verschillende delegaties aan dat een nieuwe benadering bestudeerd moest worden, gegeven het veranderde internationale economische milieu.

Dat de General Assembly geen besluit had willen nemen, was voornamelijk te wijten aan het feit dat de overeenkomst telkens samen met de code of conduct ter overweging was overgelegd. En aangezien men het over die code of conduct niet eens worden, kwam ook de overeenkomst ter bestrijding van ongeoorloofde betalingen niet tot stand. Nu de code of conduct van de baan was, was de weg vrij om de bestrijding van corruptie van een andere kant te benaderen.¹⁷⁰

2.3.5.4 Nieuwe poging over een andere boeg

De hiervoor genoemde veranderingen in de wereldeconomie die de reden waren voor het definitief mislukken van de code of conduct voor transnationale ondernemingen, waren eind jaren tachtig ingezet met de geleidelijke afbrokkeling van het communisme in Oost-Europa en Centraal-Azië. De Secretaris-Generaal had reeds in 1988 geconcludeerd in een overzichtsrapport van internationale regelingen en overeenkomsten met betrekking tot transnationale ondernemingen,¹⁷¹ dat de ontwikkelingen aan het einde van de jaren tachtig belangrijke veranderingen lieten zien op het gebied van activiteiten op multilateraal niveau. Een jaar later constateerde de Secretaris in zijn februari-rapportage een “transnationalization” van economische activiteit.¹⁷² De commerciële handel kreeg nog meer dan voorheen een internationaal karakter en dit betekende tevens dat nieuwe problemen opdoemden.

Door één van die nieuwe problemen belandde ook de bestrijding van corruptie aan het einde van de jaren tachtig uiteindelijk weer op de agenda van ECOSOC. Het verschijnsel werd nu over een andere boeg benaderd, namelijk die van het probleem van de georganiseerde criminaliteit. In 1989 sprak ECOSOC in een resolutie die strekte tot internationale samenwerking op dit gebied,¹⁷³ haar bezorgdheid uit dat georganiseerde misdaad was toegenomen in veel delen van de wereld en een meer transnationaal karakter had kregen. Dit leidde in het bijzonder tot de verspreiding van een aantal negatieve verschijnselen, waaronder ECOSOC tevens corruptie noemde.

¹⁶⁹ A. Posadas, ‘Combating Corruption under International Law’, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2000, Vol. 10, Issue 2, p. 369.

¹⁷⁰ Uiteraard was sprake van enige overlap: zoals hierna blijkt, werd al voor 1992 nagedacht over corruptiebestrijding op andere fronten.

¹⁷¹ E/C.10/1988/5, Yearbook of the United Nations 1988, Vol. 32, New York: United Nations, p. 427.

¹⁷² E/C.10/1989/4, Yearbook of the United Nations 1989, Vol. 33, New York: United Nations, p. 387.

¹⁷³ Economic and Social Council, Resolution 1989/70, International co-operation in combating organized crime, 24 mei 1989.

Georganiseerde criminaliteit gepleegd door internationale groeperingen werd in de jaren tachtig steeds meer gezien als één van de grootste bedreigingen voor de internationale samenleving. De bestrijding van die georganiseerde criminaliteit kreeg vanaf eind jaren tachtig een enorme aandacht. Door corruptie te noemen onder de verschijningsvormen van georganiseerde misdaad, kreeg corruptiebestrijding ook een veel urgenter karakter.

Hoewel een aantal jaren eerder de General Assembly geen besluit had willen nemen omtrent de internationale overeenkomst over ongeoorloofde betalingen, was het in 1995 juist dit hoogste orgaan dat opriep tot voortzetting door ECOSOC van de voorbereidingen voor een dergelijke overeenkomst. De General Assembly riep ECOSOC op een planning en procedure op te stellen en in 1996 met een ontwerp te komen, zodat tijdens de volgende General Assembly hierover gerapporteerd zou kunnen worden.¹⁷⁴ De General Assembly had redenen om aan te nemen dat de inspanningen dit keer wel resultaat zouden hebben: de OECD had in 1994 de eerste 'Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions'¹⁷⁵ aangenomen en de lidstaten van de Organization of American States hadden dat zelfde jaar besloten zich serieus toe te leggen op de bestrijding van corruptie en de ontwikkeling van een instrument daartoe.¹⁷⁶ De wil om corruptie daadwerkelijk te bestrijden leek, anders dan een aantal jaren eerder, nu wel aanwezig bij de lidstaten. Dit was derhalve het juiste moment om corruptiebestrijding weer op de agenda van de VN te zetten.

Een eerste ontwerp kwam van de VS, gezamenlijk met Argentinië en Venezuela. Een aantal ontwerpen later, waarbij steeds meer staten zich verenigden,¹⁷⁷ werd uiteindelijk een voorstel voor een "Verklaring tegen corruptie en omkoping in internationale commerciële transacties" (hierna: de Verklaring) door ECOSOC goedgekeurd¹⁷⁸ en aan de General Assembly gezonden, die de Verklaring stilzwijgend aannam.¹⁷⁹

De Verklaring bevat een vrij uitgebreide collectie van anticorruptiemaatregelen – veel uitgebreider en uiteraard verder ontwikkeld dan de eerste VN-resolutie tegen corruptie uit 1975¹⁸⁰ – maar legt lidstaten geen (juridisch afdwingbare) verplichting op. De Verklaring bevat geen mechanisme van toezicht op de implementatie ervan en is daarmee dus eerder een intentieverklaring of belofte van lidstaten dan een

¹⁷⁴ 50th General Assembly, Resolution 50/106, 20 december 1995, Business and development.

¹⁷⁵ Zie paragraaf 2.3.2.1.3.

¹⁷⁶ Zie paragraaf 2.3.1.

¹⁷⁷ Zie E/1996/L.26, E/1996/L.26/Rev.1 en E/1996/L.26/Rev.2.

¹⁷⁸ Economic and Social Council, Resolution 1996/51, 20 november 1996.

¹⁷⁹ 51st General Assembly, Resolution 51/191, 16 december 1996.

¹⁸⁰ 30th General Assembly, Resolution 3514 (XXX), 15 december 1975.

daadwerkelijk instrument ter bestrijding van corruptie. Maar een eerste daadwerkelijke stap was nu eindelijk wel gezet.

De omkoping van ambtenaren in internationale commerciële transacties zou een terugkomend thema worden tijdens de daarop volgende General Assemblies.¹⁸¹ Veel van de inhoud van de Verklaring zou later, zij het verder uitgewerkt en doorontwikkeld, terugkeren in het hierna te bespreken 'Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie', dat die juridisch bindende kracht wel bezit.

2.3.5.5 Code of conduct for public officials

In 1996 nam de VN naast bovengenoemde Verklaring nog een ander instrument aan ter bestrijding van corruptie. Het opstellen van een code of conduct voor ondernemingen was weliswaar een aantal jaren eerder niet gelukt, maar dat weerhield men er niet van het nogmaals te proberen. Nu werd echter het corruptieprobleem vanaf de andere kant benaderd door een code of conduct voor ambtenaren op te stellen in plaats van een code voor ondernemingen.

In 1990 kwam het 'Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders' een handleiding overeen met praktische maatregelen tegen corruptie, die was voorbereid door het Secretariaat.¹⁸² Ook nam het congres een resolutie aan waarin het de 'Crime Prevention and Criminal Justice Branch'¹⁸³ verzocht voor het volgende congres een ontwerp voor een internationale code of conduct voor ambtenaren op te stellen.¹⁸⁴ Tijdens dat negende congres, dat in 1995 plaatsvond, werd één gehele dag gewijd aan de bespreking van ervaringen en praktische maatregelen met betrekking tot de bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren betrokken waren.

Voor die bespreking was een discussiestuk¹⁸⁵ opgesteld door de 'Commission on Crime Prevention and Criminal Justice' (hierna: CCPCJ)¹⁸⁶, die belast was met de inhoudelijke voorbereidingen van het negende congres. In het document wordt een beeld van de problematiek geschetst en de noodzaak tot het opstellen van een internationaal anticorruptie-instrument duidelijk gemaakt. Het discussiestuk spreekt van recente ontwikkelingen die de internationale aandacht vestigden op misdaden ge-

¹⁸¹ Zie 52nd General Assembly, Resolution 52/87, 12 december 1997 en 53rd General Assembly, Resolution 53/176, 15 december 1998.

¹⁸² A/CONF.144/8.

¹⁸³ Organisator van het vijfjaarlijkse 'United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders', tegenwoordig genaamd 'United Nations Congress on the Prevention of Crime and Criminal Justice'. De 'Branch' is later opgewaarderd tot 'Division'.

¹⁸⁴ Resolution 7, 'Corruption in government', onder punt 8, A/CONF.144/28/Rev.1, United Nations Publication, Sales No. E.91.IV.2.

¹⁸⁵ A/CONF.169/PM.1/Add.1, p. 21-25.

¹⁸⁶ De CCPCJ was de opvolger van het 'Committee on Crime Prevention and Control' en is één van de commissies onder ECOSOC.

pleegd door (hoge) ambtenaren. Waarschijnlijk werd bedoeld op de onregelmatigheden die nieuwe gezagdragers in ex-Sovjetlanden met betrekking tot het oude bewind blootlegden. De publieke aandacht hiervoor werd versterkt door de aandacht die de media aan de incidenten besteedden en zorgde voor een gegroeide wil tot aanpak van de problematiek. Het aan het licht komen van grootschalige corruptie maakte constructieve politieke ontwikkelingen op het gebied van corruptiebestrijding mogelijk die anders een veel langere tijd nodig zouden hebben gehad, aldus de CCPCJ.¹⁸⁷ De CCPCJ vervolgde met te stellen dat de gevaren van corruptie worden vergroot en versterkt door de wederkerige relatie tussen corruptie enerzijds en georganiseerde en transnationale misdaad anderzijds. In een wereld waarin landen steeds meer wederzijds afhankelijk van elkaar werden, was derhalve actie op internationaal niveau tegen corruptie aangewezen.¹⁸⁸

Meer bezorgdheid over het probleem van corruptie was ook ontstaan vanwege de daling van de economische groei in het begin van de jaren negentig. Financieringsinstellingen, donororganisaties en staten zelf werden behoedzamer ten aanzien van het beheer van fondsen bestemd voor ontwikkelingshulp en technische bijstand en zij namen maatregelen om geldstromen beter te beheersen, teneinde te voorkomen dat hulp gelden op andere dan de bestemde locaties zouden belanden.

Het discussiestuk bespreekt ook het veranderende economische klimaat. In de jaren negentig werden meer en meer stappen gezet in de richting van vrije handel en open grenzen voor kapitaal, goederen en diensten. Steeds meer economieën werden gebaseerd op het idee van de vrije markt en juist deze vrije economieën waren extra gevoelig voor het vernietigende effect van corrupte praktijken. Met name misbruik van positie door overheidsmedewerkers kan de vrije marktwerking immers ernstig belemmeren.

De CCPCJ verzocht het negende congres aandacht te besteden aan bovenstaande verschijnselen en ervaringen die op deze punten waren opgedaan. Wat betreft de banden tussen corruptie en georganiseerde criminaliteit valt op te merken dat ook na het congres kennelijk nog weinig duidelijkheid bestond over hoe die relatie nu werkelijk was, aangezien binnen het kader van de Europese Unie in 2008 opnieuw een soortgelijk onderzoek werd geïnitieerd (zie hiervoor in paragraaf 2.3.3.6).

Tijdens het negende congres werd tevens, ter uitvoering van een resolutie van ECOSOC uit 1994,¹⁸⁹ het ontwerp van de Crime Prevention and Criminal Justice Branch voor een code of conduct voor ambtenaren besproken en verbeterd.

Uiteindelijk nam de General Assembly in 1996, op aanbeveling van ECOSOC,¹⁹⁰ de 'International Code of Conduct for Public Officials'¹⁹¹ aan, welke aan de lidsta-

¹⁸⁷ A/CONF.169/PM.1/Add.1, p. 22.

¹⁸⁸ Idem, p. 23.

¹⁸⁹ Economic and Social Council, Resolution 1994/19, onder VI, 25 juli 1994.

¹⁹⁰ Economic and Social Council, Resolution 1996/8 en Annex, 23 juli 1996.

¹⁹¹ 51st General Assembly, Resolution 51/59 en Annex, 12 december 1996.

ten werd voorgelegd als een instrument ter begeleiding van hun inspanningen tegen corruptie.

De positie van een ambtenaar is, zo stelt de code of conduct, een positie van vertrouwen, welke een plicht impliceert te handelen in het algemeen belang. Daarom behoort de ultieme loyaliteit van een ambtenaar te liggen bij het publieke belang van zijn of haar land, zoals dat is bepaald door de democratische organen van deoverheid.

De code of conduct bevat bepalingen die de lidstaten maar ook ambtenaren zelf een houvast bieden voor kwesties van belangenverstrengeling, openbaarmaking van bezit, hoe om te gaan met giften en andere gunsten, hoe om te gaan met vertrouwelijke informatie en hoe eventuele politieke activiteit van ambtenaren gescheiden van hun ambt dienen te blijven.

2.3.5.6 Convention against transnational organized crime

Met resolutie 53/111 van 9 december 1998 riep de General Assembly de Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime in het leven, die de opdracht kreeg een internationaal verdrag samen te stellen tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad en drie aanverwante protocollen tegen vrouwen- en kinderhandel, illegale fabricage en handel in wapens en migrantenhandel.

De inspanningen van dit Ad Hoc Committee zouden leiden tot het eerste verdrag van de VN dat de ondertekenende staten expliciet *verplichtte* tot strafrechtelijke aanpak van internationale corruptie, namelijk de 'United Nations Convention against Transnational Organized Crime' (UNCATOC) uit 2000.

Zoals hiervoor al bleek, bracht de VN corruptie vanaf het begin van de jaren negentig in verband met de georganiseerde criminaliteit. Corruptie is één der middelen die criminele organisaties gebruiken ter verwezenlijking van hun doelen. Daarom was het niet verrassend dat volgens de VN een verdrag tegen georganiseerde misdaad in ieder geval ook bepalingen tegen corruptie moest bevatten. In resolutie 54/128 van 17 december 1999 gaf de General Assembly het hiervoor genoemde Ad Hoc Committee dan ook de opdracht in het voorstel voor een verdrag maatregelen op te nemen tegen vormen van corruptie die verband hielden met georganiseerde misdaad, waaronder mede begrepen regels ten aanzien van het sanctioneren van daden van corruptie waarbij ambtenaren betrokken waren.¹⁹² Corruptie was immers één van de primaire werktuigen van georganiseerde misdaad bij het omver

¹⁹² Dit laatste werd expliciet genoemd, aangezien een dergelijke regeling niet vanzelfsprekend was; het eerdergenoemde verdrag van de OECD bijvoorbeeld richt zich niet op het gedrag van ambtenaren en verplicht slechts tot strafbaarstelling van de gedraging van de degene die de ambtenaar omkoopt.

werpen van overheden en het frustreren van eerlijke handel, zo overwoog de General Assembly.

Naast de hierboven genoemde opdracht werd het Ad Hoc Committee gevraagd om – indien de tijd het toe zou laten – onderzoek te doen naar de wenselijkheid van een afzonderlijk internationaal instrument tegen corruptie. Dat zou een aanhangsel of protocol bij het Verdrag tegen transnationale georganiseerde misdaad kunnen zijn (voor wapensmokkel en mensensmokkel was deze weg gekozen), maar ook kon gedacht worden aan een op zichzelf staand instrument tegen corruptie.

Het Ad Hoc Committee besprak de resolutie van de General Assembly tijdens haar zevende sessie in januari 2000¹⁹³ en kwam tot het oordeel dat een effectief internationaal wettelijk instrument tegen corruptie wel degelijk wenselijk was. Bovendien moest dat instrument onafhankelijk komen te staan van het verdrag tegen transnationale georganiseerde criminaliteit, zo meende het Ad Hoc Committee. Tijdens de discussies hieromtrent werd duidelijk dat de vele zijden en aspecten van het probleem van corruptie maakten dat een omvattend en specifiek op corruptiebestrijding gericht instrument vereist was dat losgekoppeld was van transnationale georganiseerde misdaad. Corruptie hoefde namelijk niet per se in verband te staan met dit verschijnsel.

Het ontwerpen van een dergelijk verdrag zou direct na het afronden van de onderhandelingen voor de UNCATOC moeten beginnen, aldus het Ad Hoc Committee.

De UNCATOC werd in resolutie 55/25 van 15 november 2000 door de General Assembly aangenomen. De meeste lidstaten ondertekenden het verdrag tussen 12 en 15 december van dat jaar in Palermo, Italië. Nederland ondertekende het verdrag op 12 december. Het verdrag trad in werking op 29 september 2003, 90 dagen na goedkeuring ervan door de veertigste staat (Armenië, op 1 juli 2003). Nederland had op dat moment het verdrag nog niet bekrachtigd, maar zou dat op 26 mei 2004 doen.

2.3.5.7 Convention against corruption

Het rapport van het Ad Hoc Committee waarin het comité de wenselijkheid uitsprak van een effectief internationaal juridisch instrument tegen corruptie dat onafhankelijk was van de UNCATOC, werd in 2000 voorgelegd aan de General Assembly. Ook dat hoogste orgaan van de VN erkende de wenselijkheid van een onafhankelijk instrument en besloot tot het starten van de uitwerking van de eerste ge-

¹⁹³ A/AC.254/25, Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on its seventh session, held in Vienna from 17 to 28 January 2000.

dachten die daaromtrent bestonden. Hiermee werd het United Nations Centre for International Crime Prevention belast.¹⁹⁴

In dezelfde resolutie verzocht de General Assembly de Secretaris-Generaal een groep van experts bijeen te brengen die een concrete opdracht ('terms of reference') moest formuleren voor de onderhandelingen die daarop zouden volgen. De groep van experts diende deze opdracht aan de volgende General Assembly toe te zenden, zodat wederom een ad hoc committee opgericht kon worden en aan het werk kon worden gezet met de onderhandelingen daarover.

Nog tijdens dezelfde General Assembly van 2000 werd het mandaat van de expert-groep¹⁹⁵ uitgebreid. Met resolutie 55/188 werd de groep verzocht tevens te onderzoeken hoe illegale geldstromen het beste konden worden voorkomen en bestreden en hoe deze illegale fondsen weer terug konden worden gegeven aan het land van herkomst. Deze kwestie zou later onder de naam 'asset recovery' het nagenoeg belangrijkste hoofdstuk vormen van het te sluiten verdrag tegen corruptie. De uitbreiding van de onderzoeksopdracht was te danken aan een ontwerp-resolutie die Nigeria, als vertegenwoordiger van de Group of 77, samen met China had ingediend tijdens de bespreking van resolutie 55/61 door de General Assembly.¹⁹⁶ Hun doel was een apart instrument te creëren voor deze kwestie, maar met resolutie 55/188 werd het onderwerp geplaatst binnen het kader van de ontwikkeling van een anticorruptieverdrag.

De door de expertgroep opgestelde terms of reference werden goedgekeurd tijdens de 56ste General Assembly,¹⁹⁷ waarmee het 'Ad Hoc Committee for The Negotiation of a Convention against Corruption' aan het werk werd gezet met de onderhandelingen voor wat het meest omvattende verdrag tegen corruptie tot nu toe zou worden.

Het Ad Hoc Committee diende zich te buigen over een flinke hoeveelheid kwesties welke in het op te stellen verdrag moesten worden verwerkt.¹⁹⁸ In zeven sessies van

¹⁹⁴ 55th General Assembly, Resolution 55/61, 4 december 2000.

¹⁹⁵ Inmiddels had deze groep de weinig pakkende naam 'Intergovernmental Open-Ended Expert Group to Prepare Draft Terms of Reference for the Negotiation of an International Legal Instrument against Corruption' gekregen.

¹⁹⁶ D. Vlassis, 'The United Nations Convention against Corruption: Origins and Negotiation Process', *Resource Material Series*, 2005, No. 66, Tokyo: UNAFEI, p. 128.

¹⁹⁷ 56th General Assembly, Resolution 56/260, 31 januari 2002.

¹⁹⁸ Punt 3 van resolutie 56/260. Aandacht diende te worden besteed aan: definities, bereik, bescherming van soevereiniteit, preventieve maatregelen, strafbaarstellingen, sancties en remedies, confiscatie en inbeslagneming, jurisdictie, aansprakelijkheid van rechtspersonen, bescherming van getuigen en slachtoffers, bevordering van versterking van internationale samenwerking, preventie en bestrijding van overmaking van fondsen van onwettige oorsprong afkomstig van daden van corruptie, inclusief het witwassen van

ieder twee weken in 2002 en 2003 bereidde het Ad Hoc Committee een ontwerpverdrag voor dat op 1 oktober 2003 voltooid werd en aan de General Assembly werd toegezonden.

De ‘United Nations Convention against Corruption’ (hierna: VN-corruptieverdrag)¹⁹⁹ werd door de General Assembly in resolutie 58/4 op 31 oktober 2003 aangenomen en door de meeste lidstaten ondertekend tussen 9 en 11 december van dat jaar tijdens een politieke ondertekeningsbijeenkomst in Merida, Mexico. Op 14 december 2005 trad het in werking, 90 dagen na bekrachtiging ervan door de dertigste lidstaat. Nederland ondertekende het verdrag op 10 december 2003, maar was (traditioneel) laat met de bekrachtiging ervan, namelijk pas per 31 oktober 2006, waardoor het verdrag voor Nederland per 30 november 2006 in werking trad.²⁰⁰

In december van dat jaar werd de eerste conferentie van partijstaten gehouden, waar de partijstaten bij het verdrag spraken over het vervolg dat aan het verdrag moest worden gegeven. Over deze conferentie, die inmiddels meermalen bijeen is geweest, kom ik hierna (paragraaf 4.7) uitgebreider te spreken.

Bij sluiting van dit manuscript telde het verdrag 154 partijen. Een aantal staten is toegetreten tot het verdrag zonder het eerst te ondertekenen en een aantal landen heeft het wel ondertekend, maar heeft tot op heden geen akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring overgelegd aan de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties. Van de 154 partijen bij het verdrag zijn 153 nationale staten. Daarnaast is de Europese Gemeenschap als organisatie in 2008²⁰¹ toegetreten tot het VN-corruptieverdrag.²⁰² De Europese Commissie had, daartoe gemachtigd door de Raad van de Europese Unie, namens de Gemeenschap reeds deelgenomen aan een aantal onderhandelingszittingen van het Ad Hoc Committee. De toegevoegde waarde van het lidmaatschap van de Europese Commissie bij het VN-corruptieverdrag is in de eerste plaats dat daardoor de belangen van de Europese Unie als geheel worden behartigd. Deze belangen kunnen immers op punten afwijken van de nationale belangen van de individuele EU-lidstaten. Het is daarnaast van belang dat Europese regelgeving in lijn is met die van de Verenigde Naties en verder kan de Europese Commissie trachten leden van de Verenigde Naties te inspireren met het omvattende anticorruptiebeleid van de Europese Unie. Ten slotte is de toetreding van de

fondsen en het terugkrijgen van die fondsen, technische bijstand, verzameling, uitwisseling en analysering van informatie en mechanismen ter monitoring van implementatie.

¹⁹⁹ *Trb.* 2004, 11, Nederlandse vertaling in *Trb.* 2005, 244.

²⁰⁰ *Trb.* 2006, 266.

²⁰¹ Besluit van de Raad van de Europese Unie van 25 september 2008 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap, van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, 2008/801/EG (*PbEG* L 287, 29 oktober 2008).

²⁰² Artikel 67 lid 3 van het verdrag biedt regionale organisaties voor economische integratie de mogelijkheid om toe te treden tot het verdrag indien ten minste één van de lidstaten van de betreffende organisatie dit eveneens heeft gedaan.

Europese Commissie uiteraard een signaal aan de rest van de wereld dat de Europese Unie streeft naar een ruimte vrij van corruptie.

2.4 Afsluiting

In de afgelopen twee decennia zijn internationale instrumenten die de bestrijding van omkoping op een hoger plan moeten brengen na een moeizame start als paddestoelen uit de grond gerezen. Verschillende internationale organisaties lijken zich als in een felle concurrentiestrijd op het onderwerp te hebben gestort.²⁰³ Dit heeft geleid tot een situatie die wel is bestempeld als ‘een ondoordringbaar woud van elkaar gedeeltelijk overlappende regelingen.’²⁰⁴ Het klopt dat de instrumenten elkaar deels overlappen. Veel werk lijkt ook dubbel te zijn gedaan.²⁰⁵ En natuurlijk kan achteraf gemakkelijk gesteld worden dat het beter zou zijn geweest wanneer iedere internationale organisatie een bepaald deel van de problematiek zou hebben behandeld, zoals Corstens aanvoert.²⁰⁶ Toch meen ik dat die overlap en dat dubbele werk onvermijdelijk was en wel om de volgende (drie) redenen.

Ten eerste is de aandacht voor de problematiek nog vrij jong. De omvang en de schade van corruptie was lang onbekend en het spreken erover bleek en blijkt²⁰⁷ nog vaak moeilijk, zodat (de coördinatie van) de verdeling ervan in deelonderwerpen veel tijd zou kosten. Die tijd is nu weliswaar deels gebruikt om hetzelfde wiel steeds opnieuw uit te vinden, maar ook hebben de nieuwere instrumenten steeds weer iets toegevoegd.

Een tweede reden voor de onvermijdelijkheid is gelegen in het feit dat iedere organisatie eerst wilde vaststellen dat het corruptie verwerpt, alvorens volgende stappen konden worden gezet. Daarvoor was het noodzakelijk dat een strafbaarstelling werd geformuleerd. Bij elk verdrag zijn bovendien andere staten betrokken. Dit betekent dat weer met andere zienswijzen rekening moest worden gehouden. Toch is het gelukt om steeds grotere groepen te verenigen in een verdrag en bovendien was ieder nieuw verdrag ook inhoudelijk steeds omvangrijker dan eerder gesloten verdragen.

De overlapping is ten slotte ook te wijten aan de moeizaamheid om tot een regeling te komen omtrent een zo gevoelig onderwerp als de bestrijding van corruptie. Zoals hiervoor duidelijk is geworden, is al heel vroeg in VN-verband gesproken over dit

²⁰³ G.J.M. Corstens, ‘Europese initiatieven tegen corruptie’, in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, z.p.: Gouda Quint 2001, p. 30.

²⁰⁴ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005, p. 196.

²⁰⁵ G.J.M. Corstens, ‘Europese initiatieven tegen corruptie’, in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, z.p.: Gouda Quint 2001, p. 30.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ De moeite waarmee vervolgstappen genomen worden met betrekking tot het VN Verdrag tegen corruptie zijn hiervan een voorbeeld.

onderwerp. Het lukte echter lange tijd niet om wereldwijde consensus te bereiken over een instrument ter bestrijding van het probleem van corruptie. Het is niet verrassend dat vervolgens kleinere, 'regionale' organisaties het voortouw namen en spoediger met een instrument kwamen. Het uiteindelijke doel is echter een wereld vrij van corruptie en daarvoor is een effectief instrument met wereldwijde werking noodzakelijk dat een gelijke mate van corruptiebestrijding waar dan ook ter wereld voorstaat.

Hoofdstuk 3: Inhoud van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het historische verloop besproken van de groeiende aandacht voor grensoverschrijdende corruptie. Die toegenomen aandacht heeft geleid tot de totstandkoming vanuit verschillende internationale en Europese organisaties van een aantal internationale instrumenten, welke een omvattende en multidisciplinaire bestrijding van het corruptieprobleem voorstaan. Besproken is de totstandkoming van anticorruptieverdragen die relevant zijn voor Nederland.

In dit hoofdstuk wordt meer inhoudelijk ingegaan op die verdragen en op de voorzieningen die deze bieden. Hoewel alle facetten van die multidisciplinaire benadering de moeite van de bestudering waard zijn, beperkt dit onderzoek zich tot de strafrechtelijke aspecten. Achtereenvolgens worden de instrumenten van de OECD, de Europese Unie, de Raad van Europa en de Verenigde Naties besproken. Teneinde dit hoofdstuk overzichtelijk te houden, wordt bij ieder instrument zoveel mogelijk in vaste volgorde aandacht besteed aan de volgende punten.

- Strafbaarstellingen waartoe het instrument verplicht;
- Sancties;
- Rechtsmachtbepalingen in het instrument;

Bepalingen met betrekking tot samenwerking, (wederzijdse) rechtshulp en andere bijstand worden aan het eind van dit hoofdstuk gezamenlijk voor wat betreft alle instrumenten tegelijk besproken.

3.2 OECD

In paragraaf 2.3.2 kwam aan de orde dat de OECD een grote bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling en bevordering van de internationale bestrijding van grensoverschrijdende corruptie. In OECD-verband werd het eerste internationale instrument tegen corruptie ontwikkeld dat een wereldwijd bereik heeft. Het is daarom dat nu eerst wordt ingegaan op het instrumentarium dat binnen het kader van deze organisatie tot stand is gekomen. Dat instrumentarium is in de loop der tijd uitgebreid en enkele van de instrumenten zijn inmiddels herzien.

De laatste jaren heeft de OECD getracht meer systematiek en samenhang aan te brengen in de verscheidene instrumenten tegen corruptie die de organisatie in de loop der jaren heeft ontwikkeld. In 2010 publiceerde de OECD een document genaamd 'Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Related Documents' waaruit kan worden opge-

maakt dat onder het anticorruptie-instrumentarium van de OECD de volgende instrumenten vallen.

- (i) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (hierna: het OECD-corruptieverdrag)¹
- (ii) Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials In International Business Transactions (hierna: de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag)
- (iii) Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (hierna: 2009-Recommendation)²
- (iv) Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions³
- (v) Recommendation of the Council on Bribery and Officially Supported Export Credits⁴
- (vi) Recommendation of the Development Assistance Committee on Anti-Corruption Proposals for Bilateral Aid Procurement⁵
- (vii) OECD Guidelines for Multinational Enterprises – Section VI.⁶

Niet alle van deze instrumenten zijn even relevant voor de *strafrechtelijke* bestrijding van buitenlandse omkoping. In het hiernavolgende wordt daarom niet op ieder instrument even uitvoerig ingegaan. De onder 5 en 6 genoemde Recommendations komen nader aan de orde in hoofdstuk zeven bij de bespreking van het opmerken en opsporen van buitenlandse omkoping.

3.2.1 Recommendations

In het vorige hoofdstuk is de totstandkoming besproken van een eerste aanbeveling in 1994⁷ die de OECD-lidstaten oproept effectieve maatregelen te nemen ter afschrikking, voorkoming en bestrijding van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen. Vóór 1994 bestonden wel reeds richtlijnen⁸ die een dergelijke aanmaning voor bedrijven bevatte, maar deze werden als te vrijblijvend ervaren.

1 Parijs, 21 november 1997, DAFFE/IME/BR(97)16/REV.

2 Parijs, 26 november 2009, C(2009)159/REV1/FINAL.

3 Parijs, 25 mei 2009, C(2009)64.

4 Parijs, 14 december 2006, TD/ECG(2006)24.

5 Parijs, 6-7 mei 1996, DCD/DAC(96)11/FINAL.

6 Parijs, juni 2000, DAFFE/IME(2000)20.

7 'Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions', Parijs, 27 mei 1994, C(94)75/FINAL.

8 Het betreft hier de Guidelines for Multinational Enterprises. Zie nader paragraaf 2.3.2.1.1.

Bedrijven sloegen er weinig acht op en staten deden weinig om de bekendheid ervan te vergroten.

De 1994-Recommendation is in 1996 aangevuld met een aanbeveling aan lidstaten teneinde het wettelijk onmogelijk te maken om de kosten van betaalde steekpenningen als aftrekpost op te voeren voor de belasting.⁹

In 1997 zijn beide aanbevelingen verenigd en uitgebreid in de 'Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions' (hierna: 1997-Recommendation).¹⁰ Hoewel het nadien tot stand gekomen Verdrag inzake de bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties (hierna: OECD-corruptieverdrag) over het algemeen meer aandacht krijgt, is de betekenis van de 1997-Recommendation bepaald niet verwaarloosbaar. In de bijlage bij de 1997-Recommendation is in een aantal punten eigenlijk reeds een eerste schets gemaakt van hoe uiteindelijk het OECD-corruptieverdrag vorm zou moeten krijgen. Mede hierdoor kon dat verdrag binnen een half jaar na de 1997-Recommendation reeds ter ondertekening aan de lidstaten worden voorgelegd. Door de inhoudelijke overlappingsen van de 1997-Recommendation en het OECD-corruptieverdrag kan eerstgenoemde aanbeveling dienen als uitleg van het verdrag dat op punten enigszins summier is.¹¹ De twee documenten kunnen worden gezien als een elkaar complementarend anticorruptiesysteem.¹²

De 1997-Recommendation houdt tevens een wijziging in van het mandaat van de Working Group on Bribery in International Business Transactions. Onder meer krijgt deze werkgroep de taak de uitvoering van de 1997-Recommendation aan te moedigen en te documenteren. Dit documenteren of monitoren wordt besproken in hoofdstuk vier van dit proefschrift.

In een poging de strijd tegen buitenlandse omkoping nieuw leven in te blazen, zijn in 2009 door de OECD Council twee nieuwe Recommendations aangenomen welke gelden als de opvolgers van de 1996-Recommendation en de 1997-Recommendation. Met de 'Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions'¹³ wordt beoogd de boodschap van de 1996-Recommendation kracht

⁹ 'Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials', Parijs, 11 april 1996, C(96)27/FINAL.

¹⁰ De 1997-Recommendation verwijst overigens nog wel naar de 1996-Recommendation, maar de inhoud van laatstgenoemde aanbeveling is geheel in de andere overgenomen, waardoor de 1996-Recommendation in feite overbodig geworden is.

¹¹ Daarnaast kan uitleg van het verdrag worden gevonden in de gelijktijdig met het verdrag aangenomen officiële toelichting bij het verdrag.

¹² M. Pieth, 'Introduction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 25.

¹³ Parijs, 25 mei 2009, C(2009)64.

bij te zetten, zijnde dat betaalde steekpenningen niet (als bedrijfsvoeringskosten of anderszins) kunnen worden afgetrokken van het bedrag waarover belasting verschuldigd is. Gebleken was dat de 1996-Recommendation in bepaalde landen nog steeds niet op voldoende duidelijke en ondubbelzinnige wijze was opgevolgd.

Daarnaast wil de OECD met de nieuwe aanbeveling de rol van belastingautoriteiten bij de bestrijding van buitenlandse omkoping versterken. De samenwerking met opsporingsinstanties dient verbeterd te worden. In hoofdstuk zeven, waar de handhaving van de anti-omkopingswetgeving wordt besproken, wordt nader ingegaan op deze noodzaak tot betere samenwerking tussen verschillende overheidsinstanties.

De tweede nieuwe Recommendation is de 'Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions'¹⁴ heeft evenals eerdere recommendations 'slechts' de status van aanbeveling en bevat derhalve slechts 'zachte' bepalingen. Omdat deze Recommendation eveneens een aanvulling is op het hierna te bespreken OECD-corruptieverdrag, is het overzichtelijker de inhoud van deze aanbeveling daarna te bespreken. Derhalve wordt hier volstaan met het noemen van deze aanbeveling.

3.2.2 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

3.2.2.1 Inleiding

Het OECD-corruptieverdrag uit 1997 is gesloten door voornamelijk westerse landen met het doel de 'supply-side', de toeleveringszijde van omkoping aan te pakken. Het verdrag richt zich met andere woorden slechts op de bestrijding van 'actieve omkoping'.

Hoewel het verdrag in OECD-verband is ontwikkeld, heeft het toch een zekere zelfstandige status ten opzichte van de OECD. Dat blijkt reeds uit het feit dat het zijn van partij bij het verdrag geheel los staat van het lidmaatschap van de OECD.¹⁵ Eigenlijk heeft de OECD slechts de logistieke voorzieningen geboden en een aantal landen bijeen gebracht om die een verdrag te laten sluiten. De OECD heeft als forum gediend. Dit kan overigens ook gezegd worden over het hierna te bespreken anticorruptieverdrag van de Raad van Europa, het anticorruptieverdrag van de VN en – zij het in mindere mate – over de 'derde pijler'-instrumenten tegen corruptie van de EU. Toch is de inhoud van al deze verdragen wel degelijk beïnvloed door het forum waarbinnen zij ontwikkeld zijn. Zo hebben de doelstellingen van de OECD de inhoud van het OECD-corruptieverdrag beïnvloed.

¹⁴ Parijs, 26 november 2009.

¹⁵ In paragraaf 2.3.2.2 is opgemerkt dat een aantal landen dat niet is aangesloten is bij de OECD wel partij is bij het OECD-corruptieverdrag.

3.2.2.2 Doel en inhoud van het verdrag: beperkt maar ruim

Afgaande op de titel van het verdrag zou men kunnen menen dat het verdrag een zeer beperkte reikwijdte heeft. Enerzijds klopt dat ook. Zoals reeds uit de titel ervan blijkt, is het doel van het OECD-corruptieverdrag gelegen in de bestrijding van actieve omkoping van buitenlandse ambtenaren die plaatsvindt in het kader van internationale zakelijke transacties.¹⁶ Het hele verdrag is gebaseerd op en gebouwd rond de bestrijding van slechts dit gedrag en bevat derhalve in feite maar één strafbaarstelling. Andere corrupte gedragingen vallen, hoewel vaak niet minder kwalijk of minder schadelijk, buiten het bereik van het verdrag.

Het beschermde belang van het verdrag wordt gevormd door de “internationale zakelijke transacties”, waaronder mede grensoverschrijdende handel en investeringen begrepen worden. Deze internationale zakelijke transacties dienen beschermd te worden tegen omkoping, omdat dit “aanleiding geeft tot ernstige ethische en politieke bezorgdheid, goed bestuur en economische groei ondermijnt en internationale mededingingsomstandigheden vervalst”, aldus de preambule bij het verdrag. Met name dat laatste is wat de opstellers van het verdrag lijkt te hebben gedreven. Voorkomen moet worden dat omkoping wordt gebruikt door bedrijven om hun marktpositie te versterken. Omkoping mag geen geaccepteerd onderdeel zijn van het (internationaal) zakendoen.

Hiervoor werd opgemerkt dat het verdrag enerzijds een beperkte reikwijdte heeft. Anderzijds is de werking van het verdrag ook juist weer heel ruim. Die ruime werking is voornamelijk gelegen in de verdragsverplichting die lidstaten krijgen opgelegd tot het verruimen van hun rechtsmacht ten aanzien van door hun onderdanen gepleegde actieve omkoping van buitenlandse ambtenaren. Het maakt voor het verdrag namelijk niet uit *waar* de actieve omkoping gepleegd wordt. Partijstaten dienen (in beginsel)¹⁷ rechtsmacht te vestigen ten aanzien van actieve omkoping, gepleegd door hun onderdanen *waar dan ook ter wereld*. Bij de bespreking hierna¹⁸ van de verdragsbepalingen met betrekking tot de door partijstaten te vestigen rechtsmacht wordt nader ingegaan op deze ruime werking.

Het OECD-corruptieverdrag telt 17 artikelen, waarvan 12 inhoudelijke. Qua opzet komt het op veel punten overeen met de Amerikaanse FCPA, die in het vorige hoofdstuk is besproken. Het verdrag kan ten minste voor een deel worden gezien

¹⁶ Dat is breder dan corruptie in ‘het internationale handelsverkeer’, de vertaling die het Nederlandse College van procureurs-generaal in de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie’ gaf aan het (in het Engels gestelde) doel van het OECD-corruptieverdrag. Zie hierover nader hoofdstuk zeven.

¹⁷ Het maken van beperkingen door partijstaten is mogelijk.

¹⁸ Zie paragraaf 3.2.2.6.

als het resultaat van succesvol aandringen van de Amerikaanse president¹⁹ om in internationaal verband een evenknie van de FCPA te formuleren.²⁰

Het OECD-corruptieverdrag steunt op twee pilaren die samen één systeem vormen. De ene pilaar wordt gevormd door de strafbaarstelling van actieve omkoping en de bepalingen die de daadwerkelijke handhaving van deze strafbaarstelling mogelijk trachten te maken. De andere pilaar wordt gevormd door artikel 8 van het verdrag waarin het verdrag de partijstaten verplicht een aantal boekhoudregels in acht te nemen die enerzijds buitenlandse omkoping moeten voorkomen en anderzijds mogelijke gevallen van buitenlandse omkoping eerder zichtbaar moeten maken. Deze pilaar is voornamelijk uitgewerkt in de 2009-Recommendation en past in de meeromvattende aanpak van de OECD ter bevordering van de preventie van buitenlandse omkoping. In dit proefschrift wordt voornamelijk op de strafrechtelijke (repressieve) aanpak van omkoping ingegaan en komen deze boekhoudregels derhalve niet nader aan de orde.

De bepalingen van het verdrag zijn vrij algemeen en open geschreven, waardoor de mogelijkheid van directe werking ervan in nationale rechtssystemen vrijwel uitgesloten is. De tekst van de bepalingen richt zich tot de partijstaten. In de verdragsartikelen zijn de doelen geformuleerd die partijstaten dienen te bereiken, niet de middelen daartoe. Hier is bewust voor gekozen, zodat partijstaten – die immers alle een eigen rechtssysteem hebben met eigen termen en eigen betekenissen voor die termen – de bepalingen kunnen integreren in hun nationale wetgeving. De OECD noemt dit ‘functional equivalence’, functionele gelijkwaardigheid.²¹ De verschillende nationale wetten dienen uiteindelijk op een gelijkwaardige manier in een strafbaarstelling van buitenlandse omkoping te voorzien, zonder dat die wetten volledig geharmoniseerd hoeven te worden en zonder dat partijstaten fundamentele beginselen van hun rechtssysteem moeten loslaten of aanpassen. Op deze wijze hoopt de OECD een zo groot mogelijk draagvlak voor het verdrag te creëren waardoor een zo groot mogelijk aantal staten partij wordt bij het verdrag.

3.2.2.3 Strafbaarstelling(en)

Zoals gezegd, richt het verdrag zich slechts tot de actieve zijde van omkoping. Het bevat derhalve geen bepalingen die dwingen tot strafbaarstelling van de gedraging van de ontvanger van een omkoopmiddel, de gedraging die aangeduid wordt als passieve omkoping. De werking van het verdrag is nog verder beperkt doordat slechts bepaalde typen van omkoping onder de reikwijdte van de in het verdrag geformuleerde strafbare gedraging vallen.

¹⁹ Voortvloeiend uit de opdracht die het Amerikaanse Congres de president gaf ten tijde van de wijziging van de FCPA in 1988. Zie paragraaf 2.3.

²⁰ Hierna in paragraaf 3.2.3 wordt een nadere vergelijking gemaakt tussen de FCPA en het OECD-corruptieverdrag.

²¹ Zie preambule bij het OECD-corruptieverdrag, nader uitgewerkt in paragraaf 2 en 3 van de officiële toelichting bij het verdrag.

‘Strafbare gedraging’ is in de vorige zin opzettelijk in enkelvoud geformuleerd, aangezien het gehele verdrag feitelijk om slechts één strafbaarstelling heen is gebouwd, neergelegd in het eerste lid van artikel 1 van het verdrag. Deze verdragsbepaling legt een verplichting op aan partijstaten om de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om in hun nationale wetgeving strafbaar te stellen:

“[...] for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.”

In het Tractatenblad is dit in het Nederlands vertaald met:²²

“[...] voor een ieder het opzettelijk aanbieden, beloven of geven van iedere niet verschuldigde betaling of ieder ander voordeel, direct dan wel via tussenpersonen, aan een buitenlandse ambtenaar, voor deze ambtenaar of voor een derde partij, teneinde te bewerkstelligen dat de ambtenaar handelt of nalaat te handelen met betrekking tot de uitoefening van overheidstaken, om aldus zakelijk of enig ander ongeoorloofd voordeel uit internationale zakelijke transacties te verkrijgen of te behouden.”²³

De bestanddelen van de strafbaarstelling waren al eerder overeen gekomen in de 1997-Recommendation.²⁴ Deze ‘agreed common elements of criminal legislation’, welke als bijlage bij de aanbeveling waren opgenomen, geven enige uitleg van wat met de bestanddelen van de strafbaarstelling bedoeld wordt. Daarnaast wordt bij het lezen en begrijpen van het verdrag houvast geboden door de officiële toelichting erbij, die tegelijk met dat verdrag werd overeengekomen.

Opgemerkt moet worden dat staten *minimaal* het in dit artikel geformuleerde gedrag strafbaar dienen te stellen. Partijstaten mogen in hun nationale wetgeving afwijken van het hierboven gestelde, zolang ze niet meer voorwaarden voor strafbaarheid opnemen dan in artikel 1 genoemd. Het opnemen van extra voorwaarden voor strafbaarheid zou een inperking kunnen betekenen van het als strafbaar aangemerkte gedrag. Artikel 1 vormt aldus een set minimumeisen waaraan staten ten minste dienen te voldoen. Anders gezegd: staten mogen wel meer strafbaar stellen, maar niet minder. Hierna wordt duidelijk dat dit strenger klinkt dan het werkelijk is.

²² Bewust is hier zowel de originele Engelse tekst als de officiële Nederlandse vertaling opgenomen op basis waarvan de Nederlandse goedkeuringswet en wetsherziening zijn vormgegeven. Hierna wordt duidelijk dat de Nederlandse vertaling op verscheidene punten niet accuraat is.

²³ *Trb.* 1998, 219.

²⁴ Zie hiervoor, paragraaf 3.2.1.

Opmerking verdient verder nog dat staten weliswaar, zoals hierna blijkt, de werking van hun nationale strafrecht dienen te verruimen om (naast de nationale variant van (ambtelijke) omkoping tevens) de grensoverschrijdende variant van omkoping strafbaar te stellen, maar dat niet is vereist dat die transnationale omkoping een bijzondere status binnen dat nationale strafrecht krijgt.

3.2.2.3.1 Bestanddelen van de strafbare gedraging

In het navolgende worden de bestanddelen van het eerste lid van artikel 1 afzonderlijk besproken. De formulering van de hieronder gebruikte tussenkopjes is afgeleid van de Nederlandse vertaling van het verdrag, zoals gepubliceerd in het Tractatenblad. Hoewel wel wordt ingegaan op hoe Nederland de Engelse tekst kennelijk begrijpt, blijft de bespreking van de implementatie van deze bestanddelen in de Nederlandse wetgeving hier achterwege. Verwezen zij hiervoor naar hoofdstuk vijf.

Voor een ieder

Als de bepaling wordt opgedeeld in bestanddelen, dan valt als eerste op de passage 'voor een ieder'. De term 'ieder' kan op verschillende wijzen worden uitgelegd. Uit de tekst van het verdrag wordt niet duidelijk of het gaat om iedere onderdaan van de partijstaat, een ieder die zich op het grondgebied bevindt van de partijstaat, of iedereen in het algemeen, ongeacht waar ter wereld. In elk geval wordt niet beperkt tot natuurlijke personen; rechtspersonen vallen er ook onder. In artikel 2 van het verdrag is nog eens expliciet genoemd dat ook zij aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld voor de omkoping van buitenlandse ambtenaren.²⁵ De reikwijdte van de bepaling lijkt aldus onbeperkt te zijn. De verdragsluitende staten hebben hiermee willen aangeven dat voor niemand immuniteit mag bestaan met betrekking tot het hier omschreven delict. De bijlage bij de 1997-Recommendation voegt hier nog aan toe dat iedere persoon als aanbieder (van de omkoopsom) kan worden aangemerkt, ongeacht of die persoon namens zichzelf handelt, dan wel namens

²⁵ Overigens moet hier opgemerkt worden, dat, wanneer het rechtssysteem van een staat geen *strafrechtelijke* aansprakelijkheid van rechtspersonen kent, die staat deze vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet hoeft te introduceren. Zo is te lezen in paragraaf 20 van de officiële toelichting bij het verdrag. Het verdrag wil de nationale rechtssystemen niet beïnvloeden op dergelijke principiële punten en wil geen kant kiezen in het debat over strafrechtelijke versus niet-strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Dat zou de ondertekeningsbereidheid van een aantal staten ook aanzienlijk doen afnemen. De FATF, een organisatie die zich toelegt op de bevordering van de internationale bestrijding van witwassen (en die zijn secretariaat heeft ondergebracht bij de OECD), heeft in dat kader overigens wel de voorkeur voor strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgesproken. Deze voorkeur is te vinden in de tweede van 40 aanbevelingen van de FATF over de bestrijding van witwassen.

welke andere natuurlijke of rechtspersoon dan ook.²⁶ Toch moet deze ruime omschrijving enigszins gerelativeerd worden. In veel landen zijn staatshoofden strafrechtelijk onschendbaar, met name in landen met een monarch als (symbolisch) leider. Het verdrag zal deze nationale regels niet doorbreken. De woordkeus van deze passage heeft in de voorbereidingen voor het verdrag weinig aandacht gekregen.²⁷ Hierdoor bevat ook de toelichting bij het verdrag geen uitsluitel over de reikwijdte van deze woorden en kunnen staten er naar geloven een invulling aan geven.²⁸ Artikel 4, waarin bepalingen omtrent de door partijstaten te vestigen rechtsmacht zijn neergelegd, geeft iets meer duidelijkheid, maar geen uitsluitel. De rechtsmacht komt hierna in paragraaf 3.2.2.6 nader aan de orde.

Opzettelijk

In de toelichting bij artikel 1 wordt niets toegelicht over de term ‘intentionally’. Opzet kent alleen al in het Nederlandse recht verschillende varianten, en over de uitleg daarvan bestaan nog meer verschillende opvattingen. Internationaal gezien is dit beeld nog veel diffuser, zeker wanneer ‘common law’- en ‘civil law’-systemen naast elkaar worden gelegd. De Nederlandse invulling van het opzet-vereiste met betrekking tot strafbare omkoping komt aan de orde in hoofdstuk vijf.

Indachtig de veelheid aan verschillende nationale juridische invullingen van het begrip opzet, is in OECD-verband wijselijk besloten de vingers niet te branden aan een poging om tot een algemene, internationale definitie van dit begrip te komen. De invulling ervan is overgelaten aan de partijstaten, die het mogen uitleggen in het licht van hun eigen juridisch systeem. Volgens Zerbes moet ten minste wel sprake

²⁶ Paragraaf 1 onder iii) van de ‘Agreed Common Elements of Criminal Legislation and Related Action’ van 23 mei 1997, C(97)123/FINAL.

²⁷ I. Zerbes, ‘Article 1. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 56. Bij de voorbereidingen van het hierna te bespreken anticorruptieverdrag van de Raad van Europa was deze aandacht een stuk groter.

²⁸ Zo is in de ‘Bribery Act 2010’, de anticorruptiewet van het Verenigd Koninkrijk een uitzondering gecreëerd voor nationale inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Deze moeten dan wel toestemming hebben gekregen van de overheid. In de aanloop naar deze wet bestond veel weerstand van het Britse parlement en in de samenleving tegen deze uitzonderingspositie en ook de OECD was niet blij met de bepaling. De Britse regering verzekerde echter dat de uitzondering nou weer net niet zou gelden ten aanzien van de OECD-omkoping (*Guardian Unlimited*, 28 juli 2009). Dit staat trouwens los van de algehele toestemming die reeds krachtens artikel 7 van de Intelligence Services Act 1994 kan worden gegeven aan agenten van de *geheime* inlichtingendienst (“MI6”) om overal ter wereld, met uitzondering van de Britse eilanden, misdrijven (en dus ook OECD-omkoping) te plegen.

zijn van ‘*dolus eventualis*’, voorwaardelijk opzet.²⁹ Wie betrokken is bij een transactie waarbij hij een min of meer serieus vermoeden heeft dat sprake is omkoping, heeft voldoende *mens rea*, voldoende opzet, aldus Zerbes. Het verdrag geeft hier wederom een ondergrens: staten mogen de lat voor strafbaarheid wel lager, maar niet hoger leggen. Sommige landen hebben de grens gelegd bij roekeloosheid, hetgeen kan leiden tot een bestraffing van (domme) onvoorzichtigheid.³⁰

De vereiste gradatie van opzet is voornamelijk van belang bij indirecte omkoping, zoals hierna nog duidelijk wordt. Bij directe omkoping (ondernemer geeft ambtenaar een koffertje met geld in handen en vraagt om een wederdienst) zal in de meeste gevallen over de aanwezigheid van (voldoende) opzet aan de kant van de omkoper niet worden getwijfeld.

Aanbieden, beloven of geven

Het verdrag beoogt strafbaarstelling van reeds het beloven of aanbieden van een voordeel. Het maakt voor de strafbaarheid van de omkoper derhalve niet uit of de ambtenaar het voordeel ook heeft aangenomen.

Daarnaast maakt het verdrag geen onderscheid of uitzondering voor gevallen waarin het niet de omkoper maar de ambtenaar was die de initiatiefnemer was van de omkoping. Zelfs al was het een hoge ambtenaar met aanzienlijke macht, of werd druk uitgeoefend door de ambtenaar of andere personen, dan nog biedt dat geen rechtvaardiging voor de omkoping.³¹ Veelgehoorde betogen van bedrijven die menen dat eigenlijk zij het slachtoffer zijn, moeten niet langer met succes gevoerd kunnen worden, zo is het in het verdrag vervatte standpunt. Ook een bedrijf, dat op de rand van faillissement balanceert en volledig afhankelijk is van die ene opdracht waarvoor de verantwoordelijke ambtenaar een gift vraagt, mag daar dus niet op ingaan, hoe verleidelijk dat ook moge zijn.

Iedere niet verschuldigde betaling of ieder ander voordeel

Het aangeboden, beloofde of de gift (eigenlijk: het gegevene) kan zijn ‘iedere niet verschuldigde betaling of ieder ander voordeel’. Dit is althans de officiële Nederlandse vertaling zoals in het Tractatenblad gepubliceerd. Het is een vertaling van de originele Engelse tekst die luidt: ‘any undue pecuniary or other advantage’. De Ne-

²⁹ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 158.

³⁰ Onder de Sloveense strafbaarstelling valt mede de persoon die een tussenpersoon de opdracht geeft ‘by any means’ een contract met een buitenlandse overheid binnen te halen, zonder dat die persoon een directe opdracht tot omkoping geeft. Zie OECD Phase 1 report on Slovenia <www.oecd.org/dataoecd/33/50/34541732.pdf>, p. 5.

³¹ Paragraaf 1 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag. Dit houdt uiteraard op wanneer een succesvol beroep kan worden gedaan op een erkende strafuitsluitingsgrond.

derlandse vertaling in het Tractatenblad is mijns inziens niet geheel accuraat en wel om twee redenen.

De eerste reden ziet op de vertaling van het woord ‘undue’. De Nederlandse vertaling van dit woord door ‘niet verschuldigd’³² dekt mijns inziens niet de volledige lading van wat eigenlijk bedoeld wordt met de Engelse term. ‘Undue’ is meer dan slechts onverschuldigd, er straalt ook iets ‘ongepasts’ of ‘onbehoorlijks’ af.³³ Synoniemen van het Engelse woord zijn ‘excessive’ (excessief), ‘inordinate’ (buitensporig), ‘improper’ (onwelvoeglijk) en ‘inappropriate’ (ongepast). Het gaat derhalve niet slechts om een voordeel dat men de ander niet verschuldigd is, maar dat niet verschuldigde voordeel moet tevens van dien aard zijn dat het als buitensporig, of ongepast te beschouwen is. Dat kan zijn vanwege de te grote waarde die het voordeel in absolute zin heeft of vanwege de te grote waarde die het voordeel heeft in verhouding tot de waarde van hetgeen men met het schenken van het voordeel wil bereiken.

‘Undue’ heeft dus in feite twee componenten. De eerste component is die van de onverschuldigdheid, in de zin van overbodigheid of onnodigheid van het voordeel. De tweede component ziet op de grootte (de waarde) van het voordeel. Beide componenten dienen aanwezig te zijn, wil het voordeel ‘undue’ zijn. Het zomaar geven van een cadeautje is weliswaar niet verschuldigd, maar hoeft in het geheel niet ongepast te zijn. Het is dus niet meteen ‘undue’. In bepaalde culturen zijn presentjes juist gebruikelijk en gewenst, juist het achterwege laten ervan wordt als ongepast ervaren.³⁴ De toevoeging van ‘undue’ in de verdragsbepaling vindt dan ook zijn oorsprong in het feit dat het in veel culturen gebruikelijk is elkaar (kleine, althans niet excessieve) presentjes te geven.³⁵ In deze tradities heeft de OECD zich niet willen mengen.

³² Waarom in de vertaling voor ‘niet verschuldigd’ in plaats van gewoon voor ‘onverschuldigd’ is gekozen, is ook een raadsel. Wellicht was men bang dat verwarring zou ontstaan met de civielrechtelijke figuur van de onverschuldigde betaling (artikel 6:203 e.v. BW).

³³ In het common law kent men bijvoorbeeld de leer van ‘undue influence’ in het contractenrecht. Hiervan is sprake wanneer de ene partij misbruik maakt van zijn machtspositie ten opzichte van de andere partij. Die andere partij kan dan met een beroep op ‘undue influence’ onder zijn contractsverplichtingen uitkomen.

³⁴ In China zijn zakelijke en persoonlijke relaties zeer met elkaar verweven en is het onderhouden ervan zeer belangrijk. Een goede ‘guanxi’, zoals het maken en onderhouden van deze relaties genoemd wordt, opent deuren die anders gesloten zouden blijven. Guanxi wordt door westerse ogen vaak als pure omkoping gezien, terwijl dat in China niet als zodanig wordt ervaren. De invloed van guanxi in het Chinese handelsverkeer is overigens wel aan het afnemen.

³⁵ Het Chinese equivalent van het College van procureurs-generaal heeft voor hetgeen als strafwaardige omkoping wordt gezien ondergrenzen vastgesteld die aanmerkelijk hoger zijn dan in bijvoorbeeld Nederland gebruikelijk is. Zo geldt voor het aannemen van giften door een individu een grens van 5000 RMB, hetgeen tussen de 550 en 600 euro is. Giften

Hier maakt het verdrag een uitzondering op de overigens vrij strikt toegepaste idee van de autonome interpretatie.³⁶ Hierna wordt nog duidelijk dat de besproken strafbaarstelling uit het verdrag voor het overgrote deel een op zichzelf staande bepaling is met autonome definities waarvan de betekenis niet door het nationale recht van de 'foreign' staat (daar waar is omgekocht of daar waar de omgekochte buitenlandse ambtenaar toe behoort) wordt bepaald. De opstellers van het verdrag hebben zo min mogelijk de betekenissen van verdragstermen willen laten afhangen van de betekenissen die de 'slachtofferstaten' aan de termen geven.³⁷ Door de invulling van het woord 'undue' te laten afhangen van de invulling die de betreffende andere staat eraan geeft, wordt afgeweken van dit principe van autonome uitleg. Dit betekent overigens niet dat omkopers zich ter verdediging vrijelijk kunnen beroepen op gewoonten en gebruiken in de landen waar ze hebben omgekocht. Blijkens de officiële toelichting bij het verdrag is geen sprake van een strafbaar feit, indien het voordeel toegestaan of vereist is op basis van *geschreven* wetten of regelgeving (inclusief uit jurisprudentie afgeleide regels) van het betreffende land.³⁸ Australië meende tijdens de eerste evaluatieronde³⁹ dat dit zo uitgelegd moet worden dat ook wanneer in het land van de ambtenaar een strafbaarstelling van het verstrekken van het betreffende voordeel ontbreekt, de gedraging geen strafbaar feit moet opleveren naar (in dit geval) Australisch recht.⁴⁰ Zerbes meent echter dat slechts geen strafbaar feit bestaat, wanneer de wet of regelgeving *expliciet* het verstrekken van het voordeel toestaat of vereist. Voor zover omkoping wettelijk verboden is in het land van de ambtenaar – en dat is zo in vrijwel alle landen – is het overduidelijk dat de uitzonderlijke toestemming voor een bepaalde betaling moet

onder die grens worden slechts in uitzonderlijke omstandigheden als omkoping aangemerkt. Voor het aanbieden of geven van giften door een individu geldt zelfs een nog hogere grens (10.000 RMB) en door organisaties kunnen al helemaal flinke giften straffeloos worden aangenomen (100.000 RMB) en gegeven (200.000 RMB).

³⁶ I. Zerbes, 'Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 105.

³⁷ Zie bijvoorbeeld hierna bij de bespreking van de term 'buitenlandse ambtenaar'. Of iemand als ambtenaar moet worden aangemerkt, wordt niet zonder meer bepaald door het recht van het land waar die ambtenaar toe behoort.

³⁸ Paragraaf 8 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

³⁹ Op de evaluatie, of 'monitoring', van het OECD-corruptieverdrag wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk vier.

⁴⁰ OECD Phase 1 report on Australia, <www.oecd.org/dataoecd/0/29/2378916.pdf>, p. 4 en 23. De Working Group on Bribery zegt in dit rapport na de eerste evaluatieronde een besluit te zullen nemen over de toelaatbaarheid van de Australische uitleg van paragraaf 8 van de officiële toelichting.

zijn vastgelegd op hetzelfde wettelijke niveau, zo meent zij.⁴¹ Dit lijkt nadien ook de mening van de OECD te zijn geworden, want in de tweede evaluatieronde werd Australië terecht gewezen.⁴²

Uit de officiële toelichting blijkt ook anderszins dat slechts een expliciete, wettelijk vastgelegde toestemming of verplichting tot het verstrekken van een voordeel reden kan zijn om een bepaalde feitenconstellatie niet als strafbare omkoping aan te merken. Volgens de toelichting doen namelijk – onder andere – de waarde van het voordeel, de resultaten van het verstekken ervan, de perceptie van plaatselijke gebruiken, de tolerantie van plaatselijke autoriteiten met betrekking tot dergelijke betalingen en de beweerde noodzaak van de betaling, geen afbreuk aan de strafwaardigheid van de gedraging van de omkoper.⁴³ In diezelfde toelichting wordt aan deze boude stelling alweer afbreuk gedaan, doordat twee paragrafen verder een uitzondering wordt gemaakt voor ‘facilitation payments’, welke niet als strafbaar dienen te worden aangemerkt. Deze uitzondering wordt zoals gezegd in paragraaf 3.2.2.4 uitvoeriger besproken. Zoals bij die bespreking duidelijk wordt, vloeit het toestaan door het verdrag van facilitation payments in feite weer voort uit de term ‘undue’.

De tweede reden waarom de Nederlandse vertaling inaccuraat is, is gelegen in de woordvolgorde die in de Nederlandse tekst is gekozen. In de Nederlandse formulering in het Tractatenblad (iedere niet verschuldigde betaling of ieder ander voordeel) slaat ‘niet verschuldigde’ slechts op betaling. Daarna wordt ‘ieder ander voordeel’ apart genoemd. Dat is wel heel erg ruim. In de Engelse tekst zegt ‘undue’ niet slechts iets over ‘pecuniary’ (advantage), maar eveneens over ‘other advantage’. Niet zomaar ieder ander voordeel kan als omkopingsmiddel worden aangemerkt, want dat ‘andere voordeel’ dient bovendien ‘undue’ te zijn. Een betere vertaling van de originele Engelse tekst zou mijns inziens derhalve zijn: ‘ieder onbehoorlijk geldelijk of ander voordeel’. Op deze wijze vertaald richt ‘onbehoorlijk’ zich zowel op ‘geldelijk’ als op ‘ander’ en moet dus ook het andere voordeel ‘onbehoorlijk’ zijn.⁴⁴

⁴¹ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 105.

⁴² OECD Phase 2 report on Australia, <www.oecd.org/dataoecd/57/42/35937659.pdf>, p. 44-45.

⁴³ Paragraaf 7 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁴⁴ Overigens is het eigenlijk overbodig dat het onbehoorlijke *geldelijke* voordeel afzonderlijk genoemd wordt in de strafbaarstelling, nu daarnaast *ieder* ander onbehoorlijk voordeel als omkopingsmiddel kan worden aangemerkt. Onbehoorlijke geldelijke voordelen vallen daar uiteraard ook reeds onder. Kennelijk hebben de opstellers van het verdrag nog extra willen benadrukken dat onbehoorlijke voordelen weliswaar vaak, maar lang niet altijd de vorm van geldbedragen hebben.

Direct dan wel via tussenpersonen

Bedrijven die in het buitenland een (overheids-)opdracht willen binnenhalen, sturen lang niet altijd werknemers van het eigen bedrijf naar het betreffende land om onderhandelingen te doen. Vaak wordt gewerkt met tussenpersonen die de markt ter plaatse kennen. De tussenpersoon is dan ook vaak onderdaan van het betreffende land, al hoeft dat niet zo te zijn. Er worden vele verschillende constructies gebruikt en nog meer zijn denkbaar. Een onderneming kan een vast netwerk hebben van bemiddelingsbedrijven die in verschillende landen in naam van de onderneming onderhandelen, maar ook kan eenmalig een consultant worden ingehuurd om de markt te verkennen namens de onderneming. De tussenpersoon kan worden ingezet als slechts een doorgeefluik van de onderneming, maar ook is mogelijk dat de tussenpersoon een ruime vrijheid van handelen heeft om de beste deal voor de opdrachtgevende onderneming binnen te slepen, bijvoorbeeld tegen een vergoeding in de vorm van een percentage van de waarde van de overeenkomst.

Volgens de OECD moet de buitenlandse ondernemer als opdrachtgever van de tussenpersoon verantwoordelijk worden gehouden voor het handelen van deze laatste. Wanneer de tussenpersoon gebruik maakt van omkoping om opdrachten voor zijn opdrachtgever binnen te halen, dan is die opdrachtgever (mede) strafbaar. Bedrijven zullen dus beter toezicht moeten houden op en inzicht in de activiteiten van de door hen ingeschakelde tussenpersonen. Bij het betalen van commissies aan deze tussenpersonen zal de opdrachtgever moeten opletten of die wel reëel zijn.

Een nadere blik op de verdragsbepaling onthult echter toch een mogelijkheid voor de ondernemer om te ontkomen aan strafbaarheid, wanneer een tussenpersoon een buitenlandse ambtenaar heeft omgekocht (of dat geprobeerd heeft). De bepaling verplicht tot strafbaarstelling van 'het *opzettelijk* aanbieden, beloven of geven van iedere niet verschuldigde betaling [...] *via tussenpersonen*, aan een buitenlandse ambtenaar'. Zoals hiervoor is besproken moet bij de ondernemer ten minste voorwaardelijk opzet op de actieve omkoping aanwezig zijn. Dit geldt evenzeer wanneer gewerkt wordt met tussenpersonen. De ondernemer zal dus – wanneer de Nederlandse uitleg van voorwaardelijk opzet wordt gevolgd – op zijn minst enige zeggenschap moeten hebben gehad over de gedraging van de tussenpersoon (te weten het omkopen) en de ondernemer moet hebben aanvaard dat de tussenpersoon de omkoping verrichtte. Een verdedigingsstrategie van de ondernemer kan derhalve zijn te stellen dat hij niet van de omkopingshandelingen van de tussenpersoon op de hoogte was, daar geen invloed op kon uitoefenen en daarmee ook niet instemde.

In steeds meer landen, waaronder de VS en het Verenigd Koninkrijk, gaan dergelijke verweren niet (langer) op. De ondernemer moet weten met welke tussenpersonen hij in zee gaat en kan verantwoordelijk worden gehouden voor het corrupte handelen van die tussenpersonen, wanneer blijkt dat hij niet voldoende heeft ge-

daan om degelijk handelen te voorkomen.⁴⁵ De tekst van het OECD-corruptie-verdrag verplicht echter niet tot een strafrechtelijke aansprakelijkheid die zo ver gaat.

Aan een buitenlandse ambtenaar

Zoals aangegeven is de werking van het verdrag beperkt tot de omkoping van een ‘foreign public official’, wat vaak vertaald wordt met buitenlands ambtenaar. De bestrijding van omkoping van nationale ambtenaren is een binnenlandse aangelegenheid waarin de OECD zich niet wenst te mengen. Wat een ‘public official’ is en welke beroepen en ambten onder deze term vallen, verschilt van staat tot staat. De Nederlandse vertaling van de term is ‘overheidsfunctionaris’ of ‘ambtenaar’, maar wie onder deze term vallen, is zelfs binnen Nederland niet steeds gelijk. Zo is de betekenis van de term in het strafrecht een ruimere dan in bijvoorbeeld de Ambtenarenwet. Op de betekenis van het begrip ambtenaar in het Nederlandse strafrecht wordt in hoofdstuk vijf nader ingegaan.

De OECD heeft ervoor gekozen een eigen, autonome definitie van het begrip buitenlandse ambtenaar (foreign public official) te formuleren. In het vierde lid van artikel 1 van het OECD-corruptieverdrag wordt dit als volgt beschreven.

“Voor de toepassing van dit Verdrag:

- a. *wordt onder “buitenlandse ambtenaar” verstaan*
 - *iedere persoon die een wetgevend, bestuurlijk of rechterlijk ambt van een ander land bekleedt, hetzij door benoeming dan wel door verkiezing;*
 - *iedere persoon die een openbare functie voor een ander land uitoefent, met inbegrip van een overheidsinstelling of overheidsbedrijf;*
 - *en iedere ambtenaar of tussenpersoon van een internationale publiekrechtelijke organisatie;”*

De definitie is ruim, zeker de achter het tweede en derde opsommingsteken genoemde categorieën van personen is omvangrijk. Het begrip ‘openbare functie’ moet volgens Zerbes functioneel worden begrepen,⁴⁶ het hoeft zelfs niet om een functie met een juridische basis te gaan. De officiële toelichting bij het verdrag omschrijft de openbare functie als “any activity in the public interest, delegated by a foreign country, such as the performance of a task delegated by it in connection

⁴⁵ De Bribery Act 2010 die in het Verenigd Koninkrijk van kracht is, voorziet in een strafbaarstelling van commerciële organisaties die falen in het voorkomen van omkoping. Men kan zich vrijpleiten door aan te tonen dat de organisatie ‘adequate procedures’ had opgesteld om de omkoping te voorkomen (artikel 7 van de Act).

⁴⁶ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (red.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 59.

with public procurement.”⁴⁷ Wanneer dus de uitvoering van een taak (een overheidstaak⁴⁸) in het kader van publieke aanbesteding gedelegeerd is aan een (commerciële) niet-overheidsorganisatie, dan moet het omkopen van een medewerker van die organisatie gezien worden als omkoping van een buitenlandse ambtenaar zoals als strafbaar aangemerkt in het OECD-corruptieverdrag. Dit is ruimer dan wat bijvoorbeeld in het Nederlandse strafrecht onder het begrip ambtenaar wordt begrepen. Het OECD-verdrag mengt zich hier niet in. De verschillende nationale definities van het begrip ‘ambtenaar’ (of vergelijkbare benamingen) blijven hun betekenis houden binnen de verschillende nationale (rechts)systemen, voor zover het binnenlandse ambtenaren betreft.

Bij het bepalen van de hoedanigheid van een omgekochte buitenlander worden staten echter verzocht hun nationale definitie van ‘ambtenaar’ los te laten en in plaats daarvan de definitie te hanteren zoals die in het verdrag is gegeven. Partijstaten worden sterk aangeraden de definitie zoals gegeven in artikel 1 van het verdrag zo letterlijk mogelijk over te nemen in hun nationale regelgeving.⁴⁹ Op deze wijze wordt de homogene toepassing van het verdrag door alle partijstaten zoveel mogelijk gewaarborgd. Werden partijstaten nog redelijk vrij gelaten bij de wijze van implementatie van de strafbaarstelling, bij de definitie van buitenlands ambtenaar is dit dus anders.

Sommige partijstaten hebben de autonome definitie toch niet overgenomen, maar verwijzen in plaats daarvan naar het recht van de staat waar de omkoping plaats vond of waarvoor de ambtenaar werkzaam is (de “slachtofferstaat”) en wie in die staat worden aangemerkt als ambtenaar. Een dergelijke bepaling heeft als gevolg dat steeds zal moeten worden onderzocht of de omgekochte persoon wordt aangemerkt als ambtenaar volgens het recht van de staat waar de persoon zijn beroep of ambt uitoefent. Dit bemoeilijkt niet alleen het onderzoek, maar beperkt bovendien de toepasbaarheid van de bepaling. De persoon die verdacht wordt van omkoping van een buitenlandse ambtenaar zal dan namelijk, wanneer wordt aangetoond dat de buitenlandse ambtenaar in zijn eigen land om de één of andere reden niet wordt aangemerkt als ambtenaar, ook in eigen land niet strafbaar zijn wegens de omkoping van een buitenlandse ambtenaar. Zelfs als wordt vastgesteld dat de omgekochte buitenlander wel zou worden aangemerkt als ambtenaar wanneer hij een vergelijkbare baan had in het land van de omkoper, dan nog is de omkoper niet

⁴⁷ Paragraaf 12 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁴⁸ De officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag geeft hier geen uitsluitel over. Aangezien, zo blijkt uit de tekst, het een taak betreft die gedelegeerd is door een land en het dus van oorsprong een taak is van dat land, mag ervan uit worden gegaan dat die taak een overheidstaak is.

⁴⁹ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (red.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 57.

strafbaar. Een nationale situatie als deze kan een effectieve werking van het verdrag internationaal ernstig belemmeren.

België was één van de landen met een dergelijke niet-verdragsconforme bepaling. Artikel 250 § 2 van het Belgisch Strafwetboek luidde tot 8 juni 2007: “De hoedanigheid van persoon die in een andere Staat een openbaar ambt uitoefent, wordt beoordeeld overeenkomstig het recht van de Staat waar die persoon dat ambt uitoefent. (...)”.⁵⁰ Voor niet-EU-lidstaten gold daarenboven een eis van dubbele strafbaarheid. Wanneer dus een Belgisch bedrijf een persoon omkocht in land X, die namens dat land X de aanbestedingen voor bouwopdrachten regelde, maar volgens het recht van land X niet als ambtenaar werd aangemerkt, dan kon het Belgische bedrijf in eigen land niet worden vervolgd. De paragraaf is per voornoemde datum geschrapt naar aanleiding van de monitoringsrapporten van de OECD betreffende de naleving van de verplichtingen uit het OECD-corruptieverdrag.⁵¹

Het overnemen van de autonome definitie uit het verdrag heeft dus als voordeel voor partijstaten dat bij een onderzoek naar de omkoping van een buitenlandse ambtenaar niet hoeft te worden bewezen dat de omgekochte buitenlandse persoon kan worden aangemerkt als ambtenaar volgens het in dat buitenland geldende recht. Een onnodig obstakel voor een rechter of opsporende instantie om een onderzoek door te zetten wordt hiermee weggenomen. Slechts getoetst hoeft te worden of de omgekochte buitenlandse persoon valt onder de definitie (uit het OECD-corruptieverdrag) die de vervolgende partijstaat in zijn eigen nationale regelgeving heeft opgenomen. Het toepassen van vreemd recht is op dit punt dan niet nodig. Wanneer alle partijstaten in hun nationale regelgeving de definitie opnemen die de OECD voorschrijft, bevordert dit de rechtszekerheid en de internationale rechtsgelijkheid.

Ambtenaren en tussenpersonen van internationale publiekrechtelijke organisaties kunnen ook worden aangemerkt als buitenlands ambtenaar in de zin van het OECD-corruptieverdrag, zo staat in het hierboven geciteerde artikel 1 lid 4 onder a. De toelichting bij het verdrag⁵² schaarst onder internationale publiekrechtelijke organisaties iedere internationale organisatie die gevormd is door staten, overheden of door andere internationale publiekrechtelijke organisaties, ongeacht de organisatievorm en de bevoegdheden van die organisatie. De toelichting geeft als voorbeeld een regionale economische integratie organisatie zoals de Europese Gemeenschappen. Dit voorbeeld lijkt mij minder geslaagd, nu de ambtelijke status van de meeste medewerkers van de instellingen van de Europese Gemeenschappen redelijk onbe-

⁵⁰ Belgisch Staatsblad van 23 maart 1999, nr. 57, p. 9281, Wet van 10 februari 1999 betreffende de bestrafing van corruptie.

⁵¹ Belgisch Staatsblad 8 juni 2007, nr. 171, p. 31224 ev. Wet van 11 mei 2007 tot aanpassing van de wetgeving inzake de bestrijding van omkoping. Zie over die monitoring nader hoofdstuk vier.

⁵² Paragraaf 17 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

twist is. De bevoegdheid tot het opstellen van bindende regelgeving van de Europese Gemeenschappen maakt dat hier weinig twijfel over zal bestaan. Anders is dit bij een organisatie als bijvoorbeeld de OECD zelf.

Het verdrag bepaalt in artikel 1 lid 4 sub b voorts dat buitenlandse ambtenaren van “alle overheidsniveaus en onderafdelingen van de overheid, van nationaal tot lokaal” onder deze term worden begrepen. Hoewel het verdrag zich dus primair richt op de bestrijding van zogenaamde ‘grand corruption’ – serieuze, zware vormen van corruptie op hoog niveau waardoor economieën beschadigd worden⁵³ – kan evenwel reeds de omkoping van een eenvoudige gemeenteambtenaar in een ander land de omkoper in eigen land strafrechtelijk ten laste worden gelegd. Met het aannemen van het verdrag besloten partijstaten de omkoping van *iedere* ambtenaar strafbaar te stellen.

Het maakt voor de strafbaarheid van de omkoper bovendien niet uit of de omgekochte ambtenaar in dienst is van een staat die partij is bij het OECD-corruptieverdrag. Hier kan echter het nationale recht van het thuisland van de omkoper een uitzondering op maken.⁵⁴ Bij de bespreking in paragraaf 3.2.2.6 van de rechtsmachtverplichtingen van het verdrag wordt op deze kwestie teruggekomen en nader ingegaan.

Voor deze ambtenaar of voor een derde partij

Het voordeel dat de ambtenaar wordt aangeboden, beloofd of gegeven hoeft niet voor deze ambtenaar zelf bestemd te zijn. De vraag voor wie het voordeel is bestemd, mag volgens het OECD-corruptieverdrag geen rol spelen bij de vaststelling of een verdachte zich wel of niet schuldig heeft gemaakt aan actieve omkoping (van een buitenlandse ambtenaar). De ondernemer die verdacht wordt van een op deze verdragsbepaling gebaseerd strafbaar feit, kan dus niet als verweer voeren dat de ambtenaar het geld direct afdroeg aan zijn familie, of aan een ziekenhuisschool voor kinderen die gewond waren geraakt door de in dat land woedende burgeroorlog. Alle goede bedoelingen van de ambtenaar – en daarmee wellicht ook van de ondernemer – doen niets af aan de strafbaarheid van de omkoping.

⁵³ Tegenover ‘grand corruption’ of ‘high level corruption’ staat wat genoemd wordt ‘petty corruption’. Hiermee wordt bedoeld op de kleine, dagelijkse vormen van corruptie (waaronder tevens de hierna in paragraaf 3.2.2.4 besproken ‘facilitation payments’) die niettemin een oneerlijke economie en daardoor de armoede van de één en de rijkdom van de ander in stand houden.

⁵⁴ Dit kan bijvoorbeeld zo zijn wanneer het recht van een staat voor het bepalen van de rechtsmacht dubbele strafbaarheid eist voor feiten die begaan zijn in het buitenland.

Teneinde te bewerkstelligen dat de ambtenaar handelt of nalaaat te handelen met betrekking tot de uitoefening van overheidstaken⁵⁵

In tegenstelling tot bijvoorbeeld het hierna te bespreken EU-corruptieprotocol en het EU-corruptieverdrag, is de strafbaarstelling in het OECD-corruptieverdrag niet beperkt tot omkoping met als doel het bewerkstelligen een bepaald handelen of nalaten door de ambtenaar dat *in strijd is met diens plicht*. Voor strafbaarheid is volgens het verdrag wel vereist dat hetgeen de omkoper wil dat de ambtenaar doet of nalaaat betrekking heeft op ‘de uitoefening van overheidstaken’, maar dit handelen of nalaten hoeft niet strijdig te zijn met enige plicht of regelgeving. In het vierde lid onder c van artikel 1 is dit uitdrukkelijk vastgelegd door te bepalen dat onder ‘handelen of nalaten te handelen in de uitoefening van overheidstaken’ mede moet worden verstaan ‘iedere gebruikmaking van de functie van de ambtenaar, al dan niet binnen de bevoegdheid van de desbetreffende ambtenaar’. Het verdrag maakt derhalve geen onderscheid tussen verboden en toegestane gedragingen van de omgekochte persoon.

De officiële toelichting geeft als voorbeeld van ‘iedere gebruikmaking van de functie van de ambtenaar, al dan niet binnen de bevoegdheid van de desbetreffende ambtenaar’ het geval waarin de bestuurder van een onderneming een gift doet aan een hoge(re) ambtenaar, opdat die zijn invloed aanwendt – terwijl dit buiten zijn bevoegdheid ligt⁵⁶ – teneinde een andere ambtenaar te bewegen een contract toe te kennen aan de omkopende onderneming.⁵⁷ Deze constructie, waarbij een ambtenaar in ruil voor een gift een andere ambtenaar probeert over te halen om een dienst te verlenen aan de omkoper, is als ‘trading in influence’ in andere verdragen meer expliciet als strafbaarstelling opgenomen.⁵⁸ De ambtenaar wordt dan niet gevraagd een gedraging te verrichten die hoort bij zijn eigen bevoegdheid, maar een gedraging die hij kan verrichten door zijn hoedanigheid van (hoge) ambtenaar of door de invloed die hij als zodanig heeft.

Wel moet een zekere relatie bestaan met zijn functie als ambtenaar. Daden die geheel los staan van de functie van de ambtenaar vallen buiten de reikwijdte van het

⁵⁵ In de Nederlandse vertaling, zoals gepubliceerd in het Tractatenblad, is een fout gesloten. Om die reden is hier een eigen, betere vertaling gebezigd.

⁵⁶ In de toelichting wordt deze bijkomende voorwaarde genoemd, maar deze doet er blijkens de verdragstekst niet toe. Immers ook wanneer de eerste ambtenaar bevoegd is de tweede ambtenaar te beïnvloeden, valt de persoon die de eerste ambtenaar voor dat beïnvloeden een voordeel aanbiedt, belooft of geeft, onder het gestelde in artikel 1, vierde lid onder c.

⁵⁷ Paragraaf 19 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁵⁸ Artikel 12 van het corruptieverdrag van de Raad van Europa en artikel 18 van het corruptieverdrag van de VN. Zie hierna paragraaf 3.4.2.1.2 en paragraaf 3.5.4.2.

verdrag.⁵⁹ Gedacht moet worden aan handelingen die slechts worden vergemakkelijkt door de bijzondere positie van de ambtenaar. Zerbes geeft als voorbeeld de rechter die in beslag genomen goederen verduistert om die vervolgens te verkopen en de opbrengst in eigen zak te steken. Dit voorbeeld verduidelijkt nauwelijks iets. Overduidelijk is geen sprake van omkoping, want de rechter handelt op eigen houtje. De strafbaarheid van de rechter is geen onderdeel van het OECD-corruptieverdrag. Het verdrag ziet slechts op de strafbaarheid van een omkoper, maar die komt in dit voorbeeld niet voor.

Een beter voorbeeld is het geval waarin de (buitenlandse) rechter de buit deelt met een handlanger. Die handlanger kan de rechter tot de verduistering hebben aangezet of uitgelokt middels het aanbieden, beloven of geven van een voordeel. De uitlokkende handlanger valt volgens Zerbes in dit geval niet onder de strafbaarstelling van artikel 1 van het verdrag. Dat wil overigens uiteraard niet zeggen dat zijn gedrag geheel niet strafbaar is, maar er is geen sprake van buitenlandse omkoping zoals het OECD-corruptieverdrag bedoelt te bestrijden.

Om aldus zakelijk of enig ander ongeoorloofd voordeel te verkrijgen of te behouden

Het verkrijgen of behouden van zakelijk voordeel moet begrepen worden als het verkrijgen of behouden van wat in de volksmond ‘handel’ wordt genoemd. Het is een vertaling van het Engelse “(in order) to obtain or retain business”. Ik ben van mening dat ‘handel’ – in de zin van werk, contracten of opdrachten – een beter hanteerbare vertaling is van ‘business’ omdat daarmee het onderscheid met het “enig ander ongeoorloofd voordeel” (“or other improper advantage”) dat het verdrag noemt, duidelijker is. Dit wordt hierna toegelicht.

De officiële Engelse formulering “business or other improper advantage” doet concluderen dat zakelijk voordeel – handel – moet worden gezien als één van kennelijk meer mogelijke ongeoorloofde voordelen. Handel die verkregen is door omkoping, is volgens de OECD derhalve per definitie een ongeoorloofd voordeel.⁶⁰ De officiële toelichting noemt expliciet dat het niet uitmaakt of een bedrijf reeds de beste papieren had om een bepaalde opdracht (de handel) binnen te halen en zo bezien dus eigenlijk de terechte winnaar van een aanbestedingsprocedure is.⁶¹ Als het bedrijf heeft omgekocht, dan is het strafbaar, ongeacht het resultaat van de aanbesteding en de terechtheid van dat resultaat.

Bij “ander ongeoorloofd voordeel” moet volgens de officiële toelichting gedacht worden aan “iets waartoe de betreffende onderneming niet gerechtigd was.”⁶² Ter

⁵⁹ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 136-137.

⁶⁰ Vgl. idem, p. 150.

⁶¹ Paragraaf 4 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁶² Paragraaf 5 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

verduidelijking geeft de toelichting als voorbeeld een exploitatievergunning die verleend wordt aan een bedrijf dat niet voldoet aan de wettelijke vereisten. Dit voorbeeld verheldert weinig, wanneer ‘business’ wordt vertaald als ‘zakelijk voordeel’. Want ook het verkrijgen van een exploitatievergunning – de mogelijkheid een bedrijf uit te oefenen op een bepaalde plaats – kan niet anders worden gezien dan het verkrijgen van een *zakelijk* voordeel. Nog steeds wordt niet duidelijk wat dan dat andere – kennelijk *niet-zakelijke* – ongeoorloofde voordeel inhoudt.

Deze onduidelijkheid ontstaat (wederom) door de zwakke Nederlandse vertaling in het Tractatenblad van “to obtain or retain business” met “zakelijk [...] voordeel [...] te verkrijgen of te behouden”. Zoals hiervoor aangegeven is mijns inziens “handel” – in de zin van zakelijke contracten of opdrachten – een betere vertaling van het woord “business”. Dan wordt duidelijk dat met “ander ongeoorloofd voordeel” bedoeld wordt dat niet zozeer rechtstreeks werk, een contract of een opdracht verkregen of behouden wordt waarmee de omkoper geld verdient, maar dat bijvoorbeeld (onterecht) een exploitatievergunning wordt verkregen of behouden, die het de omkoper mogelijk maakt een bedrijf te starten (en daarmee vervolgens geld te verdienen). Het voordeel dat de omkoper verkrijgt of behoudt kan dus wel degelijk zakelijk van aard zijn.

Bij het verkrijgen of behouden van “ander ongeoorloofd voordeel” moet derhalve niet worden gedacht aan een ander soort voordeel dan zakelijk (oftewel een niet-zakelijk) voordeel, zoals de Nederlandse vertaling suggereert, maar aan ander voordeel dan handel. Het gaat in veruit de meeste gevallen juist wél om een zakelijk voordeel, zeker wanneer de omkoper een onderneming is. Moeilijk is immers voor te stellen dat een onderneming, die één-en-al ‘zakelijk’ is, een niet-zakelijk (on)geoorloofd voordeel kan hebben. Voor individuele natuurlijke personen kan een voordeel weliswaar persoonlijk zijn, maar voor een kunstmatig vehikel als een onderneming dat opgericht is met een zakelijk doel, is geen ander voordeel denkbaar dan een zakelijk voordeel.

Volgens Zerbes is de tekst van het verdrag zelfs beperkt tot zakelijk voordeel (“business advantage”).⁶³ Omkoping tot het verkrijgen van niet-zakelijk voordeel valt in haar optiek geheel buiten de reikwijdte van het verdrag. Als hiervan wordt uitgegaan, dan wordt ook de officiële toelichting bij het verdrag duidelijker. Die toelichting noemt immers een voorbeeld dat overduidelijk wel een zakelijk voordeel betreft (de exploitatievergunning), maar niet het (rechtstreeks) verkrijgen of behouden van een contract of opdracht, dus van handel. Geconcludeerd kan derhalve worden dat de buitenlandse omkoping die het OECD-corruptieverdrag beoogt strafbaar te stellen, gericht moet zijn op het verkrijgen of behouden van zakelijk voordeel, waaronder moet worden verstaan ‘handel’ – in de zin van werk, contrac-

⁶³ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 150-151.

ten en opdrachten – en andere zakelijke voordelen die niet rechtstreeks geld opleveren, maar die uiteindelijk wel het zakendoen bevorderen waardoor ze alsnog geld kunnen opleveren.

Deze conclusie wordt ook ondersteund door de tekst van het verdrag zelf, wanneer de passage ‘or other improper advantage’ wordt gelezen in combinatie met het daaropvolgende ‘in the conduct of international business’. Het ‘andere ongeoorloofde voordeel’ moet dus wel verkregen worden in de uitoefening van internationaal zakendoen. Deze laatste passage, die hieronder nader wordt besproken, geeft het kader aan waarbinnen het verdrag zijn werking heeft.

Uit internationale zakelijke transacties

Een belangrijke voorwaarde voor strafbaarheid die meteen een enorme beperking van de reikwijdte van het verdrag inhoudt, is het vereiste verband van de omkoping met de uit *internationale* zakelijke transacties te verkrijgen of behouden voordelen. De Engelse tekst “in the conduct of international business” werd aanvankelijk in Nederland uitgelegd als “internationaal handelsverkeer.”⁶⁴ Dit bleek een te beperkte uitleg te zijn volgens de OECD.⁶⁵ Volgens de OECD was “internationale zakelijke transacties” een breder concept dan “internationale handel”. Van de internationale aanbesteding van de bouw van een brug bijvoorbeeld kan, wanneer een beperkte uitleg van ‘handel’ wordt gehanteerd, gemeend worden dat die hier niet onder valt.⁶⁶ Dit zou kunnen betekenen, zo vreesde de OECD, dat buitenlandse omkoping bij dergelijke aanbestedingen niet zou kunnen worden vervolgd in Nederland. Dit probleem bestaat niet bij het ruimere concept dat door de OECD en inmiddels ook door Nederland wordt gehanteerd.

De in het Tractatenblad gehanteerde vertaling “uit internationale zakelijke transacties” is overigens eveneens geen letterlijke vertaling van “in the conduct of international business”, maar sluit daar wel beter bij aan. ‘Internationaal zakendoen’ dekt mijns inziens ook de lading.

Ten overvloede zij vermeld dat de hiervoor genoemde ongeoorloofde voordelen in een internationaal verband verkregen of behouden moeten worden, of althans getracht worden te verkrijgen. Nationale aangelegenheden vallen niet onder deze strafbepaling. Indachtig de doelstelling van de OECD is dit een logische beperking.

⁶⁴ ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie’, 2002A009, *Stcrt.* 2002, 206, p. 9.

⁶⁵ OECD Phase 2 report on the Netherlands, onder punt 169, p. 50. Zie voor de bespreking van deze rapportage nader hoofdstukken zes en zeven.

⁶⁶ Hiervoor werd duidelijk dat ik de mening van de OECD op dit punt niet deel en juist een ruime betekenis toeken aan de term ‘handel’. Wel deel ik de mening dat het gebruik van termen als ‘internationale handel’ of ‘internationaal handelsverkeer’ in een aanwijzing voor de opsporing en vervolging mogelijk verkeerd kan worden uitgelegd als internationale handel in roerende goederen en waardepapieren.

De aanpak van nationale criminaliteit die slechts de nationale handel beïnvloedt, valt niet onder het takenpakket van de OECD.

3.2.2.3.2 Strafbare deelnemingsvormen en poging

Het tweede lid van artikel 1 schrijft partijstaten voor ‘*alle noodzakelijke maatregelen [te nemen] om vast te leggen dat medeplichtigheid, waaronder begrepen uitlokking en hulp aan of goedkeuring van omkoping van een buitenlandse ambtenaar een misdrijf is.*’⁶⁷ Het verdrag noch de officiële toelichting schrijft een bepaalde invulling van deze begrippen voor. Ze moeten worden ingevuld conform de betekenissen die de verschillende nationale rechtssystemen eraan geven, aldus de officiële toelichting. Wanneer een staat de strafbaarheid van één of meer van deze deelnemingsvormen niet kent, dan hoeft die staat deze niet speciaal voor het delict van buitenlandse omkoping in zijn nationale recht te introduceren.⁶⁸ Dit kan tot gevolg hebben dat bepaalde vormen van deelneming aan buitenlandse omkoping in de ene partijstaat niet strafbaar zijn en in de andere wel.

Artikel 1 lid 2 van het OECD-corruptieverdrag bepaalt voorts nog dat poging en samenspanning tot omkoping van een buitenlandse ambtenaar door partijstaten in dezelfde mate strafbaar dient te worden gesteld als poging en samenspanning tot omkoping van een ambtenaar van de desbetreffende (eigen) staat. Ook hier sluit het verdrag dus aan bij hetgeen in de partijstaten reeds geldend recht is.

Belangrijk is op te merken dat de OECD al vrij snel spreekt van een voltooid delict. Dat blijkt reeds uit de strafbaarstelling die hierboven uitvoerig besproken is. Immers is niet slechts het *geven* van enig voordeel aan een buitenlandse overheidsfunctionaris een strafbaar feit, maar ontstaat die strafbaarheid reeds bij het aanbieden of beloven van dat voordeel. Dat impliceert dat voor strafbaarheid van de omkoper niet is vereist dat de overheidsfunctionaris het voordeel ook daadwerkelijk heeft aangenomen.

Het verdrag stelt dus niet alleen het “omkopen”, maar ook het “proberen om te kopen” van een buitenlandse overheidsfunctionaris strafbaar. Deze ruime strafbaarstelling laat weinig ruimte over voor een onvoltooid variant van het delict.⁶⁹ Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een voltooid delict is dan ook niet gebaseerd op de schade die door het strafbare feit ontstaat, maar door het gevaar dat de omkoper in het leven roept. Door zijn gedrag richt hij een aanval op de integriteit van de betrokken overheidsfunctionaris en brengt hij derhalve diens integriteit en die van de gehele overheid in gevaar.

⁶⁷ Nederlandse vertaling van artikel 1 lid 2, afkomstig uit *Trb.* 1998, 219, p. 3.

⁶⁸ Paragraaf 11 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁶⁹ In paragraaf 5.5.1.6 wordt ingegaan op de mogelijkheid van poging tot omkoping onder het Nederlandse recht. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen kan sprake zijn van poging tot omkoping.

3.2.2.4 (Overige) beperkingen van strafbaarheid

Beperkte doelstelling van de OECD

In paragraaf 3.2.2.2 is reeds aan de orde gekomen dat de reikwijdte van het OECD-instrumentarium beperkt is. Een intrinsieke beperking is gelegen in het feit dat de OECD nu eenmaal een economische samenwerkings- en ontwikkelingsorganisatie is. Dat brengt met zich mee dat ieder instrument dat in OECD-verband tot stand komt gekleurd en beperkt is door het doel van economische samenwerking en ontwikkeling. Het doel van de OECD is de bescherming van de grensoverschrijdende handel, de organisatie wil zich conform haar mandaat zo min mogelijk bemoeien met binnenlandse markten. De strafbaarheid van binnenlandse omkoping is een binnenlandse aangelegenheid, harmonisering op dit punt laat de OECD over aan organisaties die harmonisatie van het recht in het algemeen nastreven, zoals de Raad van Europa en andere regionale organisaties.⁷⁰ Een aantal beperkingen van het verdrag is rechtstreeks op het beperkte mandaat van de OECD terug te voeren, zoals de beperking tot (omkoping bij) internationale zakelijke transacties.

Alleen 'hard law'

Daarnaast is een aantal beperkingen het gevolg van de wens slechts sterke bepalingen in het verdrag op te nemen, zogenaamde 'hard law'-bepalingen. Bepalingen die slechts een aanbeveling voor partijstaten inhielden – zogenaamde 'soft law'-bepalingen – wilde men zoveel mogelijk vermijden. Dit speelde onder andere bij de vraag of het verdrag ook moest verplichten tot strafbaarstelling van passieve omkoping, zoals hierna nog aan de orde komt. Men had liever een beperkt verdrag met slechts verplichtende bepalingen dan een omvangrijk verdrag met veel bepalingen die staten slechts als aanbeveling werden voorgelegd. Die aanbevelingen had de OECD immers al in een aparte aanbeveling, de 1997-Recommendation, neergelegd. Bepalingen waarover geen overeenstemming kon worden bereikt, haalden het verdrag derhalve in het geheel niet.

Alleen actieve omkoping

Het verdrag is voorts beperkt in die zin dat het slechts verplicht tot strafbaarstelling van de gedraging van de omkoper. Hoewel het ontvangen van en vragen naar giften, diensten en beloften (passieve omkoping) minstens zo verwerpelijk is als het aanbieden van deze voordelen, zijn eerstgenoemde gedragingen (ontvangen en vragen) bewust buiten beschouwing gelaten. Bestrafing van de begunstigde ambtenaar wordt overgelaten aan de staat die de schade heeft geleden door de omkoping,⁷¹ al

⁷⁰ M. Pieth, 'Introduction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (red.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 23.

⁷¹ M. Pieth, 'Die Strafbarkeit der aktiven Bestechung ausländischer Beamter' in: M. Pieth en P. Eigen (red.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr: Bestandesaufnahme, Bekämpfung, Prävention*, Niewied/Kriftel: Luchterhand 1999, p. 346.

blijkt dit niet expliciet uit het verdrag, noch uit de officiële toelichting daarbij. Andere verdragen noemen wel de strafbaarheid van de – in het buitenland omgekochte – buitenlandse ambtenaar in het thuisland van de omkoper, maar deze strafbaarheid wordt niet dwingend voorgeschreven.⁷² Staten kunnen het overnemen van een dergelijke verdragsbepaling eenvoudig achterwege laten en de meeste hebben dat dan ook gedaan.

De OECD heeft mijns inziens terecht afgezien van het opnemen in het verdrag van een strafbaarstelling van het gedrag van de omgekochte buitenlandse ambtenaar, omdat onvermijdelijk conflicten zouden optreden met betrekking tot welke beroepen aan te merken zijn als (buitenlands) ‘ambtenaar’ of ‘public official’. Zoals hierboven is besproken, vult iedere staat dit begrip anders in voor wat betreft zijn nationale ambtenaren. Voor de strafbaarstelling *actieve* buitenlandse omkoping vormt dit geen probleem. Vrij gemakkelijk kan dan gewerkt worden met een autonome definitie van ‘buitenlands ambtenaar’ om te bepalen of de omkoper een strafbaar feit heeft begaan. Het is niet de ambtenaar zelf die met straf bedreigd wordt, maar degene die een ambtenaar omkoopt. De rechtsgelijkheid noch de rechtszekerheid komt in gevaar door een dergelijke strafbaarstelling. Het verdrag verplicht eenvoudigweg tot strafbaarstelling van omkoping van personen die onder de definitie van ‘buitenlands ambtenaar’ vallen. Dat geldt voor alle onderdanen van alle partijstaten, mits die allemaal dezelfde autonome definitie van buitenlandse ambtenaar hanteren. Bij passieve omkoping ligt dit anders. Moeilijk is immers vol te houden dat een persoon, die geen ambtenaar is naar het recht in eigen land, kan worden vervolgd in een ander land omdat hij zich *als ambtenaar* (volgens het recht van dat andere land) heeft laten omkopen. Wanneer de persoon in eigen land niet als ambtenaar wordt aangemerkt, kan het zijn dat zijn gedrag – het als niet-ambtenaar aannemen van een onverschuldigd voordeel – in eigen land niet strafbaar is. Het kan voorkomen dat een persoon in eigen land X volgens het daar geldende nationale (straf)recht niet wordt gezien als ambtenaar, maar tegelijkertijd wel valt onder de definitie van buitenlandse ambtenaar die land Y hanteert. Wanneer hij dan wordt omgekocht door een landgenoot, dan maakt hij zich niet schuldig aan ambtelijke omkoping,⁷³ maar wanneer een onderdaan van land Y hem omkoopt, zou dat wel het geval zijn.⁷⁴

⁷² Zie bijvoorbeeld artikel 16 lid 2 van het VN Verdrag tegen corruptie en artikel 5 jo artikel 3 van het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie van de Raad van Europa. De rechtsmachtbepalingen in dezelfde verdragen beperken de ver gaande werking van de bepaling echter weer. Voor een nadere bespreking van deze verdragen wordt verwezen naar de paragrafen 3.5.4 respectievelijk 3.4.2.

⁷³ Hij maakt zich weliswaar misschien wel schuldig aan een ander delict, maar dat doet voor dit voorbeeld niet ter zake.

⁷⁴ In dat geval lijkt het overigens zeer onwaarschijnlijk dat land X de uitlevering van deze persoon (onderdaan van land X) aan land Y zal bevelen opdat hij daar wordt berecht. Behalve dat de uitlevering van eigen onderdanen hoe dan ook niet zonder meer geschiedt,

Wordt een persoon nu wel als ambtenaar aangemerkt in eigen land, dan zal hij vrijwel in elk land onder enige strafbaarstelling vallen wanneer hij zich laat omkopen, aangezien passieve omkoping inmiddels in veruit de meeste landen ter wereld op de een of andere manier strafbaar gesteld is. Mocht dit onverhoopt toch niet zo zijn, dan verandert het OECD-corruptieverdrag daar niets aan. Het verdrag heeft geen verplichting willen opleggen aan de partijstaten om buitenlandse ambtenaren te vervolgen die in het buitenland zijn omgekocht.

Het bovenstaande sluit echter geenszins de mogelijkheid voor partijstaten uit om wel rechtsmacht te vestigen ten aanzien van buitenlandse ambtenaren die zich laten omkopen in het buitenland. Het bleek echter niet haalbaar deze ver gaande rechtsmacht te regelen in het OECD-corruptieverdrag. Dit zou hooguit lukken in de vorm van een 'soft law'-bepaling, maar dit wilde men zoals gezegd in het OECD-corruptieverdrag zoveel mogelijk vermijden.

Alleen ambtelijke omkoping

Slechts de strafbaarheid van *ambtelijke* omkoping is in het verdrag opgenomen. Hoewel geprobeerd is ook een verplichting tot strafbaarstelling van niet-ambtelijke, private omkoping in het verdrag op te nemen, valt dit vooralsnog buiten het bereik ervan. Pogingen worden nog steeds ondernomen, mede door aandringen van de International Chamber of Commerce (ICC).⁷⁵

Alleen omkoping vooraf

De tekst van artikel 1 lijkt slechts te verplichten tot strafbaarstelling omkoping 'vooraf, dat wil zeggen het aanbieden, beloven of geven van een omkoopmiddel *voordat* (en opdat) de buitenlandse ambtenaar een wederdienst verricht. Van giften die worden gedaan aan een ambtenaar nadat hij een – voor de gever gunstige – beslissing heeft genomen, kan vaak moeilijk worden aangetoond dat zij naar aanleiding van een belofte (vooraf) worden gedaan. De belofte is vaak mondeling gedaan en ongedocumenteerd, waardoor die niet of nauwelijks te bewijzen is. Het verdrag laat staten uiteraard vrij om tevens deze omkoping achteraf strafbaar te stellen, maar bevat dus geen verplichting daartoe.⁷⁶ Mijns inziens doet deze beperking aanzienlijk afbreuk aan de kracht van het verdrag. Staten die besluiten omkoping achteraf niet strafbaar stellen, laten een enorme maas in de wet bestaan, waar men graag gebruik van zou willen maken. Door het ontbreken in het verdrag van een verplichting tot strafbaarstelling van omkoping achteraf kan de OECD bij de evalu-

is de uitlevering van onderdanen wegens in het buitenland begane feiten die in eigen land niet strafbaar zijn al helemaal een rareiteit.

⁷⁵ De strafbaarheid van private of niet-ambtelijke omkoping valt buiten het bestek van dit onderzoek.

⁷⁶ I. Zerbis, 'Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 111.

atie⁷⁷ van landen die een dergelijke strafbaarstelling niet kennen, niet wijzen op het ontbreken van die strafbaarstelling in het nationale recht.

‘Facilitation payments’ niet strafbaar

In de officiële toelichting⁷⁸ bij het OECD-corruptieverdrag is een uitzondering van andere aard gemaakt op de reikwijdte van de strafbaarstelling. Het betreft hier de omvang van de omkoping. De tekst van het verdrag zelf lijkt geen beperking te kennen voor wat betreft de grootte van de omkoopsom, de status, macht en invloed van de omgekochte ambtenaar en de grootte van de schade die de omkoping veroorzaakte. De toelichting bij het verdrag biedt staten echter de mogelijkheid om ‘small “facilitation” payments’ buiten het bereik te houden van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping. Volgens de toelichting zijn dergelijke kleine faciliterende betalingen, die dienen ter versoepeling van de samenwerking met de overheid van een land, niet te beschouwen als betalingen die gedaan zijn om ‘handel’ of enig ander ongeoorloofd voordeel te verkrijgen of te behouden en vallen ze reeds daarom buiten het bereik van het verdrag. Ze hebben slechts een faciliterende, ondersteunende rol en dienen slechts om de ambtenaren te bewegen om het werk te doen dat ze eigenlijk toch al moeten doen, aldus de officiële toelichting. Daarbij kan gedacht worden aan het verstrekken van licenties of vergunningen. Het aannemen van deze betalingen zal in het algemeen verboden zijn in het land van de ambtenaar. Maar het is aan dat land om de integriteit van zijn eigen ambtenaren te verbeteren.

Volgens de toelichting bij het verdrag kunnen en moeten andere landen deze corrupte praktijk wel aanpakken, maar ligt een criminalisering van de gedraging van degene die de ‘facilitation payment’ doet minder voor de hand. Beter is het om programma’s te ondersteunen die de overheden van het betreffende land onderwijzen in goed bestuur (‘good governance’), zo luidt de toelichting. Hoewel bij grotere betalingen (welke niet als facilitation payment zijn aan te merken) dus juist de betaler van de steekpenning(en) wordt aangepakt en slachtofferstaten feitelijk vrij worden gelaten in hun keuze of ze de ontvanger van de steekpenning vervolgen – het verdrag zegt daar namelijk niets over – is het bij facilitation payments precies andersom: de aandacht moet niet op de omkoper, maar op de slachtofferstaat worden gericht. Feitelijk wordt in beide gevallen hetzelfde doel nagestreefd. Steeds wordt immers de staat die slachtoffer is van de omkoping geholpen bij de bestrijding ervan.

Over de maximumhoogte in absolute zin van bedragen die nog als facilitation payment kunnen of mogen worden aangemerkt laat het verdrag noch de officiële toelichting zich uit. Het verdrag laat hiermee gevaarlijk veel ruimte bestaan voor omkoping die vermomd is als facilitation payment. De OECD lijkt dit nadien ook te hebben onderkend want in de 2009-Recommendation worden partijstaten geadvi-

⁷⁷ De monitoring van het OECD-corruptieverdrag wordt besproken in hoofdstuk vier.

⁷⁸ Paragraaf 9 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

seerd hun beleid ten aanzien van de toelaatbaarheid van facilitation payments periodiek te herzien en worden bedrijven aangemoedigd geheel af te zien van facilitation payments.⁷⁹ In de 2009-Recommendation wordt de “corrosieve werking” van facilitation payments op duurzame economische ontwikkeling en op de rule of law erkend. Kennelijk is gebleken dat de facilitation payments toch niet altijd slechts kleine betalingen zijn.

Het toestaan van facilitation payments is één van de elementen die kennelijk is overgenomen uit de FCPA, de Amerikaanse nationale wet waarop het OECD-corruptieverdrag grotendeels is gebaseerd. De VS is één van de weinige partijstaten bij het OECD-corruptieverdrag die facilitation payments toestaan. In de VS ligt de toelaatbaarheid van deze uitzondering reeds langer onder vuur, aangezien die slecht past binnen het overigens zo strenge beleid voor corruptiebestrijding.⁸⁰ De vervolgende autoriteiten lijken de uitzondering voor facilitation payments ook beperkt toe te passen. Hierna in paragraaf 3.2.3 wordt bij de bespreking van een aantal overeenkomsten van het OECD-corruptieverdrag met de FCPA nader ingegaan op de Amerikaanse houding ten aanzien van facilitation payments.

Met haar afkeurende beleid ten aanzien van de uitzondering van facilitation payments sinds 2009 wil de OECD dat de boodschap die zij beoogt uit te dragen duidelijker en eenduidiger wordt. Het kan niet zo zijn dat het verdrag enerzijds *alle* westerse bedrijven wil verbieden nog langer steekpenningen te betalen (in het buitenland) opdat een level playing field ontstaat waarin bedrijven op een eerlijke manier concurreren en het voor buitenlandse ambtenaren niet langer loont om naar steekpenningen te vragen, maar anderzijds tegelijkertijd bepaalde (kleinere) steekpenningen toch worden toegestaan of ten minste gedoogd. Daarmee blijft de deur open voor die ambtenaren om naar steekpenningen te vragen.

Een afschaffing van de toelaatbaarheid van facilitation payments geeft ook meer duidelijkheid aan bedrijven. Zij hebben bovendien uiteindelijk ook meer profijt van een wereldwijd verbod van *alle* omkoping. Uit een enquête uit 2009 bleek het overgrote deel van de ondervraagde internationaal actieve ondernemingen van mening dat een algeheel (en wereldwijd) verbod op facilitation payments hun werk een stuk gemakkelijker zou maken.⁸¹

Ik ben van mening dat facilitation payments toegestaan moeten zijn zolang de betalingen niet als ‘undue’ kunnen worden aangemerkt (en dus ‘due’ zijn). Het toestaan van bepaalde faciliterende betalingen is naar mijn mening dan ook gebaseerd op het feit dat ze niet zijn aan te merken als een undue advantage, zoals hiervoor bespro-

⁷⁹ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions van 26 november 2009, onder VI.

⁸⁰ Zie voor deze kritiek bijvoorbeeld R. Koch, ‘The Foreign Corrupt Practices Act: It’s time to cut back the grease and add some guidance’, *Boston College International & Comparative Law Review*, 2005, Vol. 28, p. 379-403.

⁸¹ Trace Facilitation Payments Benchmarking Survey, oktober 2009. Te raadplegen via <www.complianceweek.com/s/documents/TRACEFacilitatePay.pdf>.

ken in paragraaf 3.2.2.3.1. Dit is ook de invalshoek die bijvoorbeeld bij het hierna te bespreken anticorruptieverdrag van de Raad van Europa is gekozen.⁸²

3.2.2.5 Sancties

Artikel 3

1. *Op omkoping van een ambtenaar worden doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen gesteld. De toepasselijke straffen zullen vergelijkbaar zijn met die welke van toepassing zijn op omkoping van ambtenaren van de Partij zelf, waar het natuurlijke personen betreft, is hieronder tevens begrepen vrijheidsbeneming die toereikend is om doeltreffende wederzijdse rechtshulp en uitlevering mogelijk te maken.*
2. *Ingeval volgens het rechtssysteem van een Partij strafrechtelijke aansprakelijkheid niet van toepassing is op rechtspersonen, verzekert de desbetreffende Partij dat rechtspersonen ten aanzien van omkoping van buitenlandse ambtenaren onderworpen zijn aan doeltreffende, evenredige en afschrikkende niet-strafrechtelijke sancties, met inbegrip van geldboetes.*
3. *Iedere Partij neemt de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat het omkoopmiddel en de opbrengsten van omkoping van een buitenlandse ambtenaar, of goederen waarvan de waarde overeenkomt met die van deze opbrengsten, in beslaggenomen of geconfisqueerd kunnen worden, of ervoor te zorgen dat geldboetes met vergelijkbaar resultaat opgelegd kunnen worden.*
4. *Iedere Partij overweegt het opleggen van bijkomende civielrechtelijke of administratiefrechtelijke sancties tegen een persoon die onderworpen is aan sancties wegens omkoping van een buitenlandse ambtenaar.*⁸³

Strafrechtelijke sancties

Partijen bij het OECD-corruptieverdrag dienen te zorgen voor strafrechtelijke sancties die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, zo volgt uit artikel 3 lid 1 van het verdrag. De straffen moeten vergelijkbaar zijn met de straffen die op omkoping van de eigen nationale ambtenaren zijn gesteld. Een minimumvereiste is dat voor de omkoper die een natuurlijk persoon is, tevens een vrijheidsstraf moet kunnen worden opgelegd die van dien aard en zwaarte is dat effectieve wederzijdse rechtshulp⁸⁴ en uitlevering mogelijk is, aldus artikel 3 lid 1. Staten die niet de mogelijkheid kennen om rechtspersonen strafrechtelijk te sanctioneren, hoeven deze mogelijkheid niet in het leven te roepen, maar dienen dan wel voor het bestaan van doeltreffende, evenredige en afschrikkende niet-strafrechtelijke sancties te zorgen waaronder in ieder geval geldboetes moeten worden begrepen, zo is neergelegd in

⁸² Zie paragraaf 3.4.2.1.1.

⁸³ Nederlandse vertaling zoals gepubliceerd in *Trb.* 1998, 219, p. 3-4.

⁸⁴ Wederzijdse rechtshulp wordt hierna afzonderlijk besproken in paragraaf 3.6.

het tweede lid van artikel 3. Kennelijk wordt hier bedoeld op bestuursrechtelijke geldboetes zonder een strafrechtelijke aard.

De OECD streeft dus geen harmonisering na op het punt van de sanctionering van buitenlandse omkoping. Landen lijken grotendeels vrij te worden gelaten in hun keuze hoe buitenlandse omkoping te straffen. De formulering van artikel 3 lid 1 en 2 laat daar veel ruimte voor.

De ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’-formule is overgenomen uit het Europese Gemeenschaps- en Unierecht. De opstellers van het OECD-corruptieverdrag haalden hun inspiratie rechtstreeks uit het EU-corruptieprotocol,⁸⁵ dat hierna aan de orde komt. Voor de bespreking van wat in EU-verband wordt verstaan onder deze sanctie-eis wordt derhalve verwezen naar paragraaf 3.3.1.5. Hier komt slechts de betekenis en uitwerking ervan in OECD-verband aan de orde. Het overnemen van de formule van de EU was niet de enige optie die is onderzocht door de werkgroep die met de voorbereiding van het verdrag was belast. Overwogen is ook de formulering van concrete strafhoogtes, waarbij gedacht werd aan vrijheidsstraffen van drie tot vijf jaren en in zwaardere gevallen tot tien jaren.⁸⁶ Hiervan werd echter afgezien, omdat een dergelijke harmonisatie niet paste in het na te streven doel van ‘functional equivalence’ dat in het gehele verdrag wordt gehanteerd. Ook in het vereiste dat de vrijheidsstraffen die gelden voor buitenlandse omkoping (ten aanzien van natuurlijke personen) van dien aard en zwaarte zijn dat effectieve wederzijdse rechtshulp en uitlevering mogelijk is, toont zich het uitgangspunt van functionele gelijkwaardigheid, namelijk dat in ieder land buitenlandse omkoping een delict is waarvoor rechtshulp en uitlevering mogelijk is. Straffen moeten weliswaar zoveel mogelijk gelijkwaardig zijn in de verschillende partijstaten, maar de sancties moeten ook in verhouding zijn met de maximumstraffen die voor andere delicten gelden in een partijstaat. Het ‘sanctieklimaat’ verschilt van staat tot staat. Bovendien wordt niet in elke staat een gelijk deel van de straf daadwerkelijk ten uitvoer gelegd, omdat vrijwel elke staat andere regels ten aanzien van vervroegde invrijheidstelling kent.

De officiële toelichting bij het verdrag geeft geen aanwijzingen over hoe de eerste twee leden van artikel 3 moeten worden uitgelegd. Het interpreteren van de betekenis van deze bepalingen en de verdere uitwerking van het verdrag in zijn geheel is opgedragen aan de OECD Working Group on Bribery (hierna: WGB). Deze werkgroep, die in het vorige hoofdstuk reeds kort aan de orde kwam, is belast met het anti-omkopingsbeleid van de OECD. In het vierde hoofdstuk van dit proefschrift bij de bespreking van de monitoring van de OECD-regelgeving wordt meer inhoudelijk ingegaan op het werk van deze werkgroep.

⁸⁵ P.J. Cullen, ‘Article 3: Sanctions’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 212.

⁸⁶ Idem.

Ontneming

Het derde lid van artikel 3 dwingt partijstaten de noodzakelijke maatregelen te nemen opdat “het omkoopmiddel en de opbrengsten van omkoping van een buitenlandse ambtenaar, of goederen waarvan de waarde overeenkomt met die van deze opbrengsten, in beslag genomen of geconfisqueerd kunnen worden, of ervoor te zorgen dat geldboetes met vergelijkbaar resultaat opgelegd kunnen worden.” Volgens de toelichting moet onder opbrengsten van omkoping worden verstaan “de winsten of andere voordelen welke door de omkoper zijn verkregen uit de transactie of ander ongepast voordeel dat is verkregen of behouden door omkoping.”⁸⁷ Deze bepaling geldt onverminderd de eventuele rechten van slachtoffers op vergoeding.⁸⁸ Buitenlandse omkoping (die ontdekt wordt) mag dus op geen enkele wijze lonen.

Civiele of administratieve sancties

In het vierde lid van artikel 3 van het OECD-corruptieverdrag worden de mogelijkheden van civiel- en administratiefrechtelijke sancties – in de vorm van ‘soft law’ – aan de staten ter overweging voorgelegd. De officiële toelichting bij deze bepaling gaat slechts in op dergelijke sancties ten aanzien van rechtspersonen. Blijkens de toelichting wordt met deze maatregelen gedoeld op andere maatregelen dan de niet-strafrechtelijke geldboetes die reeds in het tweede lid van artikel 3 genoemd zijn. De toelichting geeft als voorbeelden van dergelijke sancties:

- de uitsluiting van het recht op overheidssubsidies of -steun;
- de tijdelijke of permanente uitsluiting van deelname aan openbare aanbestedingen of van het uitoefenen van andere commerciële activiteiten; en
- een rechterlijk bevel tot ontbinding van de rechtspersoon.⁸⁹

De toelichting gaat niet in op de civiele of administratieve sancties die ten aanzien van natuurlijke personen zouden kunnen worden opgelegd. De bepaling lijkt dan ook voornamelijk gericht te zijn op rechtspersonen die immers in bepaalde landen niet door middel van het strafrecht kunnen worden aangesproken.

3.2.2.6 Rechtsmacht

Artikel 4

1. *Iedere Partij neemt de noodzakelijke maatregelen om rechtsmacht te vestigen ten aanzien van omkoping van een buitenlandse ambtenaar wanneer het strafbaar feit geheel of gedeeltelijk op haar grondgebied wordt gepleegd.*

⁸⁷ Paragraaf 21 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁸⁸ Paragraaf 22 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁸⁹ Paragraaf 24 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

2. *Iedere Partij die bevoegd is om haar onderdanen te vervolgen wegens in het buitenland gepleegde strafbare feiten neemt de noodzakelijke maatregelen om rechtsmacht te vestigen ten aanzien van de vervolging van omkoping van een buitenlandse ambtenaar, in overeenstemming met dezelfde beginselen.*
3. *Indien meer dan één Partij bevoegd is inzake een vermoedelijk strafbaar feit dat in dit Verdrag wordt beschreven, plegen de betrokken Partijen op verzoek van één van hen overleg ten einde vast te stellen wie van hen het meest in aanmerking komt om vervolging in te stellen.*
4. *Iedere Partij heroverweegt of de basis waarop zij thans bevoegd is, doeltreffend is bij de bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren, en neemt, indien dit niet het geval is, maatregelen tot verbetering.⁹⁰*

Hoewel het verdrag enerzijds beperkte werking heeft, dwingt het anderzijds staten die partij zijn hun rechtsmacht aanzienlijk uit te breiden met betrekking tot de door het verdrag voorgeschreven strafbare feiten. Artikel 4 bevat hiertoe een aantal dwingende bepalingen met betrekking tot de door partijstaten te vestigen rechtsmacht ten aanzien van die feiten. Het artikel is het resultaat van een compromis na lange onderhandelingen die voorafgingen aan de sluiting van het verdrag.⁹¹ Dit verklaart de enigszins voorzichtige tekst van met name het tweede artikellid.

Lid 1 lijkt niet heel bijzonder. De bepaling dwingt iedere partij bij het verdrag tot het nemen van “de noodzakelijke maatregelen om rechtsmacht te vestigen ten aanzien van omkoping van een buitenlandse ambtenaar wanneer het strafbaar feit geheel of gedeeltelijk op haar grondgebied wordt gepleegd.” Iedere persoon, van welke nationaliteit dan ook, die in een staat die partij is bij het OECD-corruptieverdrag, een ambtenaar van welk land dan ook omkoopt, is in die partijstaat strafbaar voor buitenlandse omkoping. De nationaliteit van de plegers is niet relevant, zij hoeven geen onderdaan te zijn van een staat die partij is bij het OECD-corruptieverdrag. Dus wanneer bijvoorbeeld een Keniaanse burger of onderneming een Oegandese ambtenaar omkoopt – beide landen zijn geen partij bij het OECD-corruptieverdrag – en die omkoping vindt (deels) plaats in Nederland – dat wel partij is bij het OECD-corruptieverdrag – dan moet die Keniaan ingevolge artikel 4 eerste lid in Nederland vervolgd kunnen worden voor actieve omkoping. Wellicht ten overvloede zij nogmaals vermeld dat het verdrag zich slechts richt op de gedraging van de omkoper. Het zegt dus niets over de strafbaarheid in Nederland van Oegandese ambtenaar. Die kan best strafbaar zijn in Nederland (en is dat ook, zo blijkt in hoofdstuk vijf), maar dat is dan niet gebaseerd op enige verplichting uit het OECD-corruptieverdrag.

⁹⁰ *Trb.* 1998, 219, p. 4.

⁹¹ M. Pieth, ‘Article 4: Jurisdiction’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 272-273.

De basis voor rechtsmacht is in dit geval het territorium van de partijstaat. Er moet een verbinding zijn met het topografische gebied waarbinnen en waarover de partijstaat zijn soevereine (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende) macht uitoefent. Zoals in paragraaf 5.5.1.8 nog nader aan de orde komt, is deze vorm van rechtsmacht op basis van het zogeheten territorialiteitsbeginsel de meest elementaire vorm van rechtsmacht die het recht kent.

De reikwijdte van het eerste lid van artikel 4 wordt opgerekt door opneming van de voorwaarde dat de omkoping geheel *of gedeeltelijk* moet zijn gepleegd op het grondgebied van een partijstaat om binnen de rechtsmacht van de betreffende partijstaat te vallen. Men kan zich afvragen hoe groot dat gedeelte dient te zijn. De officiële toelichting bij de bepaling luidt dat de territoriale basis voor rechtsmacht ruim geïnterpreteerd dient te worden, zodat een ‘extensieve fysieke connectie met de omkoping’ niet vereist is.⁹² Het gedeelte hoeft derhalve niet groot te zijn. Voor het overige lijken partijstaten vrij te worden gelaten in het bepalen van de reikwijdte van hun rechtsmacht. Staten kunnen bepalen dat de plaats van plegen bepalend is voor de plaats van het delict, of de plaats waar het plegen begon, maar ook kan bepalend zijn de plaats waar het resultaat van het gepleegde delict of de schade ervan optreedt. De WGB tracht partijstaten (uiteraard) te stimuleren de rechtsmacht zo ruim mogelijk te definiëren. De FCPA, de anticorruptiewet in de VS die in paragraaf 3.2.3 op een aantal punten wordt vergeleken met het OECD-corruptieverdrag, is een voorbeeld van een wet die slechts een minimale connectie met het grondgebied eist om rechtsmacht te vestigen ten aanzien van buitenlandse omkoping.

Het tweede lid van artikel 4 is zoals gezegd voorzichtig geformuleerd en houdt slechts een verplichting in voor partijstaten die het actieve nationaliteitsbeginsel kennen en dus bevoegd zijn om hun eigen onderdanen te vervolgen voor strafbare feiten die de onderdanen hebben gepleegd in het buitenland. Die staten worden verplicht de noodzakelijke maatregelen te nemen “om rechtsmacht te vestigen ten aanzien van de vervolging van omkoping van een buitenlandse ambtenaar, in overeenstemming met dezelfde beginselen.”⁹³ Staten die dit beginsel niet kennen, hoeven niet speciaal voor dit verdrag hun rechtssysteem om te gooien. Staten die een beperkte variant van het actief nationaliteitsbeginsel kennen, bijvoorbeeld afgezwakt door de eis van dubbele strafbaarheid, mogen dit ook handhaven voor wat betreft buitenlandse corruptie.⁹⁴ Deze eis van dubbele strafbaarheid kan eventueel de strafbaarheid van de omkoper wel uitsluiten. Wanneer in het land van de omgekochte ambtenaar het omkopen van ambtenaren geen strafbaar feit is, is de omkoper in eigen land (dat partij is bij het OECD-corruptieverdrag en dat de eis van dubbele strafbaarheid kent) niet vervolgbaar wegens die omkoping.

⁹² Paragraaf 25 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

⁹³ Nederlandse vertaling van het OECD-corruptieverdrag, *Trb.* 1998, 219, p. 4.

⁹⁴ Paragraaf 26 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

Tijdens de onderhandelingen is het niet gelukt de toepassing van het actieve nationaliteitsbeginsel ten aanzien van buitenlandse omkoping dwingend op te leggen aan alle partijstaten. Met name landen met een rechtssysteem gebaseerd op 'common law', verzetten zich hiertegen⁹⁵ omdat in die jurisdicties de soevereiniteit van de staat voornamelijk gebaseerd is op het territorialiteitsbeginsel.⁹⁶ In de hoop dat toch zoveel mogelijk staten het actieve nationaliteitsbeginsel zouden omarmen, werden de partijstaten verplicht om de basis waarop hun rechtsmacht rustte te heroverwegen en te beoordelen of die voldoende was voor een effectieve bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren. Is deze basis niet voldoende, zo luidt het vierde lid van artikel 4, dan dienen de partijen maatregelen te nemen tot verbetering. Inmiddels hebben 'common law'-landen als de VS en het Verenigd Koninkrijk inderdaad het actieve nationaliteitsbeginsel ingevoerd ten aanzien van buitenlandse omkoping.⁹⁷

Voor het slagen van het verdrag is mijns inziens wel vereist dat alle partijstaten het nationaliteitsbeginsel omarmen. Met een heel ruim territorialiteitsbeginsel kan weliswaar veel worden ondervangen – heel vaak zal immers toch een (klein) deel van de buitenlandse omkoping plaatsvinden op het grondgebied van de staat waarvan de omkoper onderdaan is – maar het is niet ondenkbaar dat zich situaties voordoen waarin de connectie van de omkoping met het grondgebied van de betreffende staat niet voldoende aanwezig is. In dat geval kan de staat die eigenlijk de aangewezene is⁹⁸ om zijn onderdaan te vervolgen, niets doen.

De rechtsmachtbepalingen hebben tot gevolg dat de kans bestaat dat bij een omkopingszaak verschillende staten bevoegd zijn om vervolging in te stellen. Lid 3 van artikel 4 verplicht staten in die gevallen te overleggen welke staat het meest in aanmerking komt om vervolging in te stellen. Mocht dit in de praktijk voorkomen, dan zal het van de (inhoud, politieke gevoeligheid en moeilijkheidsgraad van de) zaak afhangen of staten juist wel of juist niet zelf willen vervolgen. In de praktijk blijkt dat wanneer meer staten rechtsmacht hebben, dit juist leidt tot inactiviteit van de staten

⁹⁵ M. Pieth, 'Article 4: Jurisdiction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 273.

⁹⁶ Idem, p. 269.

⁹⁷ Idem, p. 273. De VS kende zoals gezegd reeds een zeer uitgebreide uitleg van het territorialiteitsbeginsel, door voor het aannemen van rechtsmacht slechts te eisen dat een minimaal gedeelte van de omkoping op het grondgebied van de VS moest hebben plaatsgevonden (gebruikmaking van het communicatienetwerk van de VS ten behoeve van de omkoping is reeds voldoende voor het aannemen van rechtsmacht).

⁹⁸ Het kan zijn dat het land waar de omkoping heeft plaatsgevonden niet in staat is – om wat voor reden dan ook – de omkoper te vervolgen.

en niet tot dubbele activiteiten.⁹⁹ Dat kan zijn omdat iedere staat verwacht dat de andere staat het oppakt, maar niet onaannemelijk is dat men blij is dat de verantwoordelijkheid kan worden afgeschoven. “Laat de ander het maar opknappen”, strafrechtelijke onderzoeken zijn immers kostbaar, zeker wanneer onderzoek in het buitenland moet worden verricht. Op deze problematiek wordt in hoofdstuk zeven nader ingegaan.

3.2.2.7 Monitoring

De kracht van het OECD-corruptieverdrag schuilt mijns inziens grotendeels in artikel 12. In dat artikel is bepaald dat partijstaten moeten samenwerken in de uitvoering van een systematisch vervolgsprogramma. Dit programma heeft het doel de verwezenlijking door staten van de verdragsverplichtingen te registreren en de volledige implementatie van het verdrag te promoten, aldus artikel 12.

Het is deze bepaling – en de uitwerking ervan – die ervoor heeft gezorgd dat het OECD-corruptieverdrag niet is vervallen tot een dode letter, maar de grondslag heeft gevormd van een actieve bestrijding van buitenlandse omkoping. Om deze reden wordt in hoofdstuk vier uitvoerig ingegaan op de monitoring van verdragsverplichtingen.

3.2.3 Een vergelijking met de Foreign Corrupt Practices Act

Hiervoor is besproken hoe het OECD-corruptieverdrag gezien kan worden als de internationale evenknie van de FCPA, een nationale wet¹⁰⁰ in de VS die sinds 1977 het omkopen van buitenlandse ambtenaren strafbaar stelt. Het OECD-corruptieverdrag vertoont grote overeenkomsten met deze 20 jaar oudere wet. Dit is niet verwonderlijk wanneer men bedenkt dat de Amerikanen zich zeer actief hebben ingespannen om de ongelijkheid op de commerciële markt weg te nemen die bedrijven uit de VS in hun nadeel ervoeren als gevolg van het strenge regime van de FCPA.¹⁰¹ Met name onder president Clinton¹⁰² heeft de VS aanzienlijk gelobbyd om te bewerkstelligen dat in concurrerende economieën soortgelijke wetgeving als de FCPA zou worden aangenomen.

⁹⁹ M. Pieth, ‘Article 4: Jurisdiction’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 286.

¹⁰⁰ De FCPA is geïntegreerd in en maakt deel uit van de Securities and Exchange Act van 1934, welke weer is opgenomen in hoofdstuk 2B van titel 15 van de United States Code.

¹⁰¹ M. Pieth, ‘Introduction’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (red.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 12.

¹⁰² Zie paragraaf 2.3.

Invloeden van de FCPA op het OECD-corruptieverdrag

Beide instrumenten vertonen grote overeenkomsten met betrekking tot de definiëring van het strafbare gedrag. Zowel de FCPA als het OECD-corruptieverdrag beperkt zich tot de (verplichting tot) strafbaarstelling van *actieve* omkoping.¹⁰³ Beide beperken zich bovendien tot omkoping in het zakenverkeer. In de FCPA komt dit tot uiting door als voorwaarde voor strafbaarheid op te nemen dat de omkoping moet zijn gepleegd ‘in order to assist [de omkoper] in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.’ In het OECD-corruptieverdrag is voor een iets ruimere bewoording gekozen. De omkoper dient volgens het verdrag strafbaar te zijn indien hij een foreign public official een voordeel aanbiedt ‘in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business’.

De toevoeging in de verdragsbepaling van ‘ander onbehoorlijk voordeel’ maakt beter duidelijk dat ook bijvoorbeeld het betalen van steekpenningen om een gunstigere behandeling bij de douane te krijgen of om aan bepaalde belastingen te ontkomen onder de strafbaarstelling begrepen dient te worden. Dit is bij de FCPA niet altijd even duidelijk geweest; een beroep door de verdediging op het beperkte doel van strafbare omkoping trof doel in een zaak in 2001 en leidde tot een ‘dismissal’ van de zaak, een ontslag van rechtsvervolging.¹⁰⁴ In hoger beroep maakte het U.S. Court of Appeals hier overigens korte metten mee, door te bepalen dat door het voorkomen van belastingen en douaneheffingen (door middel van omkoping) de operationele kosten voor een bedrijf lager zijn, waardoor het bedrijf bij een aanbestedingsprocedure een lager en aantrekkelijker bod kan uitbrengen dan de concurrentie, terwijl toch nog winst wordt gemaakt. Op deze manier *kan* de omkoping een oneerlijk voordeel opleveren ten opzichte van de concurrenten ‘and thereby be of assistance to the payor in obtaining or retaining business.’¹⁰⁵ Dit causale verband moet wel vastgesteld worden,¹⁰⁶ maar het gaat niet zo ver dat bewezen moet worden dat de omkoping gepleegd is om één bepaald contract te kunnen sluiten. Volgende is dat vastgesteld wordt dat het bedrijf meende door de omkoping een situatie te creëren waarin het een betere concurrentiepositie had. Het bedrijf probeerde zo door de omkoping (indirect) om werk te behouden (to retain business). En ook al deden alle concurrenten hetzelfde, dat is geen rechtvaardiging voor het gedrag, zo blijkt uit deze rechterlijke uitspraak.

Een andere overeenkomst tussen het OECD-corruptieverdrag en de FCPA is dat zij beide zijn opgebouwd uit twee componenten. De verplichting voor lidstaten ener-

¹⁰³ Uiteraard is passieve omkoping ook strafbaar in de VS. Dit is geregeld in titel 18, deel 1, hoofdstuk 11 van de United States Code, welk deel als equivalent van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht kan worden gezien.

¹⁰⁴ U.S. v. David Kay and Douglas Murphy, District Court Houston, Texas, 2002.

¹⁰⁵ U.S. v. David Kay and Douglas Murphy, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit 4 februari 2004, p. 21.

¹⁰⁶ Idem.

zijds tot het strafbaar stellen in hun nationale wetgeving van een aantal in het verdrag genoemde feiten en anderzijds tot het opstellen van een set van boekhouding-regels,¹⁰⁷ vertoont grote overeenkomsten met de FCPA.

Aangezien de FCPA een nationale wet is en geen verdrag, zijn de (wets)bepalingen uiteraard een stuk concreter dan die in het OECD-corruptieverdrag. Bovendien zijn die nationale bepalingen uitgewerkt volgens het territorialiteitsbeginsel als voornamelijkste grond voor rechtsmacht (het beginsel wordt vervolgens wel weer heel ruim uitgelegd) en ook overigens is de FCPA ingebed in het nationale rechtssysteem van de VS. Dientengevolge bestaan er ook verschillen met de bepalingen van het OECD-verdrag. Daarnaast was door voortschrijdend inzicht het OECD-corruptieverdrag uit 1997 op bepaalde punten vooruitstrevender dan de FCPA die op dat moment voor het laatst in 1988 gewijzigd was. De FCPA is derhalve op zijn beurt ook weer beïnvloed door het OECD-corruptieverdrag.

Invloeden van het OECD-corruptieverdrag op de FCPA

Ondertekening van het verdrag door de VS dwong het land tot wijziging van de FCPA. Dit geschiedde door het aannemen van de 'International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998' op 10 november 1998, waardoor de reeds ruime werkingssfeer van de FCPA nog verder verruimd werd.

Voorheen kende de FCPA reeds een ruim territorialiteitsbeginsel waarbij een kleine connectie met het Amerikaanse grondgebied (gebruikmaking van de Amerikaanse postdiensten of enig ander middel van interstatelijke handel ter bevordering van actieve omkoping) al voldoende was voor rechtsmacht van de VS. De wet gold echter slechts voor in de VS geregistreerde bedrijven en voor bedrijven die in de VS een beursnotering hadden (zogenoemde 'issuers') en voor onderdanen van de VS en buitenlandse werknemers en lasthebbers die werkten voor een hiervoor genoemd bedrijf. Door inwerkingtreding van genoemde Act in 1998 is sindsdien onder meer strafbaar het binnen het territorium van de VS verrichten van enige daad ter bevordering van een omkoping door 'any person', dus ook door buitenlandse natuurlijke personen en rechtspersonen.¹⁰⁸ Bij de wijziging in 1998 heeft de VS tevens het nationaliteitsbeginsel in de FCPA geïntroduceerd, zodat de VS sindsdien ook rechtsmacht heeft over omkopingsdelicten die volledig buiten het grondgebied worden gepleegd door Amerikaanse onderdanen en (bepaalde) rechtspersonen.¹⁰⁹

¹⁰⁷ De verplichting tot het opstellen van boekhoudregels is neergelegd in artikel 8 van het OECD-corruptieverdrag.

¹⁰⁸ Deze strafbaarstelling is opgenomen in § 78dd-3(a) van de FCPA.

¹⁰⁹ Zie § 78dd-1(g) en § 78dd-2(i) van de FCPA.

Facilitation payments

Sinds een aanpassing van de FCPA in 1988¹¹⁰ bevat deze een uitzondering voor zogenoemde ‘facilitating or expediting payments’.¹¹¹ Als een steekpenning wordt aangeboden om slechts de motor van de overheid wat ‘te smeren’ en te zorgen dat een ambtenaar (wat sneller) doet wat hij toch al behoorde te doen, namelijk zijn taak, dan moet dat niet strafbaar zijn, zo was de gedachte achter de in 1988 ingevoerde uitzondering in de FCPA:

“[De strafbaarstelling van buitenlandse omkoping] shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.”¹¹²

Wanneer smeergeld wordt betaald om de buitenlandse ambtenaar een ‘routine governmental action’ te laten doen, een taak die hij toch al moest verrichten, dan moet dat volgens de FCPA niet worden gezien als strafbare omkoping van een buitenlandse ambtenaar.¹¹³ Opvallend is dat gesproken wordt van ‘any facilitating payment’. Dat wijkt af van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag, waarin immers slechts een uitzondering wordt gecreëerd voor ‘small facilitation payments’. Over de toegestane omvang van faciliterende betalingen laat de FCPA zich niet uit, slechts het doel van die betalingen wordt nader uitgewerkt. Onder het begrip ‘routine governmental action’ moet namelijk worden verstaan:

“only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in:

- (i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;*
- (ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;*
- (iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;*
- (iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or*
- (v) actions of a similar nature.”¹¹⁴*

¹¹⁰ Deze wijziging was onderdeel van ‘Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988’. Zie ook paragraaf 2.3.

¹¹¹ De oorspronkelijke versie van de FCPA uit 1977 bevatte een uitzondering voor betalingen aan buitenlandse ambtenaren die handelingen verrichtten die “essentially ministerial or clerical” waren.

¹¹² Zie § 78dd-1(b), § 78dd-2(b) en § 78dd-3(b) van de FCPA.

¹¹³ Of beter gezegd, het valt wel te zien als strafbare omkoping, maar de uitzondering is van toepassing.

¹¹⁴ Zie § 78dd-1(f)(3)(A), § 78dd-2(h)(4)(A) en § 78dd-3(f)(4)(A) van de FCPA.

Blijkens het eerste woord ‘only’ is deze opsomming limitatief, maar tegelijkertijd zet het onder (v) genoemde (‘actions of a similar nature’) de deur open voor een veelheid van handelingen die als ‘routine governmental action’ kunnen worden aangemerkt. Dit wordt slechts ingeperkt door de bepaling dat als ‘routine governmental action’ niet kunnen worden aangemerkt beslissingen of handelingen in het beslissingsproces van buitenlandse ambtenaren die te maken hebben met het toekennen van ‘business’ of het toestaan van de voortzetting ervan.¹¹⁵ In dat geval is immers weer sprake van omkoping ‘to obtain or retain business’, hetgeen volgens het OECD-corruptieverdrag strafbaar dient te zijn. Van de passage die hierop volgt in het OECD-corruptieverdrag (‘or other improper advantage’) wordt wel afgeweken, al biedt zoals gezegd ook het OECD-corruptieverdrag de mogelijkheid om (kleine) facilitation payments toe te staan.

Ondanks bovenstaande limitatieve opsomming van de toegestane doelen van facilitation payments blijkt dat toch nog veel onduidelijkheid bestaat van wat nu nog wel en wat niet meer mag. Met name de grens ten aanzien van “handelingen in het beslissingsproces” met betrekking tot het toekennen van opdrachten blijkt onduidelijk voor het bedrijfsleven.¹¹⁶

Hiervoor¹¹⁷ kwam reeds aan de orde dat de vervolgingsautoriteiten in de VS een beperkte invulling geven aan wat als facilitation payment kan worden aangemerkt. Het lijkt echter niet goed mogelijk om het bedrijfsleven concrete richtsnoeren hiervoor te geven, zodat het voor bedrijven wellicht het verstandigst is om maar geheel af te zien van betalingen, inclusief facilitation payments. Hoewel bij sluiting van dit manuscript nog geen concrete tekenen zichtbaar waren dat de VS het toestaan van facilitation payments uit de FCPA zou schrappen, is het niet ondenkbaar dat het die kant op gaat, zeker nu sinds juli 2011 in het Verenigd Koninkrijk de Bribery Act 2010 in werking is getreden welke evenals de FCPA een ruime rechtsmacht kent, maar geen uitzondering voor facilitation payments.¹¹⁸ Het zou goed kunnen dat de VS uiteindelijk zal zwichten voor de aansporing van de OECD om facilitation payments ook strafbaar te stellen.

¹¹⁵ Dit is bepaald in § 78dd-1(f)(3)(B), § 78dd-2(h)(4)(B) en § 78dd-3(f)(4)(B) van de FCPA: “The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party”.

¹¹⁶ Dit kwam naar voren in de derde evaluatie van de VS door de WGB. Zie OECD Phase 3 report on the USA van 15 oktober 2010, paragraaf 76, <www.oecd.org/dataoecd/10/49/46213841.pdf>.

¹¹⁷ Paragraaf 3.2.3.

¹¹⁸ B.J.V. Keupink, ‘Nederlandse ondernemingen en de UK Bribery Act’, *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk*, 2011, nr. 8, p. 313.

3.2.4 **Hernieuwde aandacht voor corruptiebestrijding: de 2009-Recommendation**

Hiervoor is reeds enkele malen de 2009-Recommendation van de OECD genoemd. Voluit heet deze aanbeveling uit 2009 de ‘Recommendation of the Council for *Further* Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions’ (cursief van mij, GS). Deze aanbeveling is de opvolger van de 1997-Recommendation en vraagt (opnieuw) aandacht voor bepaalde specifieke aspecten van de bestrijding van buitenlandse omkoping. Hiervoor is één van de belangrijkste punten reeds genoemd, te weten de aanbeveling om facilitation payments niet langer toe te staan. Zo stellig is het echter niet geformuleerd in de 2009-Recommendation. Partijstaten worden slechts opgeroepen om periodiek na te gaan in hoeverre het beleid met betrekking tot “small facilitation payments” aan herziening toe is. Hoewel de formulering voorzichtig is, is duidelijk dat men af wil van het ‘gedoogbeleid’ ten aanzien van deze faciliterende betalingen, die kennelijk toch niet zo klein en onschuldig zijn als men voorheen aannam.

Voorts roept de 2009-Recommendation partijstaten, deels opnieuw, op om:

- Zich in te spannen om ook rechtspersonen aansprakelijk te kunnen stellen voor buitenlandse omkoping, zodat deze ondernemingen niet kunnen worden gebruikt als constructies om detectie, opsporing en vervolging wegens omkoping te voorkomen door gebruik van agenten, tussenpersonen of (buitenlandse) dochtermaatschappijen;
- De samenwerking te verbeteren tussen landen met betrekking tot het delen van informatie en bewijsmateriaal in opsporingsonderzoeken en vervolgingen wegens buitenlandse omkoping en met betrekking tot inbeslagname, verbeurdverklaring en ontneming van de opbrengsten van grensoverschrijdende omkoping. Hiertoe dienen nieuwe overeenkomsten te worden gesloten tussen de partijstaten, of bestaande overeenkomsten te worden verbeterd;
- Te zorgen voor effectieve kanalen voor ambtenaren om vermoedens van buitenlandse omkoping te melden, zowel intern binnen de overheidsorganisatie als extern bij de met de rechtshandhaving belaste autoriteiten. Partijstaten zouden ervoor moeten zorgen dat dergelijke klokkenluiders worden beschermd tegen vergelding; en
- Samen te werken met de privésector opdat die strengere interne controles aannemen, programma’s voor ‘ethics’ en ‘compliance’ opstellen, en maatregelen nemen ter voorkoming en detectie van omkoping.

De 2009-Recommendation brengt die van 1997 weer up-to-date, maar is grotendeels een herhaling van hetgeen in de 1997-Recommendation reeds was verwoord. De nieuwe aanbeveling kwam op een moment (in december 2009) dat de WGB bijna klaar was met de tweede evaluatie van de naleving van het OECD-corruptie-

verdrag door de partijstaten¹¹⁹ en men eigenlijk niet goed wist hoe nu verder te gaan. De aandacht voor de bestrijding van grensoverschrijdende omkoping dreigde daardoor te verzwakken. Het voornaamste doel van de 2009-Recommendation lijkt dan ook te zijn de partijstaten wakker te schudden en een nieuwe impuls te geven aan de actieve bestrijding van deze vorm van criminaliteit. Tegelijk met de 2009-Recommendation werd dan ook een nieuwe evaluatieronde gestart die de WGB weer een aantal jaren bestaansrecht geeft en het belang van het OECD-corruptieverdrag levendig houdt.

3.3 Europese Unie

In het vorige hoofdstuk is de voorgeschiedenis en het ontstaan besproken van onder andere de ‘Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen’¹²⁰ (hierna: EU-fraudeovereenkomst), het ‘Eerste protocol bij de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen’¹²¹ (hierna: EU-corruptieprotocol), het ‘Protocol betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen’¹²² (hierna: hofprotocol), het ‘Tweede protocol bij de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen’¹²³ (hierna: tweede protocol) en de ‘Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn’.¹²⁴ Deze instrumenten vormen momenteel de grondslag waarop de Europese Unie de bestrijding van corruptie baseert. In het navolgende wordt een deel van deze instrumenten inhoudelijk besproken. De belangen van de Europese Unie bij corruptiebestrijding zijn andere dan die de OECD behartigt en dat is duidelijk te merken aan de verschillen tussen de instrumenten die beide instanties hebben ontwikkeld. Deels vertonen zij echter ook een overlap. Waar een inhoudelijke overlap bestaat met het hiervoor besproken OECD-corruptieverdrag, wordt volstaan met een beperkte behandeling.

¹¹⁹ Zie voor een bespreking van die evaluaties paragraaf 4.5.

¹²⁰ *PbEG* Nr. C 316 van 27 november 1995, p. 48-57 (95/C 316/03).

¹²¹ *PbEG* Nr. C 313 van 23 oktober 1996, p.1-10.

¹²² *PbEG* Nr. C 151 van 20 mei 1997, p. 1-14.

¹²³ *PbEG* Nr. C 221 van 19 juli 1997, p. 11-22.

¹²⁴ *PbEG* Nr. C 195 van 25 juni 1997, p. 1-11.

3.3.1 Fraudeovereenkomst met protocollen en corruptieovereenkomst

De EU-fraudeovereenkomst vormt samen met het EU-corruptieprotocol, het hofprotocol en het tweede protocol het belangrijkste strafrechtelijke instrument ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap. Hoewel het geheel van fraudebestrijding zeer interessant is en de bestudering waard, wordt in het kader van dit onderzoek slechts ingegaan op de bepalingen van deze instrumenten die van belang zijn voor de bestrijding van corruptie. Daarom gaat de aandacht allereerst naar het eerste protocol bij de overeenkomst – het EU-corruptieprotocol – en worden van daaruit de overige instrumenten gezien.

De overeenkomst en bijbehorende protocollen zijn ‘derde pijler’-instrumenten, zoals die voor inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bestonden.¹²⁵ Ze zijn te vergelijken met verdragen in de klassieke zin van het woord, waarop de regels van het Weens verdragenverdrag van toepassing zijn. De grondslag van de instrumenten is artikel K.3 lid 2 onder c van het Verdrag betreffende de Europese Unie,¹²⁶ zoals dat gold ten tijde van de opstelling van de documenten. Eén van de consequenties hiervan is dat geen van de bepalingen uit de instrumenten directe werking in de lidstaten kan hebben.

De later tot stand gekomen EU-corruptieovereenkomst is bedoeld in de plaats te komen voor het EU-corruptieprotocol bij de EU-fraudeovereenkomst. Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren kwam, bestond behoefte aan een instrument dat de bestrijding van corruptie loskoppelde van de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. Inhoudelijk vertoont de EU-corruptieovereenkomst zeer veel gelijkenissen met de EU-fraudeovereenkomst en het EU-corruptieprotocol en eigenlijk is de EU-corruptieovereenkomst dan ook niet veel meer dan een samenvoeging van die twee documenten (met weglating van het punt van de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen). Om die reden wordt de EU-corruptieovereenkomst hierna niet afzonderlijk besproken, maar wordt volstaan met het benoemen en waar nodig bespreken van afwijkingen van deze overeenkomst ten opzichte van de EU-fraudeovereenkomst met bijhorende protocollen.

3.3.1.1 Strafbaarstellingen

Anders dan het OECD-corruptieverdrag beziet het EU-corruptieprotocol niet slechts actieve maar ook passieve omkoping. Het protocol geeft een duidelijke defi-

¹²⁵ Zie over de consequenties van het Verdrag van Lissabon dat een grote hervorming van de Europese Unie inhoudt paragraaf 2.3.3.4.

¹²⁶ Bij Verdrag van Amsterdam vernummerd tot artikel K.6 lid 2 onder d en sinds het Verdrag van Nice en tot aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon te vinden in artikel 34 lid 2 onder d van het EU-Verdrag.

nitie van wat in het kader van de Europese fraudebestrijding onder zowel de passieve (artikel 2) als de actieve (artikel 3) variant van corruptie dient te worden verstaan. De EU gebruikt in plaats van ‘omkoping’ de term ‘corruptie’, maar bezigt een zeer enge definitie van term. Uit de hiervoor genoemde artikelen blijkt dat de EU het begrip toch slechts als omkoping verstaat.

Het gebruik van ‘corruptie’ in plaats van ‘omkoping’ is slordig. Hoewel de gebruikte term ongetwijfeld mooier en vooral indrukwekkender is, komt het de duidelijkheid van de documenten niet ten goede. Wat de reden is voor het gebruik van juist dit woord in plaats van het meer toepasselijke ‘omkoping’, wordt niet duidelijk.

Passieve corruptie volgens het protocol bestaat in:

“het feit dat een ambtenaar opzettelijk, onmiddellijk of middellijk, voordelen, ongeacht de aard daarvan, voor zichzelf of voor een ander aanneemt of vraagt, dan wel ingaat op een desbetreffende toezegging teneinde in strijd met zijn ambtsplicht, een ambtshandeling of een handeling in de uitoefening van zijn ambt te verrichten of na te laten, waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden of kunnen worden geschaad.” (artikel 2 lid 1)

Actieve corruptie wordt gedefinieerd als:

“het feit dat iemand opzettelijk een ambtenaar onmiddellijk of middellijk een voordeel, ongeacht de aard daarvan, voor hemzelf of voor een ander belooft of verstrekt, om in strijd met zijn ambtsplicht een ambtshandeling of een handeling in de uitoefening van zijn ambt te verrichten of na te laten, waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden of kunnen worden geschaad.” (artikel 3 lid 1)

In de EU-corruptieovereenkomst worden bijna identieke definities gebruikt met dien verstande dat de passage over de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen is weggelaten.

Het tweede lid van beide artikelen verplicht vervolgens lidstaten tot het nemen van de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in het eerste lid genoemde gedragingen strafbaar worden gesteld. Opgemerkt zij dat het hier minimumvoorschriften betreft; het staat lidstaten vrij nationale bepalingen aan te nemen die verder gaan dan de verplichtingen uit hoofde van het EU-corruptieprotocol.¹²⁷

¹²⁷ Dit blijkt uit artikel 9 van de EU-fraudeovereenkomst welke ingevolge artikel 7 lid 2 van het EU-corruptieprotocol ook op dat protocol van toepassing is.

3.3.1.2 Bestanddelen van de strafbare gedraging

Voordeel, ongeacht de aard ervan

De EU heeft de inhoud van het voordeel bewust zeer ruim gedefinieerd, aangezien een preciezere beschrijving alleen maar beperkend zou kunnen werken. Het OECD-corruptieverdrag noemt nog specifiek het geldelijke voordeel, maar breidt dat vervolgens zonder inperking uit naar ieder ander voordeel. Het EU-corruptieprotocol bedoelt feitelijk hetzelfde, maar maakt er minder woorden aan vuil. Dit komt de duidelijkheid van de bepaling mijns inziens ten goede.

De strafbaarstelling in het OECD-corruptieverdrag bevat echter ook een bestanddeel dat het EU-corruptieprotocol niet kent, maar dat mijns inziens wèl zinvol is. In tegenstelling tot het EU-corruptieprotocol vereist het OECD-corruptieverdrag immers dat het voordeel een *onbehoorlijk* ('undue') voordeel dient te zijn. De EU trekt dit ogenschijnlijk zomaar door naar voordelen die de omkoper verschuldigd is aan de omgekochte. Bij bespreking van het volgende bestanddeel wordt echter duidelijk dat dit niet per se tot problemen hoeft te leiden.

Verrichten of nalaten van een ambtshandeling of handeling in de uitoefening van het ambt in strijd met de ambtsplicht

De Europese definitie van actieve en passieve corruptie eist een strijdigheid met de ambtsplicht van het gedrag van de ambtenaar. Als een ambtenaar wordt omgekocht opdat hij iets doet of niet doet en dit doen of niet-doen valt binnen zijn discretionaire bevoegdheid, levert dit onder het EU-corruptieprotocol geen strafbaar feit op. Hierin gaat de Europese regeling minder ver dan het OECD-corruptieverdrag, dat de voorwaarde van strijdigheid van de gedraging van de ambtenaar met diens ambtsplicht niet stelt.

Nu wordt ook duidelijk waarom de bepaling zo ruim is bij de definiëring van het omkopingsmiddel als 'voordeel ongeacht de aard ervan'. Immers kan met recht gesteld worden dat bij omkoping tot een met de ambtsplicht strijdige handeling het er niet toe doet of het voordeel dat de omkoper belooft of verstrekt een gepast en verschuldigd dan wel een onverschuldigd en onbehoorlijk voordeel is.

(Mogelijke) schade aan de financiële belangen van de EG

Het EU-corruptieprotocol beperkt de strafbaarheid van omkoping tot die omkoping waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden of kunnen worden geschaad. Daadwerkelijke beschadiging van de financiële belangen hoeft niet aangetoond te worden, het gaat slechts om het verwezenlijken (of het pogen te verwezenlijken) van een *potentieel* gevaar voor die belangen. In het toelichtend rapport bij het protocol wordt uitgelegd dat "de uitdrukking 'kunnen worden geschaad' wordt gebruikt om ook de gevallen van corruptie te bestrijken die qua gevolgen voor de financiële belangen van de Gemeenschappen hun doel niet heb-

ben bereikt.”¹²⁸ Het is het dus niet zozeer de schade (aan de financiële belangen van de Gemeenschappen) zelf die de grondslag vormt voor de strafbaarstelling, maar de *kans* op, of het *gevaar* voor schade.

De EU-corruptieovereenkomst bevat zoals gezegd dit vereiste voor strafbaarheid in het geheel niet. Dat maakt het doel van die overeenkomst dan ook een andere dan dat van de EU-fraudeovereenkomst en bijbehorende protocollen. Niet de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen wordt beoogd, maar de integriteit van het Europese ambtenarenapparaat en die van de EU-lidstaten.

Onmiddellijk of middellijk, voor de ambtenaar zelf of voor een ander

In de omschrijvingen komt expliciet tot uitdrukking dat het gebruik van zowel rechtstreekse als onrechtstreekse omkopingsmiddelen een strafbaar feit oplevert. Hieruit blijkt uitdrukkelijk¹²⁹ dat het inschakelen van derden om onderhandelingen te verrichten of anderszins als tussenpersoon te dienen, niet de strafbaarheid van de oorspronkelijke opdrachtgever wegneemt. De toelichting bij het EU-corruptieprotocol noemt als eis dat de primaire omkoper op de hoogte moet zijn van de criminele aard van het gedrag van de ambtenaar. Of de derde te goeder dan wel te kwader trouw handelt, is niet van belang voor de strafbaarheid van de primaire omkoper. De wetenschap is uiteraard wel van belang voor de strafbaarheid van de derde zelf.

Het EU-corruptieprotocol, noch de toelichting daarop, geeft echter uitsluitel voor het geval dat de derde, die in opdracht onderhandelt met een ambtenaar, op eigen initiatief besluit de ambtenaar een steekpenning aan te bieden. Niet duidelijk wordt of volgens dit protocol dan ook de opdrachtgever zich schuldig maakt aan actieve corruptie en hoe ver de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever reikt voor daden van de in opdracht handelende derde.

Bovenstaande geldt overigens onverkort zowel voor actieve als voor passieve corruptie. Dus ook de ambtenaar ontloopt zijn strafbaarheid niet door het “ertussen schuiven” van een derde, die voor de ambtenaar, voor die derde zelf, of voor weer iemand anders een voordeel vraagt of aanneemt. Het geval waarin een ambtenaar middellijk en voor een ander een voordeel vraagt of aanneemt, zal overigens niet makkelijk te bewijzen zijn, nu de ambtenaar zelf niet voorkomt in de ‘transactie’ van de omkoping.

Tijdstip van de omkoping

Een grote zwakte van het EU-corruptieprotocol is, net als bij het OECD-corruptieverdrag, gelegen in het feit dat zogenaamde “omkoping achteraf” niet leidt

¹²⁸ Toelichtend rapport betreffende het EU-corruptieprotocol, door de Raad goedgekeurd op 19 december 1997, *PbEG* Nr. C 11 van 15 januari 1998, ad artikel 2.

¹²⁹ In de Nederlandse wetgeving ontbreekt deze uitdrukkelijkheid. Zie nader paragraaf 6.4.1.2.

tot strafrechtelijke aansprakelijkheid krachtens het EU-corrupcieprotocol. Dit geldt voor zowel de omkoper als de omgekochte ambtenaar.

Opgemerkt moet worden dat het moment van de daadwerkelijke overdracht van het voordeel niet bepalend is voor de vaststelling van het tijdstip van de omkoping. Strafbaar is immers reeds het beloven van een voordeel (bij actieve corruptie) en het vragen van een voordeel en het ingaan op een desbetreffende toezegging (bij passieve omkoping). De ambtenaar die een voordeel verkrijgt na een door hem gedane of nagelaten ambtshandeling is krachtens het protocol wel strafbaar indien hij voorafgaand aan die ambtshandeling reeds dat voordeel had gevraagd of toegezegd had gekregen.

Beloften, toezeggingen en vragen op het gebied van omkoping worden echter in veel gevallen niet gedocumenteerd. In veruit de meeste gevallen zijn ze mondeling gedaan en is het enige tastbare of zichtbare gevolg van de omkoping het voordeel dat de ambtenaar heeft ontvangen en de al dan niet verrichte ambtshandeling die in het voordeel was van de verstrekker van dat voordeel. Wanneer geconstateerd wordt dat na een verrichte of nagelaten ambtshandeling een voordeel wordt verstrekt aan een ambtenaar, zal steeds bewezen moeten worden dat voorafgaand aan die verrichte of nagelaten ambtshandeling reeds een afspraak bestond om dat voordeel (achteraf) aan de ambtenaar te verstrekken. En juist het bewijzen van deze veelal ongedocumenteerde afspraak zal in veel gevallen zeer moeilijk of zelfs onmogelijk blijken.

Ambtenaar

Onder de term ‘ambtenaar’ worden binnen het kader van het EU-corrupcieprotocol zowel communautaire als nationale ambtenaren geschaard, “met inbegrip van elke nationale ambtenaar van een andere lidstaat.”¹³⁰ Deze laatste passage ziet op het geval dat een onderdaan van de ene EU-lidstaat een nationale ambtenaar van een andere EU-lidstaat omkoopt. De bepaling strekt dus ook tot strafbaarstelling van omkoping van buitenlandse ambtenaren, zij het dat dit beperkt is tot communautaire ambtenaren en nationale ambtenaren van andere EU-lidstaten.

Voor de invulling van de term ‘nationaal ambtenaar’ wordt aangesloten bij de definitie van ‘ambtenaar’ of ‘overheidspersoon’ in de zin van het nationale recht van de lidstaat waar de betrokken persoon die hoedanigheid heeft voor de toepassing van het strafrecht van die lidstaat, bepaalt artikel 1 lid 1 sub c. Maar wanneer een lidstaat een strafvervolgung instelt tegen een ambtenaar van een andere lidstaat, dan hoeft de vervolgende lidstaat de definitie van nationaal ambtenaar zoals die geldt in de andere lidstaat alleen toe te passen voor zover die definitie verenigbaar is met het nationale recht van de vervolgende lidstaat. In het toelichtend rapport bij het EU-corrupcieprotocol wordt dit als volgt uitgelegd.

¹³⁰ Artikel 1 onder 1.a. van het EU-corrupcieprotocol.

‘Gaat het om een ambtenaar van een andere lidstaat, dan is de definitie in het recht van deze lidstaat niet beslissend waar de betrokkene in het recht van de staat die de strafvervolgning instelt, niet de hoedanigheid van ambtenaar zou hebben gehad. [...] een lidstaat kan bepalen dat strafbare corruptiefeiten waarbij nationale ambtenaren van een andere lidstaat betrokken zijn, alleen betrekking hebben op nationale ambtenaren wier hoedanigheid verenigbaar is met die van nationale ambtenaren overeenkomstig het nationale recht van de lidstaat die de strafvervolgning instelt.’

De beperkende wijze waarop dit is opgeschreven in het protocol doet vermoeden dat dit dus slechts één kant op werkt. Anders gezegd, als de vervolgende lidstaat een beperktere uitleg van het begrip ambtenaar kent dan de lidstaat waartoe de betreffende ‘ambtenaar’ behoort, dan kan vervolging achterwege blijven wanneer de ‘ambtenaar’ niet voldoet aan de definitie van ambtenaar die de vervolgende lidstaat hanteert. Maar wanneer de vervolgende lidstaat een ruimere definitie van ambtenaar kent, moet men *wel* naar de beperktere definitie kijken die de lidstaat waartoe de ‘ambtenaar’ behoort, hanteert. Als de ‘ambtenaar’ volgens het nationale recht van zijn eigen staat geen ambtenaar is, dan mag de vervolgende lidstaat dus eveneens van vervolging afzien, ook al is de ‘ambtenaar’ wel ambtenaar naar het nationale recht van de vervolgende lidstaat.

In tegenstelling tot de OECD heeft de EU dus voor ‘buitenlandse ambtenaar’ geen autonome definitie opgesteld. Dat is wellicht ook minder noodzakelijk nu de werking van de EU-regelgeving zich beperkt tot Europese ambtenaren. Ambtenaren van niet-EU-landen vallen buiten het toepassingsbereik van de regelgeving.

Een communautair ambtenaar is, in de betekenis van het protocol:

- a. eenieder die bij overeenkomst is aangesteld in de hoedanigheid van ambtenaar of ander personeelslid in de zin van het ‘Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen’¹³¹ of van de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen;
- b. eenieder die door de lidstaten of door een overheids- of particuliere instelling ter beschikking van de Europese Gemeenschappen is gesteld om daar functies uit te oefenen die overeenstemmen met de functies die worden uitgeoefend door ambtenaren of andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen;

Met ambtenaren van de Europese Gemeenschappen worden gelijkgesteld de leden van de organen die overeenkomstig de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen in het leven zijn geroepen, alsook de personeelsleden van deze organen, voor zover het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeen-

¹³¹ Volgens artikel 1 van dit Statuut is Ambtenaar van de Gemeenschappen “hij die, op de bij dit statuut bepaalde wijze, in een vast ambt bij een der instellingen van de Gemeenschappen is aangesteld bij schriftelijk besluit van het daartoe bevoegde gezag van deze instelling.”

schappen of de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen niet voor hen geldt.

3.3.1.3 Strafbare deelnemingsvormen en poging

Artikel 7 van het EU-corruptieprotocol regelt de verhouding van het protocol tot de EU-fraudeovereenkomst. Onder andere is bepaald dat op de strafbaarstelling van actieve en passieve corruptie artikel 3 van de EU-fraudeovereenkomst mede van toepassing is. Dit houdt in dat lidstaten, overeenkomstig de beginselen van hun nationale recht, ervoor moeten zorgen dat “ondernemingshoofden of personen die beslissings- of controlebevoegdheid binnen een onderneming hebben”, oftewel (feitelijk) leidinggevend, strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld in gevallen van actieve of passieve corruptie “die voor rekening van de onderneming door een aan hen ondergeschikte persoon zijn begaan” (en welke ten nadele komen van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen als bedoeld in artikel 1 van de EU-fraudeovereenkomst).

Het EU-corruptieprotocol (in combinatie met de EU-fraudeovereenkomst) wijkt hier op dit punt in grote mate af van de EU-corruptieovereenkomst. Deze laatste overeenkomst verplicht slechts tot creëren van een strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend van ondernemingen voor *actieve* corruptie,¹³² terwijl het protocol ook tot de strafbaarheid van leidinggevend bij *passieve* corruptie dwingt. Het moet wel om de leidinggevende van een *onderneming* gaan en men kan menen dat zich dat niet verhoudt met het feit dat passieve corruptie volgens het bepaalde in het EU-corruptieprotocol slechts door ambtenaren kan worden gepleegd en dus niet door werknemers van een onderneming. Maar zeker in de semi-overheids sfeer kan zeer wel van ambtenaren gesproken worden die deel uitmaken van een onderneming. Wanneer een ambtenaar-werknemer van een dergelijke onderneming zich laat omkopen, dan moet dus ingevolge het EU-corruptieprotocol in de nationale wetgeving van de lidstaten de mogelijkheid bestaan om de leidinggevende (de toelichting bij EU-corruptieovereenkomst spreekt ook van de beleidsmaker) van die ambtenaar strafrechtelijk aan te spreken. De EU-corruptieovereenkomst dwingt hiertoe niet.

Het EU-corruptieprotocol benoemt niet de strafbaarheid van poging tot actieve en passieve omkoping. Uit het toelichtend rapport is af te leiden dat de opstellers van het protocol een dergelijke strafbaarstelling niet nodig achtten en wel omdat, zoals hiervoor bij de bespreking van het OECD-corruptieverdrag ook naar voren kwam, het delict van omkoping reeds voltooid is bij het doen van beloften, ongeacht of

¹³² Dit blijkt uit artikel 6 van de EU-corruptieovereenkomst. Uit de toelichting bij het artikel blijkt dat ook deze bepaling bijna volledig ontleend is aan de EU-fraudeovereenkomst in combinatie met het EU-corruptieprotocol.

deze worden nagekomen.¹³³ Lidstaten worden vrij gelaten in hun beslissing om poging al dan niet strafbaar te stellen.

3.3.1.4 Aansprakelijkheid van rechtspersonen

In het EU-corrupcieprotocol is niet geregeld dat ook rechtspersonen aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld voor omkoping. Dit is bijna een jaar later vastgelegd in het veel later in werking getreden tweede protocol bij de EU-fraudeovereenkomst.¹³⁴ In artikel 3 lid 1 van dat protocol is bepaald dat lidstaten de nodige maatregelen nemen zodat rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor (onder andere)¹³⁵ actieve omkoping. Voor passieve omkoping wordt deze verplichting niet gesteld. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon is voorts beperkt doordat die slechts moet kunnen worden aangesproken voor actieve omkoping “*te zijnen voordele gepleegd*”, dus ten voordele van de rechtspersoon. Bovendien moet de omkoping zijn gepleegd door een natuurlijk “*persoon die individueel of als deel van een orgaan van de rechtspersoon optreedt en bij de rechtspersoon een leidende positie heeft*”. Die leidinggevende positie kan volgens artikel 3 lid 1 van het tweede protocol gebaseerd zijn op en dus worden afgeleid uit:

- *de bevoegdheid om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, of*
- *de bevoegdheid om namens de rechtspersoon beslissingen te nemen, of*
- *de bevoegdheid tot controle¹³⁶ bij de rechtspersoon.*

Deze aanknopingspunten om vast te stellen dat een persoon een leidinggevende functie heeft, moeten in de nationale wetgevingen van de lidstaten worden erkend. Rechtspersonen dienen ingevolge het tweede lid van artikel 3 van het tweede protocol daarenboven aansprakelijk te kunnen worden gesteld wanneer als gevolg van gebrekkig toezicht of gebrekkige controle door een hiervoor omschreven leidinggevende persoon actieve corruptie kon worden gepleegd ten voordele van die

¹³³ Zie paragraaf 5.1 van het toelichtend rapport bij het EU-corrupcieprotocol.

¹³⁴ Zie paragraaf 2.3.3.1.

¹³⁵ De bepaling ziet tevens op aansprakelijkheid van rechtspersonen voor fraude en het witwassen van geld. Deze worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

¹³⁶ Volgens het toelichtend rapport bij het tweede protocol moet onder de term ‘controle’ worden verstaan “*de bevoegdheid tot het uitoefenen van toezicht op de bedrijfsvoering van de rechtspersoon in die zin dat daardoor een leidinggevende positie in de rechtspersoon gewaarborgd is voor de persoon die het delict de facto pleegt*.” De controlebevoegdheid moet dus de mogelijkheid met zich meebrengen om invloed op (de bedrijfsvoering van) de rechtspersoon uit te oefenen. Gedacht kan worden aan posities met een verantwoordelijkheid inzake interne financiële controle en accountantsonderzoek, of het lidmaatschap van een intern controlerend of toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon. Externe controleurs worden in de toelichting expliciet uitgezonderd (*PbEG* nr. C 91 van 31 maart 1999, p. 11).

rechtspersoon door een persoon die onder het gezag van genoemde leidinggevende staat.

Opgemerkt zij dat de aansprakelijkheid van rechtspersonen niet noodzakelijkerwijs een *strafrechtelijke* aansprakelijkheid hoeft te zijn. Het tweede protocol spreekt, net als het OECD-corruptieverdrag slechts van aansprakelijkheid in het algemeen. Aansprakelijkheid van de rechtspersoon sluit strafvervolgning van natuurlijke personen niet uit.¹³⁷

In de EU-corruptieovereenkomst heeft men een dergelijke bepaling niet durven opnemen, wellicht omdat anders de inwerkingtreding ervan te lang zou gaan duren, zoals bij het tweede protocol het geval is geweest. De toelichting bij artikel 6 van de overeenkomst zegt dat nu het tweede protocol bij de EU-fraudeovereenkomst en ook het OECD-corruptieverdrag toch al eisen van de lidstaten dat zij bepalingen vaststellen betreffende verschillende vormen van aansprakelijkheid van rechtspersonen voor actieve corruptie, dit niet meer in de EU-corruptieovereenkomst hoefde te worden geregeld.¹³⁸ Dit verbaast enigszins, nu voor het overige totaal niet is geschuwd voor het bijna letterlijk overnemen van bepalingen uit de EU-fraudeovereenkomst en het EU-corruptieprotocol in de EU-corruptieovereenkomst.

3.3.1.5 Sancties

Het EU-corruptieprotocol draagt lidstaten in artikel 5 op om de bij het protocol strafbaar gestelde feiten (actieve en passieve corruptie) met 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende' straffen te bedreigen, 'waaronder, ten minste in ernstige gevallen, vrijheidsstraffen die aanleiding kunnen geven tot uitlevering.' Het artikel spreekt expliciet van *straffen*, wat volgens het toelichtend rapport betekent dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de strafbare feiten van actieve en passieve corruptie altijd bestraft worden met *strafrechtelijke* sancties en dat de berechting van deze feiten altijd door een strafrechtbank dient te geschieden.¹³⁹

De termen 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' (en dus niet 'afschrikwekkend', zoals de vertaling in de memorie van toelichting bij de Nederlandse goedkeuringswet van het protocol luidt¹⁴⁰) zijn blijkens het toelichtend rapport overgenomen uit het arrest van het Europese Hof van Justitie (hierna: het Hof) van 21 september

¹³⁷ Artikel 3 lid 3 van het tweede protocol.

¹³⁸ Toelichtend rapport bij de EU-corruptieovereenkomst *PbEG* Nr. C 391 van 15 december 1998, paragraaf 6.1.

¹³⁹ Toelichtend rapport bij het EU-corruptieprotocol, paragraaf 5.1.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 24 468 (R1637), nr. 3, p. 5 en herhaaldelijk daarna. Het is niet de bedoeling om angstaanjagende (de betekenis van afschrikwekkend) straffen te formuleren, maar wel straffen die potentiële daders kunnen tegenhouden (de betekenis van afschrikken) in de uitvoering van hun voornemen. De straffen moeten niet zozeer afschrik wekken, maar ze moeten afschrikken.

1989 in de zaak die bekend is onder de naam ‘Griekse mais’.¹⁴¹ Het Hof bepaalde in deze zaak dat wanneer het Gemeenschapsrecht geen specifieke sanctie stelt op de overtreding ervan of daarvoor verwijst naar nationale bepalingen, de lidstaten verplicht zijn alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht te verzekeren.¹⁴² In het bijzonder dienen lidstaten erop toe te zien, “*dat overtredingen van het Gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.*”¹⁴³

Het Hof formuleerde in de eerste geciteerde zin het zogenaamde assimilatiebeginsel waarmee het bepaalde dat de lidstaten de schending van Gemeenschapsrecht als even kwalijk dienden te beschouwen als soortgelijke schendingen van hun nationale recht. Het recht van Europa was even belangrijk als het recht van de eigen staat en verdiende gelijke bescherming. Het Hof dwong hiermee dus niet tot de toepassing van het strafrecht, maar wanneer een lidstaat een bepaalde nationale kwestie met het strafrecht aanpakte, dan moest die lidstaat eveneens het (nationale) strafrecht toepassen wanneer eenzelfde kwestie zich op gemeenschapsniveau voordeed.

¹⁴¹ HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (*Griekse mais*).

¹⁴² Zie r.o. 23. Het Hof verwees hierbij naar artikel 5 van het EEG-verdrag, later vernummerd tot artikel 10 van het EG-verdrag. Bij inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is het artikel geschrapt en inhoudelijk opgenomen in artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

¹⁴³ Zie r.o. 24. Deze vorm van assimilatie van het Gemeenschapsrecht was door het Europese Hof van Justitie eerder reeds toegepast in HvJ EG 16 december 1976, nr. 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*). Het beginsel werd toen in relatie met civielrechtelijke sancties gebruikt. Het Hof bepaalde in die zaak dat, bij gebrek aan een desbetreffende Gemeenschapsregeling, het weliswaar aan de lidstaten is ‘*om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleneren*’ (ro. 5), maar lidstaten moeten dit regelen ‘*met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.*’ De regel uit het Griekse mais-arrest is nadien vaste rechtspraak van het Hof geworden en onder andere herhaald in HvJ EG 2 oktober 1991, nr. C-7/90, *Jur.* 1991, p. I-4371, r.o. 11 (*Vandevenne e.a.*), HvJ EG 8 juni 1994, nr. C-382/92, *Jur.* 1994, p. I-2435, r.o. 55 (*Commissie|Verenigd Koninkrijk*), HvJ EG 8 juni 1994, nr. C-383/92, *Jur.* 1994, p. I-2479, r.o. 40 (*Commissie|Verenigd Koninkrijk*), HvJ EG 26 oktober 1995, nr. C-36/94, *Jur.* p. I-3573, r.o. 20 (*Siesse*) en HvJ EG 7 december 2000 nr. C-213/99, *Jur.* 2000, p. I-11083, r.o. 19 (*De Andrade*). Later werden dezelfde termen door inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht opgenomen in artikel 209A van het EG-Verdrag (*PbEG* Nr. C 224 van 31 augustus 1992, p. 74. Bij het Verdrag van Amsterdam (*PbEG* Nr. C 340 van 10 november 1997) inhoudelijk gewijzigd en vernummerd tot artikel 280 en door inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon opgenomen in artikel 325 van het Verdrag betreffende de werking van de EU).

De formule ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ construeerde het Hof om lidstaten handvatten te geven voor de wijze van sanctioneren van inbreuken op het Gemeenschapsrecht. De formulering was zo gekozen omdat de EU/EG zich destijds niet wilde (en niet mocht) mengen in het strafrecht van de lidstaten. De zaak betrof bovendien een kwestie van communautair recht (recht van de Europese Gemeenschap, afkomstig uit de zogenaamde ‘eerste pijler’) en de handhaving daarvan was primair een zaak van de lidstaten zelf, waarbij zij vrij waren in hun keuze van de op te leggen sancties.¹⁴⁴ Het Hof kon dus wel zeggen dat de sancties die de lidstaten toepasten doeltreffend, evenredig en afschrikkend moesten zijn, maar niet wat voor soort sancties het diende te zijn en dus ook niet of het strafrechtelijke sancties moesten zijn. Door de gekozen formulering was wel duidelijk dat de sancties een zeker bestraffend karakter dienden te hebben. Daarmee werd de vrijheid van de lidstaten in hun keuze van de op te leggen sancties dus enigszins ingeperkt.

Strafrecht was zoals gezegd een ‘derde pijler’-kwestie waarbij lidstaten hun volledige soevereiniteit behielden en slechts op de ouderwetse manier verdragen met elkaar konden sluiten. Het EU-corruptieprotocol is tot stand gekomen in die derde pijler en schrijft wel strafrechtelijke sanctionering voor. Toch zijn de termen ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ uit het Griekse mais-arrest gebruikt. Welke betekenis de termen hebben in het kader van het protocol kan niet uit de tekst van het protocol zelf, noch uit het toelichtend rapport worden afgeleid,¹⁴⁵ behalve dat niet altijd noodzakelijkerwijs aan een vrijheidsstraf hoeft te worden gedacht en dat naast gevangenisstraf als alternatieve of als bijkomende straf een geldboete kan worden opgelegd.¹⁴⁶ Uit een jurisprudentieonderzoek bleek dat het Hof deze termen voornamelijk per zaak uitlegt en invult door de omstandigheden van het geval.¹⁴⁷

¹⁴⁴ G.J.M. Corstens, ‘Europeanisering van het strafrecht’, in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht. Opstellen aangeboden aan mr. W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004, p. 332.

¹⁴⁵ Anders dan in het EU-corruptieprotocol zijn in de EU-fraudeovereenkomst, de grondovereenkomst waaraan het EU-corruptieprotocol ‘hangt’, naast de eis van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkendheid wel minimumbedragen bepaald voor de door lidstaten op te leggen geldboetes in geval van een in die overeenkomst genoemd delict.

¹⁴⁶ Volgens paragraaf 5.1 van het toelichtend rapport bij de EU-corruptieovereenkomst kan de geldboete ook *in plaats van* gevangenisstraf worden opgelegd.

¹⁴⁷ C. Tobler, *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law. Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination*, Luxemburg: Office for official publications of the European Communities, 2005, p. 17.

Rechtspersonen

In het tweede protocol bij de EU-fraudeovereenkomst is in artikel 4, eerste lid ook voor sancties die aan rechtspersonen wegens actieve corruptie moeten kunnen worden opgelegd bepaald dat deze doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. De sancties dienen in ieder geval geldboetes te omvatten, al hoeven deze niet strafrechtelijk van aard te zijn. Daarnaast kunnen andere maatregelen worden opgelegd waarbij volgens de bepaling gedacht kan worden aan:

- a. *de uitsluiting van het voordeel van een gunstige regeling van de overheid of van overheidssteun;*
- b. *het tijdelijk of permanent verbod op het uitoefenen van commerciële activiteiten;*
- c. *plaatsing onder toezicht van de rechter;*
- d. *een gerechtelijke maatregel tot liquidatie.*

Het toelichtend rapport bij het tweede protocol noemt daarnaast nog de uitsluiting van een rechtspersoon van deelneming aan een openbare gunning als mogelijke bijkomende sanctie.

In het tweede lid van artikel 4 van het tweede protocol wordt nogmaals afzonderlijk bepaald dat de op te leggen sancties ook doeltreffend, evenredig en afschrikkend dienen te zijn ten aanzien van rechtspersonen die aansprakelijk zijn gesteld voor het feit dat als gevolg van gebrekkig toezicht of gebrekkige controle door een leidinggevende persoon van de rechtspersoon actieve corruptie kon worden gepleegd ten voordele van die rechtspersoon door een persoon die onder het gezag van die leidinggevende staat. De straffen moeten ook dan een zeker bestraffend karakter hebben en verder gaan dan alleen schadevergoeding of restitutie van wederrechtelijke verrijking, zo wordt in het toelichtend rapport uitgelegd.

Ontneming

Ingevolge artikel 5 van het tweede protocol bij de EU-corruptieovereenkomst zijn lidstaten tevens gehouden om inbeslagneming, confiscatie of onttrekking mogelijk te maken van instrumenten en opbrengsten van actieve en passieve corruptie, of van bezittingen waarvan de waarde overeenkomt met die opbrengsten. Lidstaten dienen dit overeenkomstig hun nationale recht te regelen, derden die te goeder trouw recht (menen te) hebben op geconfisqueerde of onttrokken goederen, moeten gerespecteerd worden.

3.3.1.6 Rechtsmacht

In het EU-corruptieprotocol is een uitgebreide bepaling opgenomen die de door de lidstaten te vestigen rechtsmacht vrij nauwkeurig voorschrijft. Voor wat betreft de strafbaarstelling van actieve en passieve corruptie, schrijft artikel 6 lid 1 van het protocol de lidstaten deels dwingend voor rechtsmacht te vestigen ten aanzien van vier situaties, te weten:

- a) *het strafbare feit wordt geheel of gedeeltelijk op zijn grondgebied gepleegd,*
- b) *de dader van het strafbare feit is een onderdaan of een ambtenaar van de betrokken Lid-Staat,*
- c) *het strafbare feit is gepleegd tegen een van de in artikel 1 genoemde personen,¹⁴⁸ of tegen een lid van de in artikel 4, lid 2, bedoelde instellingen¹⁴⁹, die onderdaan is van de betrokken Lid-Staat,*
- d) *de dader van het strafbare feit is communautair ambtenaar in dienst van een Instelling van de Europese Gemeenschappen of van een overeenkomstig de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen ingesteld orgaan dat zijn zetel in de betrokken Lid-Staat heeft.*

Lid 2 van artikel 6 biedt lidstaten vervolgens de mogelijkheid deels of geheel af te zien van het overnemen van de onder b), c) en d) geformuleerde vormen van rechtsmacht. Met name ten aanzien van de onder c) genoemde rechtsmachtvorm is dat mijns inziens maar goed ook, aangezien dat onderdeel erg onduidelijk geformuleerd is. Die onduidelijkheid schuilt in het woord ‘tegen’. Volgens de officiële Nederlandse tekst van het protocol kunnen¹⁵⁰ lidstaten ingevolge deze bepaling rechtsmacht vestigen met betrekking tot passieve en actieve¹⁵¹ corruptie, wanneer die gepleegd is ‘tegen’ een persoon die valt onder een bepaalde groep ambtenaren en ambtenaar-achtigen,¹⁵² indien die persoon onderdaan is van de betrokken lidstaat.

Wat met deze terminologie wordt bedoeld is niet geheel duidelijk. Volgens het toelichtend rapport bij het protocol is onderdeel c een uitdrukking van het passief personaliteitsbeginsel en is deze vorm van rechtsmacht “met name van belang bij actieve corruptie in het buitenland door personen die geen onderdaan zijn van de betrokken lidstaat”.¹⁵³ Men kan zich afvragen waarom deze rechtsmachtbepaling dan ook van toepassing dient te zijn voor passieve corruptie. Maar nog meer vraagtekens kunnen worden gezet bij het woord ‘tegen’.

¹⁴⁸ Dat artikel noemt communautaire ambtenaren en nationale ambtenaren van de lidstaten van de EU.

¹⁴⁹ Artikel 4 lid 2 noemt de Commissie van de Europese Gemeenschappen, het Europees Parlement, het Hof van Justitie en de Rekenkamer van de Europese Gemeenschappen.

¹⁵⁰ Het is immers niet dwingend voorgeschreven.

¹⁵¹ Zo volgt uit de aanhef van artikel 6 lid 1, dat zowel naar artikel 2 als naar artikel 3 verwijst.

¹⁵² Het gaat hier om communautaire en nationale ambtenaren van enig EU-lidstaat, leden van de eigen regering, parlement, hoogste rechterlijke instantie en de Rekenkamer en leden van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, het Europees Parlement, het Hof van Justitie en de Rekenkamer van de Europese Gemeenschappen.

¹⁵³ Toelichtend rapport betreffende het Protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG C 11* van 15 januari 1998, p. 11.

Allereerst moet opgemerkt worden dat het hier niet om een slechte Nederlandse vertaling lijkt te gaan: de Engelse tekst spreekt van ‘against’, de Franse van ‘à l’encontre de’ en de Duitse van ‘gegen’. Het gaat dus echt om actieve dan wel passieve corruptie, gepleegd *tegen* een onderdaan van de (eigen) lidstaat, die ambtenaar of lid van een Gemeenschapsinstelling is.

In het algemeen wordt de persoon *tegen* wie een strafbaar feit wordt gepleegd aangeduid als het slachtoffer. Ook het hierboven genoemde passief personaliteitsbeginsel gaat uit van (de nationaliteit van) het slachtoffer en kent rechtsmacht toe aan de staat waarvan het slachtoffer onderdaan is. Het beginsel wordt overigens veelal als controversieel beschouwd en derhalve door weinig staten gehanteerd.¹⁵⁴ Hoewel internationaal omstreden wordt het beginsel inmiddels wel geaccepteerd “waar het gaat om de bestraffing van de door het internationale recht als misdrijf gekwalificeerde gedragingen.”¹⁵⁵

Het passief nationaliteitsbeginsel is niet goed bruikbaar voor het vestigen van rechtsmacht over een geval omkoping, omdat bij omkoping veelal een aanwijsbaar slachtoffer ontbreekt. Meestal zijn het publieke gelden die door omkoping in de zakken van de verkeerde personen belanden. Slachtoffer is dan de samenleving als geheel. De personen die bovengenoemde bepaling noemt, zijn geen slachtoffers, maar daders. De bepaling kan dan ook geen uitdrukking zijn van het passief nationaliteitsbeginsel. Een betere formulering zou er één zijn waarin de *betrokkenheid* van de genoemde personen wordt genoemd en niet hun onbestaanbare slachtofferrol.¹⁵⁶

3.4 Raad van Europa

3.4.1 Programme of Action against Corruption

De instrumenten die ontwikkeld zijn in het kader van de Raad van Europa ter bestrijding van corruptie zijn alle gegrond op de veronderstelling dat corruptie een bedreiging vormt voor de fundamentele waarden van de Raad van Europa, namelijk de democratie, de rule of law en de mensenrechten.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Nederland past het bij hoge uitzondering toe. De formulering met de term ‘tegen’ is ook terug te vinden in het Nederlandse artikel 4 onder 9° Sr. Deze bepaling is in 2010 gewijzigd, omdat deze voorheen incorrect geformuleerd was. In paragraaf 5.5.1.8.2 ga ik hier nader op in, nu ik meen dat de huidige gewijzigde formulering nog steeds te wensen overlaat.

¹⁵⁵ P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 61.

¹⁵⁶ Zie ook hierna in paragraaf 3.4.2.4.

¹⁵⁷ Resolution No. 1 on civil, administrative and criminal law aspects of corruption, aangenomen tijdens de ‘19th Conference of European Ministers of Justice, 14-15 juni 1994, Valletta (Malta).

De instrumenten zijn uitwerkingen van het in november 1996 aangenomen 'Actieprogramma tegen corruptie'.¹⁵⁸ In het actieprogramma wordt de strafbaarstelling geopperd van zes gedragingen:

1. strafbaarstelling van corruptie op nationaal niveau,
2. strafbaarstelling van corruptie van *buitenlandse* ambtenaren en gekozen vertegenwoordigers,
3. strafbaarstelling van corruptie van *internationale* ambtenaren en gekozen vertegenwoordigers,
4. strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding,
5. strafbaarstelling van het witwassen van de opbrengsten van corruptie,
6. strafbaarstelling van andere delicten die verband houden met corruptie.

Daarnaast richt het actieprogramma zich op maatregelen op administratiefrechtelijk, civielrechtelijk en fiscaal gebied en kent het bestaande en nog op te richten instituten en categorieën van personen en functies rollen en verantwoordelijkheden toe in de strijd tegen corruptie.

Aandacht wordt ook besteed aan de procedurele kant van corruptiebestrijding: het voorkomen, onthullen, onderzoeken en bestraffen van corruptiegevallen en de internationale samenwerking in dergelijke praktijkgevallen. In dat kader wordt ook de bescherming besproken van klokkenluiders, mensen die 'aan de bel trekken' en misstanden binnen organisaties melden.

De punten in het actieprogramma worden niet verplicht voorgeschreven aan de lidstaten, maar vormen het kader waarbinnen de Raad van Europa in de jaren erna andere, wel bindende instrumenten zou gaan ontwikkelen.

Een jaar later deed het Comité van Ministers wederom een stap dichterbij naar de verwezenlijking van een afdwingbaar instrument door tijdens zijn 101^e sessie een lijst van twintig 'leidende beginselen' aan te nemen die de lijn vormden waarlangs de Raad van Europa en haar leden de strijd tegen corruptie zouden gaan oppakken.¹⁵⁹ Deze beginselen lopen uiteen van het gecoördineerd strafbaar stellen van nationale en internationale corruptiedelicten (beginsel 2) tot het promoten van wetenschappelijk onderzoek naar corruptie (beginsel 18) en zijn algemeen en open geformuleerd, maar vormen de leidraad voor de corruptiebestrijding door de Raad van Europa en voor de in hoofdstuk vier te bespreken monitoring door de GRECO van het door partijstaten gevoerde anticorruptiebeleid.

¹⁵⁸ Programme of Action against Corruption, GMC (96) 95.

¹⁵⁹ 'Resolution (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption', Committee of Ministers, 6 november 1997.

3.4.2 Criminal Law Convention

Het 'Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie' (hierna: RvE-corruptieverdrag) van begin 1999¹⁶⁰ telde bij sluiting van het manuscript 43 partijen. Van de 47 leden van de Raad van Europa zijn 42 staten partij bij het verdrag,¹⁶¹ daarnaast is ook aspirant-lid van de Raad van Europa Wit-Rusland verdragspartij. Het 42 artikelen tellende verdrag is vrijwel uitsluitend gericht op de strafrechtelijke bestrijding van een aantal delicten dat in het verdrag is opgesomd.

Doel van het verdrag

In het vorige hoofdstuk werden de doelstellingen van de Raad van Europa reeds besproken. De Raad heeft zijn algemene doelstellingen ook bij de opstelling van het RvE-corruptieverdrag voor ogen gehad. Anders dan bij het OECD-corruptieverdrag wordt met dit verdrag dan ook niet (slechts) de bescherming van de vrije markt beoogd, maar wordt eerst en vooral gedoeld op de waarborging van het vertrouwen dat burgers in de democratische organen van de rechtsstaat zouden moeten kunnen hebben.¹⁶²

3.4.2.1 Strafbaarstellingen

Het tweede hoofdstuk (artikel 2 tot en met 23) vormt de kern van het RvE-corruptieverdrag en richt zich direct tot de partijstaten. Het noemt de maatregelen die op nationaal niveau genomen (zouden)¹⁶³ moeten worden. In dit tweede hoofdstuk zijn in 13 artikelen concrete strafbaarstellingen opgenomen die partijstaten moeten overnemen of moeten overwegen over te nemen.

Achtereenvolgens bestrijkt het verdrag:

- actieve omkoping van nationale overheidsfunctionarissen (artikel 2)
- passieve omkoping van nationale overheidsfunctionarissen (artikel 3)
- omkoping van leden van nationale openbare vergaderingen, zowel actief als passief (artikel 4)
- omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen, zowel actief als passief (artikel 5)
- omkoping van leden van buitenlandse openbare vergaderingen, zowel actief als passief (artikel 6)

¹⁶⁰ *Trb.* 2000,130.

¹⁶¹ Duitsland, Italië, Oostenrijk en San Marino hebben het verdrag (nog) niet geratificeerd. Liechtenstein heeft noch het verdrag ondertekend, noch is het op enigerlei wijze toegetreden tot het verdrag. Buiten de leden van de Raad van Europa hebben voorts Mexico en de VS het verdrag ondertekend. Geen van beide landen heeft het echter geratificeerd.

¹⁶² Dit is onder meer terug te lezen in paragraaf 39 en 49 van het 'Explanatory Report' bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁶³ Een aantal artikelen is niet dwingend voorgeschreven. Zie hierna.

OMKOPING BESTRAFT?

- actieve omkoping in de particuliere sector (artikel 7)
- passieve omkoping in de particuliere sector (artikel 8)
- omkoping van internationale ambtenaren, zowel actief als passief (artikel 9)
- omkoping van leden van internationale parlementaire vergaderingen, zowel actief als passief (artikel 10)
- omkoping van rechters en ambtenaren van internationale gerechtshoven, zowel actief als passief (artikel 11)
- ongeoorloofde beïnvloeding (artikel 12)
- witwassen van de opbrengsten van corruptiedelicten (artikel 13)
- boekhoudkundige delicten (artikel 14)

Dwingende tekst, toch slechts soft law

Hoewel de tekst van het verdrag bovenstaande strafbaarstellingen alle dwingend lijkt voor te schrijven – elke strafbaarstelling begint met “Each Party *shall adopt* such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law... (cursief van mij, GS)” – blijkt een uitweg te bestaan voor wat betreft een aantal van deze bepalingen. Artikel 36 en 37 van het RvE-corruptieverdrag bieden hier de mogelijkheid toe. Met name artikel 37 lid 1 betekent een beperking van de kracht van het verdrag. Het biedt partijen de mogelijkheid om van strafbaarstelling van de in de artikelen 4, 5 (voor wat betreft de passieve variant), 6, 8, 10 en 12 genoemde gedragingen gedeeltelijk of geheel af te zien. Hoewel de reden voor het opnemen van deze bepaling – de opstellers wilden een zo groot mogelijk aantal ratificaties van het verdrag bereiken¹⁶⁴ – een geheel begrijpelijke is, boet het instrument door de ruime mogelijkheid tot het maken van voorbehouden wel aanzienlijk aan kracht in. Het Comité van Ministers van de Raad van Europa riep de toekomstige partijstaten op zo min mogelijk voorbehouden te maken, ook al was het Comité ervan overtuigd dat de geregelde landenexamens door de GRECO het aantal voorbehouden en de omvang ervan spoedig zouden doen slinken. Voorbehouden van partijstaten gelden steeds voor een periode van maximaal 3 jaar,¹⁶⁵ waarna de betreffende staat opnieuw dient te beoordelen of de gedraging waarvoor het voorbehoud was gemaakt niet toch als strafbaar kan worden aangemerkt.

In de navolgende paragraaf komen behalve de ‘standaard’ strafbaarstellingen van omkoping in artikelen 2 en 3 van het verdrag, ook de strafbaarstellingen die zijn neergelegd in de artikelen 5, 6, 9, 10 en 11 van het verdrag aan de orde, nu juist die bepalingen de internationale component bevatten die object is van dit onderzoek. De strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding waarop artikel 12 van het verdrag ziet, is vernieuwend en ver gaand ten opzichte van de verdragen van eerde-

¹⁶⁴ Paragraaf 142 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁶⁵ Artikel 38 lid 1 van het RvE-corruptieverdrag.

re datum en verdient om die reden afzonderlijke bespreking in paragraaf 3.4.2.1.2. De witwasbepaling in artikel 13 wordt hier niet besproken, maar komt aan de orde in hoofdstuk zeven, waar een meer omvattend beeld van corruptiebestrijding wordt gepresenteerd.

3.4.2.1.1 De ‘reguliere’ strafbaarstellingen

In de artikelen 2 en 3 ligt de kern besloten van de strafbaarstellingen waartoe het verdrag dwingt of aanmoedigt, namelijk de strafbaarstelling van actieve en passieve ambtelijke omkoping. Hoewel actieve en passieve omkoping twee aparte delicten zijn die los van elkaar tot vervolging moeten kunnen leiden, zijn het twee spiegelbepalingen ten opzichte van elkaar, zo meent de Raad van Europa.¹⁶⁶ Dit is een duidelijk verschil met hoe bijvoorbeeld de Nederlandse wetgever vóór 2001 tegen ambtelijke omkoping aankeek. In zijn visie lag duidelijk het zwaartepunt bij de kwalijke gedraging van de ambtenaar, de strafbaarheid van de omkoper leek vooral daarvan te zijn afgeleid.¹⁶⁷ De strafbaarstellingen luiden als volgt.

“Artikel 2

Actieve omkoping van nationale overheidsfunctionarissen

Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, het beloven, aanbieden of geven, rechtstreeks of indirect, van elk onverschuldigd voordeel aan een van haar overheidsfunctionarissen, voor hem zelf of voor iemand anders, opdat hij een handeling verricht of nalaat te verrichten in de uitoefening van zijn taken.”

“Artikel 3

Passieve omkoping van nationale overheidsfunctionarissen

Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, het door een van haar overheidsfunctionarissen vragen of ontvangen, rechtstreeks of indirect, van elk onverschuldigd voordeel, voor hem zelf of voor iemand anders, of het aanvaarden van het aanbod of de belofte daarvan, om een handeling te verrichten of na te laten te verrichten in de uitoefening van zijn taken.”

Deze strafbaarstellingen vertonen zodanig grote inhoudelijke overeenkomsten met de hiervoor besproken strafbaarstellingen in het EU-corruptieprotocol,¹⁶⁸ dat de

¹⁶⁶ Paragraaf 32 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁶⁷ Voor een bespreking van de Nederlandse wetgeving, zie hoofdstuk vijf.

¹⁶⁸ Dit is ook de bedoeling geweest van de opstellers, getuige paragraaf 32 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

bespreking van de strafbaarstellingen hierboven beperkt blijft tot de enkele verschillen met het EU-corruptieprotocol.

Onverschuldigd voordeel

Het RvE-corruptieverdrag noemt als omkopingsmiddel het ‘onverschuldigde voordeel’, hetgeen de vertaling (in het Tractatenblad) is van ‘undue advantage’. In het kader van het RvE-corruptieverdrag dient ingevolge de toelichting ‘undue’ te worden geïnterpreteerd als “*something that the recipient is not lawfully entitled to accept or receive*”.¹⁶⁹ Volgens de opstellers van het verdrag diende de toevoeging ‘undue’ om van strafbaarheid uit te sluiten “*advantages permitted by the law or by administrative rules as well as minimum gifts, gifts of very low value or socially acceptable gifts.*”¹⁷⁰

Hier wordt ‘undue’ in verband gebracht met wat in het OECD-corruptieverdrag ‘facilitation payments’ worden genoemd. Volgens de opstellers van het RvE-corruptieverdrag vallen kleine giften van zeer kleine waarde, giften die maatschappelijk geaccepteerd zijn, buiten hetgeen dat als ‘undue’ moet worden aangemerkt. Dit past tevens in de betekenis van ‘undue’ die hiervoor in paragraaf 3.2.2.3.1 is geopperd.

Ambtenaar

De definitie van ambtenaar die de Raad van Europa hanteert in het corruptieverdrag is een op het eerste gezicht overzichtelijke, voornamelijk vanwege de korthed ervan. De Raad spreekt, zoals internationaal gebruikelijk is, van ‘public official’, waarvan de Nederlandse vertaling ‘overheidsfunctionaris’ de meest juiste is.¹⁷¹ In artikel 1 onder a van het RvE-corruptieverdrag is een korte definitie van public official opgenomen, welke verwijst naar de nationale wetgeving van de partijstaten.

For the purposes of this Convention:

- a. “public official” shall be understood by reference to the definition of “official”, “public officer”, “mayor”, “minister” or “judge” in the national law of the State in which the person in question performs that function and as applied in its criminal law;

Aux fins de la présente Convention:

- a. l’expression «agent public» est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire», «officier public», «maire», «ministre» ou «juge» dans le droit na-

¹⁶⁹ Paragraaf 38 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ De officiële Nederlandse vertaling van het RvE-corruptieverdrag is op verscheidene punten correcter dan de vertalingen van de hiervoor besproken internationale instrumenten.

tional de l'Etat dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal;

Voor de toepassing van dit Verdrag:

- a. wordt het begrip "overheidsfunctionaris" uitgelegd op basis van de omschrijving van "ambtenaar", "overheidsdienaar", "burgemeester", "minister" of "rechter" in het nationale recht van de Staat waarin de persoon in kwestie die taak uitoefent en zoals het wordt toegepast in zijn strafrecht;

Hierboven is met opzet zowel de originele Engelse en Franse tekst als de Nederlandse vertaling opgenomen zoals gepubliceerd in het Tractatenblad.¹⁷² Het is lastig een precieze vertaling van dergelijke begrippen vast stellen, omdat iedere staat zijn eigen rechtssysteem heeft waarin overheidsfunctionarissen een verschillende rol en (rechts)positie hebben. Om deze reden zorgt mijns inziens reeds een verwijzing naar het nationale recht niet altijd voor duidelijkheid.

De term overheidsfunctionaris komt overigens slechts voor in de reguliere strafbaarstellingen van de artikelen 2 en 3 en in de strafbaarstelling van de omkoping van buitenlandse ambtenaren in artikel 5 van het verdrag. Artikelen 2 en 3 zien slechts op de omkoping van 'een van haar overheidsfunctionarissen', waarmee bedoeld wordt op ambtenaren van de betreffende partijstaat zelf. Voor wat betreft de buitenlandse ambtenaar blijkt uit artikel 1 onder c dat anders dan in het OECD-corruptieverdrag niet is gekozen voor een autonome definitie hiervoor. In artikel 1 onder c is namelijk bepaald dat voor de toepassing van het verdrag "de vervolgende Staat, ingeval van vervolging waarbij een overheidsfunctionaris van een andere Staat betrokken is, de omschrijving van 'overheidsfunctionaris' slechts [kan] toepassen voor zover die omschrijving verenigbaar is met zijn nationale recht."¹⁷³ Dus niet alleen dient de te vervolgen buitenlandse persoon in eigen land als overheidsfunctionaris te worden aangemerkt, maar bovendien moet die buitenlandse overheidsfunctionaris volgens het recht van de vervolgende partijstaat als ambtenaar worden aangemerkt (als hij een soortgelijke functie zou bekleden in de vervolgende partijstaat). Anders kan de vervolgende partijstaat niet tot vervolging overgaan.

De groep personen waarvan het omkopen strafbaar dient te zijn ingevolge het RvE-corruptieverdrag is nogal verspreid over het verdrag, terwijl dat mijns inziens overzichtelijker had kunnen worden geregeld, zoals in andere verdragen is gedaan. Het OECD-corruptieverdrag ziet uitsluitend op de actieve omkoping van slechts buitenlandse ambtenaren. Dat maakt het verdrag in die zin eenvoudig dat slechts één strafbaarstelling geformuleerd hoefde te worden.¹⁷⁴ Het EU-corruptieprotocol

¹⁷² *Trb.* 2000, 130, p. 40.

¹⁷³ Vertaling ontleend aan *Trb.* 2000, 130.

¹⁷⁴ Artikel 1 van het OECD-corruptieverdrag.

schrijft de strafbaarstelling voor van (actieve en passieve) omkoping van meer soorten ambtenaren. Maar ook daarin had men voldoende aan slechts twee strafbaarstellingen (één voor actieve en één voor passieve omkoping),¹⁷⁵ door in een afzonderlijke bepaling¹⁷⁶ het begrip ‘ambtenaar’ te definiëren en daarbij alle soorten ambtenaren te noemen waarop het protocol betrekking heeft.

In tegenstelling tot het OECD-corruptieverdrag en het EU-corruptieprotocol bevat het RvE-corruptieverdrag een veelheid aan strafbaarstellingen. Het RvE-corruptieverdrag schrijft zoals gezegd de strafbaarstelling voor van een reeks van corruptiedelicten ten aanzien van een reeks personen en functionarissen. Een deel van die strafbaarstellingen betreft zuivere omkopingsdelicten, maar daarbij is een andere manier van opschrijven gekozen dan in het EU-corruptieprotocol.

Anders dan in het EU-corruptieprotocol zijn in het RvE-corruptieverdrag niet in één artikel alle functionarissen genoemd die omgekocht kunnen worden. Zo is de strafbaarstelling van omkoping van ‘leden van nationale openbare vergaderingen’¹⁷⁷ afzonderlijk voorgeschreven in artikel 4 van het RvE-corruptieverdrag, de omkoping van ‘buitenlandse overheidsfunctionarissen’¹⁷⁸ in artikel 5 en de omkoping van ‘leden van buitenlandse openbare vergaderingen’¹⁷⁹ in artikel 6 van het verdrag. Voor een beschrijving van het strafbare gedrag verwijzen de artikelen 4, 5 en 6 naar de inhoud van de artikelen 2 en 3, waarin de strafbaarstelling van ‘reguliere’ omkoping is voorgeschreven. Dezelfde weg is gekozen in artikel 9, waar van partijen verlangd wordt de gedragingen als bedoeld in de artikelen 2 en 3 eveneens als strafbaar aan te merken wanneer de omgekochte een internationale ambtenaar¹⁸⁰ is en in artikel 11, waar van partijen verlangd wordt de gedragingen als be-

¹⁷⁵ Artikelen 2 en 3 van het EU-corruptieprotocol.

¹⁷⁶ Artikel 1 van het EU-corruptieprotocol.

¹⁷⁷ Hieronder verstaat het verdrag “*enige persoon die lid is van om het even welke nationale openbare vergadering met wetgevende of administratieve bevoegdheden.*”

¹⁷⁸ Hieronder verstaat het verdrag “*een overheidsfunctionaris van enige andere Staat*” hetgeen nader is ingevuld in artikel 1 onder van het verdrag.

¹⁷⁹ Hieronder verstaat het verdrag “*enige persoon die lid is van om het even welke openbare vergadering met wetgevende of administratieve bevoegdheden van enige andere Staat.*”

¹⁸⁰ Hieronder verstaat het verdrag “*enige persoon die de hoedanigheid van ambtenaar of gecontracteerde in de zin van het personeelsstatuut bezit, bij elke publiekrechtelijke internationale of supranationale organisatie waarvan de Partij lid is, dan wel enige persoon, ongeacht of hij bij een dergelijke organisatie gedetacheerd is of niet, die taken uitoefent welke overeenkomen met die van genoemde ambtenaren of gecontracteerden.*” Strafbbaarstelling in nationale wetgevingen van omkoping van internationale ambtenaren (dus personen die werkzaam zijn bij internationale organisaties) was volgens de opstellers van het RvE-corruptieverdrag wellicht nog belangrijker dan de strafbaarstelling van omkoping van buitenlandse ambtenaren, aangezien de passieve omkoping van laatstgenoemde ambtenaren reeds strafbaar is in de nationale wetgeving van het eigen land. De nationale wetgevingen stelden echter veelal niet de omkoping van nationale ambtenaren gepleegd

doeld in artikelen 2 en 3 als strafbaar aan te merken wanneer de omgekochte een rechter of ambtenaar van een internationaal gerechtshof¹⁸¹ is.

Artikel 10 maakt het nog iets moeilijker door voor de omkoping van ‘leden van internationale parlementaire vergaderingen’¹⁸² te verwijzen naar artikel 4, dat op zijn beurt weer verwijst naar de strafbaarstellingen in de artikelen 2 en 3.

Kennelijk hebben de opstellers van het verdrag deze bijzondere vormen van omkoping extra willen benadrukken – ieder verdragsartikel heeft ook een pakkende titel die de inhoud verraadt – maar een eenvoudiger wijze van opschrijven, zoals gekozen bij het EU-corruptieprotocol zou een beter gestructureerd verdrag hebben opgeleverd. De in de artikelen 4, 5, 6, 9, 10 en 11 genoemde functionarissen zijn in zekere zin allemaal dienaren van een bepaalde overheid, het gaat steeds min of meer om publiekrechtelijke functies. Opneming van de in deze artikelen genoemde categorieën personen in artikel 1 had dus gemakkelijk gekund en had een overzichtelijker verdrag opgeleverd.

Met betrekking tot artikel 5, dat de strafbaarstelling van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen voorschrijft, dient nog te worden opgemerkt dat dit artikel in beginsel ruimer is dan zowel de strafbaarstelling in het OECD-corruptieverdrag als die in het EU-corruptieprotocol. De strafbaarstelling in het RvE-corruptieverdrag kent geen beperking tot omkoping in het internationale zakelijke verkeer (zoals het OECD-corruptieverdrag) en is ook niet beperkt tot de buitenlandse ambtenaren van slechts Europese landen (zoals het EU-corruptieprotocol).

Bovendien schrijft artikel 5 de strafbaarstelling van zowel actieve als passieve omkoping voor. Uit artikel 37 lid 1 van RvE-corruptieverdrag blijkt overigens, zoals eerder aangegeven, dat de partijstaten kunnen afzien van strafbaarstelling van de passieve omkoping van buitenlandse ambtenaren.

3.4.2.1.2 Ongeoorloofde beïnvloeding

Een nieuwe term die in andere, oudere verdragen nog niet (letterlijk) genoemd wordt, is de in artikel 12 genoemde ‘ongeoorloofde beïnvloeding’ of zoals de Engelse tekst luidt: ‘trading in influence’. Deze strafbaarstelling is een vreemde eend in de bijt, hoewel de beschermde belangen volgens de RvE dezelfde zijn als die van de

in het buitenland strafbaar (Paragraaf 57 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag).

¹⁸¹ Hieronder verstaat het verdrag “enige persoon die rechterlijke taken uitoefent in een internationaal gerechtshof waarvan de Partij de rechtsmacht heeft aanvaard of enige persoon die ambtenaar op de griffie van een dergelijk gerechtshof is.”

¹⁸² Hieronder verstaat het verdrag “enige persoon die lid is van een parlementaire vergadering van een internationale of supranationale organisatie waarvan de Partij lid is.”

reguliere strafbaarstellingen, namelijk de transparantie en onpartijdigheid in het besluitvormingsproces van overheden.¹⁸³

Ingevolge dit artikel dient iedere partij bij het verdrag de wetgevende en andere maatregelen te nemen *'die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, het beloven, aanbieden of geven, rechtstreeks of onrechtstreeks, van elk onverschuldigd voordeel als beloning, aan enige persoon die beweert of bevestigt in staat te zijn invloed uit te oefenen op de besluitvorming door een van de personen, bedoeld in de artikelen 2, 4 tot en met 6 en 9 tot en met 11,*¹⁸⁴ *ongeacht of het onverschuldigde voordeel voor hem zelf is of voor iemand anders, alsmede het vragen, ontvangen of aanvaarden van het aanbod of de belofte daarvan als beloning voor bedoelde beïnvloeding, ongeacht of de invloed al dan niet is uitgeoefend dan wel of de veronderstelde beïnvloeding al dan niet leidt tot het beoogde resultaat.*¹⁸⁵

Met het strafbaar stellen van deze gedraging wordt beoogd de hechte kring rond een overheidsfunctionaris of de politieke partij, het vertegenwoordigende orgaan of het rechterlijk college waartoe de functionaris behoort te bereiken en het corrupte gedrag aan te pakken van personen die (terecht of onterecht) menen invloed te kunnen uitoefenen op de beslissingen van die overheidsfunctionarissen. Dit corrupte gedrag bestaat dan uit het 'te koop' aanbieden van die vermeende invloed (de invloed die zij al dan niet werkelijk hebben).

Als voorbeeld kan gedacht worden aan het familielid, de persoonlijke assistent, of de adviseur van een minister, die zegt invloed te hebben op bepaalde besluiten van die minister en die deze invloed in ruil voor enig onverschuldigd voordeel aanwendt ten gunste van de verschaffer van dat voordeel. De Engelse term 'trading in influence' (handelen in invloed) dekt mijns inziens de lading van de strafbaarstelling dan ook beter dan 'ongeoorloofde beïnvloeding'. Want het is niet zozeer het feit dat hij (de 'handelaar') de minister beïnvloedt, maar het *verhandelen* (of te koop aanbieden) van zijn invloed op die minister dat hem (en de koper van die invloed) verweten wordt.

Zowel de gever als de aannemer van het voordeel is strafbaar volgens het verdragsartikel. Niet is vereist dat de persoon die zijn invloed verhandelt de status van ambtenaar heeft. De liefvallige wederhelft van de minister die zijn of haar invloed op die minister te koop aanbiedt, valt dus eveneens onder een dergelijke strafbaarstelling. De in het voorbeeld genoemde minister – degene die uiteindelijk wordt beïnvloed en daardoor een door de koper van de invloed gewenst besluit neemt – hoeft niet op de hoogte te zijn dat de degene die hem adviseert of beïnvloedt dat doet in ruil voor een voordeel. De minister is dan ook in beginsel niet strafbaar, althans niet wegens

¹⁸³ Paragraaf 64 van het 'Explanatory Report' bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁸⁴ Dit zijn nationale en buitenlandse overheidsfunctionarissen (artikel 2 en 5), leden van nationale en buitenlandse openbare vergaderingen (artikel 4 en 6), internationale ambtenaren (artikel 9), leden van internationale parlementaire vergaderingen (artikel 10) en rechters en ambtenaren van internationale gerechtshoven (artikel 11).

¹⁸⁵ Nederlandse vertaling van het RvE-corruptieverdrag, *Trb.* 2000, 130, p. 43-44.

het delict van trading in influence. Daarin schuilt dan ook het verschil met omkoping: degene die de beïnvloede beslissing neemt, is niet strafbaar. De minister kan immers best in de veronderstelling leven dat hij zich gewoon via zijn gebruikelijke kanalen heeft laten adviseren en dat hij de meest juiste beslissing heeft genomen.

Een deel van de gevallen van ongeoorloofde beïnvloeding zal kunnen worden ondervangen door de strafbaarstelling van (indirecte) omkoping.¹⁸⁶ In genoemd voorbeeld zal dan moeten worden aangetoond dat de minister zelf een voordeel heeft aangenomen, zij het indirect, namelijk via of middels zijn levenspartner of zijn persoonlijke assistent. In ieder geval moet de minister op de hoogte zijn dat een voordeel is aangenomen met een bepaald doel. Dit wordt lastig wanneer de invloedverhandelaar aantoonbaar op eigen houtje heeft gehandeld, buiten medeweten van de minister om. Als dan die persoon niet kan worden aangemerkt als ambtenaar, dan kan hij niet voor passieve ambtelijke omkoping worden vervolgd en de koper van de invloed niet als actieve omkoper.

Een strafbaarstelling als deze was zoals gezegd niet eerder opgenomen in een anti-corruptieverdrag en is in die zin vrij nieuw. Het past in de brede, veelomvattende benadering van het corruptieprobleem die de Raad van Europa voorstaat met zijn ‘Actieprogramma tegen corruptie’ dat hiervoor besproken is.¹⁸⁷ Tegelijkertijd wilde de Raad uiteraard ook dat een zo groot mogelijk aantal staten het verdrag zou ratificeren. De Raad was zich terdege bewust dat een verplichting tot strafbaarstelling van deze indirecte vorm van corruptie op weerstand zou kunnen stuiten bij staten en reden zou kunnen zijn voor staten om het verdrag niet te ratificeren. Om deze reden biedt het RvE-corruptieverdrag in artikel 37 lid 1 de mogelijkheid voor staten om de in artikel 12 genoemde gedraging niet als strafbaar feit aan te merken. Toch hadden bij sluiting van het manuscript slechts 12 partijstaten bij het verdrag een voorbehoud gemaakt met betrekking tot artikel 12. Daarvan hadden 3 staten (expliciet) slechts een gedeeltelijk voorbehoud gemaakt. Derhalve heeft een grote meerderheid – 31 van 43 partijstaten bij het verdrag – wel een strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding in de nationale wetgeving opgenomen of toegezegd dit te zullen doen. Nederland is één van de 12 partijstaten die een voorbehoud op artikel 12 hebben gemaakt. Dit voorbehoud wordt in paragraaf 6.4.2.1 besproken.

3.4.2.2 Aansprakelijkheid van rechtspersonen

Het RvE-corruptieverdrag bevat in artikel 18 een verplichting voor partijstaten “om zich ervan te vergewissen dat rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de krachtens dit Verdrag strafbaar gestelde feiten actieve omkoping, ongeoorloofde beïnvloe-

¹⁸⁶ Dat is ook het argument dat Nederland aanvoert voor het voorbehoud dat het maakt met betrekking tot strafbaarstelling van trading in influence. Zie paragraaf 6.4.2.1.

¹⁸⁷ Programme of Action against Corruption, GMC (96) 95, p. 33.

ding en witwassen van kapitaal [...]". Onder ‘rechtspersoon’ verstaat het verdrag “*ieder lichaam dat een dergelijke hoedanigheid krachtens het toepasselijke nationale recht bezit, met uitzondering van Staten of andere openbare lichamen bij de uitoefening van overheidsbevoegdheden, en van publiekrechtelijke internationale organisaties.*”¹⁸⁸ De bepaling is een vrijwel letterlijke kopie van artikel 3 van het tweede protocol bij de EU-fraudeovereenkomst, dat hiervoor in paragraaf 3.3.1.4 is besproken. Derhalve wordt hiernaar verwezen en wordt op artikel 18 van het RvE-corruptieverdrag niet nader ingegaan.

3.4.2.3 Sancties

Artikel 19 eist weer, net als de sanctiebepalingen in de EU-regelgeving en het OECD-corruptieverdrag, dat de sancties en maatregelen die partijstaten verbinden aan de bij dit verdrag strafbaar gestelde feiten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en dat wanneer het strafbare feit is gepleegd door een natuurlijk persoon de (maximum) sanctie zodanig moet zijn dat uitlevering mogelijk is.

Rechtspersonen moeten in aanmerking kunnen komen voor strafrechtelijke of niet-strafrechtelijke sancties, met inbegrip van geldelijke sancties, welke doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, zo stelt lid 2 van artikel 19. Ook hier is vrijwel letterlijk een bepaling uit EU-regelgeving gekopieerd, namelijk artikel 4 lid 1 van het tweede protocol bij de EU-fraudeovereenkomst, hiervoor besproken in paragraaf 3.3.1.5. Anders dan het tweede protocol geeft artikel 19 lid 2 van het RvE-corruptieverdrag geen voorbeelden van mogelijke (niet-strafrechtelijke) sancties, daar men meende dat dit niet de taak is van de Raad van Europa. “*On this point the Parties inevitably need the discretionary power to create a system of criminal offences and sanctions that is in coherence with their existing national legal systems*”, zo luidt de toelichting bij deze bepaling.¹⁸⁹ Voor het overige wordt verwezen naar de bespreking van genoemde EU-regelgeving.

3.4.2.4 Rechtsmacht

De reikwijdte van het RvE-corruptieverdrag wordt grotendeels bepaald door artikel 17, dat regels omtrent de te creëren rechtsmacht bevat. Deze bepaling laat echter partijstaten een enorme vrijheid in het bepalen van deze rechtsmacht.

Het eerste lid van artikel 17 opent onder a met het territorialiteitsbeginsel. Hierin wijkt het niet af van de eerder besproken verdragen: reeds indien slechts een gedeelte van de omkoping op het grondgebied van een partijstaat heeft plaatsgevonden, dient dat voldoende te zijn voor het aannemen van rechtsmacht van die partijstaat. Het beginsel dient daarbij ruim te worden geïnterpreteerd.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Artikel 1 onder d van het RvE-corruptieverdrag.

¹⁸⁹ Paragraaf 92 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁹⁰ Paragraaf 79 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

Onder b van lid 1 is het nationaliteitsbeginsel geformuleerd door te bepalen dat elke partijstaat rechtsmacht dient te vestigen over gevallen waarin de dader een onderdaan, een overheidsfunctionaris of een lid van een nationale openbare vergadering van die partijstaat is. Als deze personen om het even waar ter wereld een krachtens de artikelen 2 tot en met 14 van het verdrag strafbaar gesteld feit plegen, dienen zij daarvoor in eigen land vervolgd te kunnen worden. In veel gevallen zal een overheidsfunctionaris of een lid van een nationale openbare vergadering van een partijstaat tevens onderdaan zijn van die lidstaat, maar uitzonderingen zijn mogelijk.

In onderdeel c is een verplichting tot vestiging van rechtsmacht neergelegd die, evenals het bepaalde onder b, is gebaseerd op het nationaliteitsbeginsel. Anders dan onder b wordt de rechtsmacht over de dader niet gegrond op de nationaliteit van die dader, maar de nationaliteit van de andere betrokken persoon. Als die andere betrokkene een overheidsfunctionaris of een lid van een nationale openbare vergadering van de desbetreffende partijstaat is, heeft die partijstaat rechtsmacht over de eerste persoon, de dader. Dit geldt eveneens als de betrokkene een internationale ambtenaar (als bedoeld in artikel 9 van het verdrag), een lid van een internationale parlementaire vergadering (als bedoeld in artikel 10 van het verdrag) of een rechter of ambtenaar van een internationaal gerechtshof (als bedoeld in artikel 11 van het verdrag) is en tevens onderdaan van de betreffende partijstaat is. Uit de genoemde mogelijke hoedanigheden van de ‘betrokkene’ – alle genoemde personen zijn overheidsdienaren – blijkt dat met de term ‘betrokkene’ voornamelijk gedoeld wordt op degene die wordt omgekocht. Dit blijkt ook uit de toelichting bij deze bepaling waarin uitgelegd wordt dat op grond van onderdeel c de rechtsmacht over de omkoper wordt bepaald door de status van de omgekochte.¹⁹¹ Als dus bijvoorbeeld een Nederlandse nationale ambtenaar in het buitenland¹⁹² wordt omgekocht door een buitenlander, dan zou Nederland op grond van deze bepaling (mits deze is overgenomen in het nationale recht) eveneens rechtsmacht kunnen uitoefenen over de buitenlandse omkoper.¹⁹³

Lid 1 onder c spreekt, zoals gezegd van betrokkene. Hiermee wordt gedoeld op dezelfde persoon die in de EU-regelgeving zo slordig wordt genoemd: degene tegen wie het strafbaar feit is gepleegd.¹⁹⁴ De woordkeuze in het RvE-corruptieverdrag lijkt mij juister en veel passender voor de rol die wordt vervuld door de andere persoon die betrokken is bij de omkoping. De omkoping wordt niet ‘tegen’ hem ge-

¹⁹¹ Paragraaf 81 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

¹⁹² Als de omkoping in Nederland zou plaatsvinden, dan zou Nederland reeds rechtsmacht hebben op basis van het bepaalde onder a.

¹⁹³ Op grond van het onder b bepaalde zou Nederland eveneens rechtsmacht hebben over de Nederlandse ambtenaar. Dit zou ook kunnen op grond van het onder a bepaalde, mits de pleegplaats zo ruim wordt geïnterpreteerd dat het feit wordt geacht (tevens) deels in Nederland te zijn gepleegd. Zie voor de Nederlandse interpretatie van het territorialiteitsbeginsel paragraaf 5.5.1.8.1.

¹⁹⁴ Zie hiervoor in paragraaf 3.3.1.6.

pleegd, want hij is er zelf evenzeer bij betrokken. Hij is geen slachtoffer, maar zelfs een dader.

Hoewel het eerste lid van artikel 17 dwingend lijkt te zijn voorgeschreven, is in het tweede lid bepaald dat partijstaten geheel of gedeeltelijk kunnen afzien van het toepassen van regels inzake de rechtsmacht bedoeld onder b en c van het eerste lid. Uiteindelijk is dus slechts rechtsmacht op grond van het territorialiteitsbeginsel dwingend voorgeschreven.

3.4.2.5 Monitoring

In artikel 24 van het RvE-corruptieverdrag is de zorg voor het toezicht op de implementatie door partijstaten van de verplichtingen uit het verdrag opgedragen aan de GRECO. De evaluaties door de GRECO van de uitvoering en handhaving door partijstaten van de verplichtingen die voortvloeien uit de anticorruptieregelgeving van de Raad van Europa worden in het volgende hoofdstuk besproken.

3.5 Verenigde Naties

3.5.1 Inleiding

Hoewel de grootste prestatie van de VN op het gebied van wereldwijde corruptiebestrijding tot nu toe uiteraard het verdrag tegen corruptie uit 2003 is, is in het vorige hoofdstuk naar voren gekomen dat het anticorruptieprogramma van de VN meer documenten en instrumenten heeft opgeleverd. Hierna worden eerst enkele daarvan besproken, alvorens over te gaan tot de bespreking van dat VN verdrag tegen corruptie.

3.5.2 Verklaring van de Verenigde Naties tegen corruptie en omkoping in internationale commerciële transacties

De Verklaring tegen corruptie en omkoping in internationale commerciële transacties¹⁹⁵ van de VN uit 1996 stelt dat effectieve inspanningen op alle niveaus tot bestrijding en voorkoming van corruptie en omkoping in alle landen essentiële bestanddelen zijn van een gezond internationaal zakenmilieu. Hiertoe verbinden lidstaten zich aan een aantal actiepunten.¹⁹⁶

Onder het eerste punt van de Verklaring wordt in het algemeen de bestrijding van alle vormen van corruptie, omkoping en gerelateerde onwettige praktijken in inter-

¹⁹⁵ United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions, 51st General Assembly, Resolution 51/191, Annex.

¹⁹⁶ Hoewel de tekst van de Verklaring luidt "Member States [...] commit themselves", heeft die geen werkelijke bindende kracht. De Verklaring heeft niet de verplichtende werking van een verdrag.

ationale commerciële transacties aangemoedigd, maar de volgende punten van de Verklaring zijn een stuk concreter.

Zo wordt onder punt 2 de strafbaarstelling beoogd van omkoping van buitenlandse ambtenaren (public officials) en wordt onder punt 4 verklaard dat belastingaftrekbaarheid van in het buitenland betaalde steekpenningen nergens mogelijk moet zijn.

Uit de titel van de Verklaring blijkt dat de VN corruptie en omkoping zien als twee te onderscheiden fenomenen. Er wordt geen definitie gegeven van wat corruptie is, maar wel wordt (onder punt 3) aangegeven wat volgens de VN *onder andere* onder bribery, omkoping, moet worden verstaan. De Verklaring geeft een niet-limitatieve opsomming van elementen van bribery, maar doelt daarbij slechts op actieve en passieve *ambtelijke* omkoping. De omkoping van niet-ambtenaren wordt niet genoemd.

De Verklaring noemt ook de ontwikkeling en het onderhouden van zorgvuldige boekhoudregels teneinde de transparantie van internationale transacties te vergroten en bedrijven en individuen die betrokken zijn bij dergelijke transacties uit te nodigen bij te dragen aan de strijd tegen en preventie van corruptie, omkoping en daaraan gerelateerde onwettige praktijken.

Verder worden genoemd de aanmoediging van bedrijven door lidstaten tot het ontwikkelen van ‘business codes and standards’, het onderzoek naar mogelijkheden tot strafbaarstelling van ongeoorloofde verrijking door ambtenaren,¹⁹⁷ wederzijdse bijstand in strafrechtelijke onderzoeken en juridische procedures, verbeterde toegang voor opsporingsinstanties tot buitenlandse documenten en het voorkomen dat een bankgeheim in de weg staat aan opsporing van corruptie.

De Verklaring houdt slechts een belofte of intentieverklaring van VN-lidstaten in waarvan de nakoming overigens in het geheel niet kan worden afgedwongen. De Verklaring was één van de vele opmaten voor het hierna te bespreken VN Verdrag tegen corruptie. Veel van de bepalingen uit de Verklaring zijn tevens in dat verdrag opgenomen en zullen dan ook bij de bespreking hierna van dat verdrag uitgebreider aan de orde komen.

3.5.3 Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad

Het ‘Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad’ uit 2000¹⁹⁸ richt zich, zoals blijkt uit zijn titel, tegen de internationale georganiseerde misdaad. Het 41 artikelen tellende verdrag heeft tot doel de samenwerking te bevorderen teneinde grensoverschrijdende georganiseerde misdaad te voorkomen en doeltreffender te bestrijden, zo staat in het eerste artikel.

¹⁹⁷ Zie hierover ook hierna in paragraaf 3.5.4.2.

¹⁹⁸ 55th General Assembly, Resolution 55/25, 15 november 2000. Dit verdrag is ook bekend als verdrag van Palermo. Zie voor Nederlandse vertaling *Trb.* 2004, 34.

Het is het eerste verdrag van de Verenigde Naties dat een strafbaarstelling van corruptie dwingend voorschrijft (artikel 8). Het verdrag bevat daarnaast bepalingen die dwingen tot strafbaarstelling van deelname aan een criminele organisatie (artikel 5), het witwassen van de opbrengsten van misdaad (artikel 6) en obstructie van de rechtsbedeling¹⁹⁹ (artikel 23). De bepalingen in het verdrag zijn behalve van toepassing op de voorkoming, opsporing en vervolging van deze strafbare feiten, tevens van toepassing op de voorkoming, opsporing en vervolging van ‘ernstige misdrijven’²⁰⁰ die inherent grensoverschrijdend zijn en waarbij een criminele organisatie betrokken is.²⁰¹

Voor dit onderzoek is voornamelijk de corruptiebepaling van het verdrag van belang. Artikel 8 verplicht ondertekenende staten in het eerste lid tot strafbaarstelling – indien opzettelijk gepleegd – van:

- het, direct of indirect, beloven, aanbieden of verstrekken aan een overheidsfunctionaris van een niet-gerechtigd voordeel, voor de functionaris zelf of voor een andere persoon of entiteit, opdat de functionaris een handeling verricht of nalaat bij de uitoefening van zijn of haar officiële taken;
- het, direct of indirect, door een overheidsfunctionaris verzoeken om of aanvragen van een niet-gerechtigd voordeel, voor de functionaris zelf of voor een andere persoon of entiteit, opdat de functionaris een handeling verricht of nalaat bij de uitoefening van zijn of haar officiële taken.

De strafbaarstellingen komen voor het overgrote deel overeen met de strafbaarstellingen in de artikelen 2 en 3 van het RvE-corruptieverdrag, waardoor de inhoudelijke bespreking nu achterwege kan blijven.

In het tweede lid wordt ook genoemd de strafbaarstelling van handelingen als bedoeld in het eerste lid waarbij een buitenlandse overheidsfunctionaris of internationale ambtenaar betrokken is, maar deze bepaling wordt de partijen slechts in overweging gegeven en bevat dus geen verplichting voor partijen. Ook “andere vormen van corruptie” kunnen strafbaar worden gesteld, maar niet wordt toegelicht wat de

¹⁹⁹ Hierbij gaat het volgens de memorie van toelichting bij de Nederlandse goedkeuringswet om de volgende strafbare feiten: “*het gebruik van geweld, bedreiging, intimidatie of de belofte, aanbod of geven van een niet gerechtvaardigd voordeel om een valse getuigenverklaring uit te lokken, invloed uit te oefenen op het afleggen van een getuigenverklaring of op het overleggen van bewijsmateriaal, het gebruik van geweld, bedreiging of intimidatie om invloed uit te oefenen op een rechter of een officier van justitie*” (Kamerstukken I/II 2003/04, 29 512 (R 1757), A en nr. 1, p. 16).

²⁰⁰ Dit zijn ingevolge artikel 2 sub b van het verdrag handelingen die een strafbaar feit vormen waarop een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste vier jaar of een zwaardere straf staat.

²⁰¹ Artikel 3 lid 1.

mogelijke andere vormen zijn. Als een partijstaat besluit enige vorm van corruptie strafbaar te stellen dan dient ingevolge het derde lid van artikel 8 ook de deelneming als medeplichtige aan dat strafbare feit strafbaar te zijn.

‘Overheidsfunctionaris’ in de leden 1 en 2 dient te worden uitgelegd als overheidsfunctionaris of persoon die een publieke dienst verricht als omschreven in het nationale recht en toegepast in het strafrecht van de partijstaat waar de betrokken persoon die functie uitoefent. Dit is bepaald in het vierde lid van artikel 8.

Naast de strafbaarstelling van omkoping in artikel 8 is ook artikel 9 van het verdrag gericht tegen corruptie. De bepaling spoort partijstaten aan de integriteit binnen het gehele overheidsapparaat te bevorderen en corruptie onder ambtenaren te voorkomen, op te sporen en bestraffen. De instanties die de partijstaten met deze opdracht belasten, dienen voldoende onafhankelijkheid te krijgen, voegt lid 2 daaraan toe. Dit tweede lid lijkt eveneens overgenomen te zijn uit het RvE-corruptieverdrag, waarvan artikel 20 de onafhankelijkheid van de gespecialiseerde autoriteiten voor corruptiebestrijding beoogt te waarborgen.

Zoals gezegd is slechts de strafbaarstelling van binnenlandse omkoping dwingend voorgeschreven. Waardevol voor de corruptiebestrijding is dit verdrag dan ook eigenlijk niet echt. De bepalingen zijn bovendien te globaal om als effectief instrument tegen corruptie te functioneren. Hoewel de waarde van het verdrag als geheel niet onderschat moet worden (het was het eerste *wereldwijde* instrument ter bestrijding van de georganiseerde misdaad), is de betekenis ervan voor de corruptiebestrijding door de VN slechts die van een opstap. Een opstap naar het tot nu toe meest omvattende instrument tegen corruptie, zowel qua inhoud als qua aantal partijen: het VN Verdrag tegen corruptie. Dit verdrag maakt de artikelen 8 en 9 van dit oudere verdrag dan ook eigenlijk overbodig.

3.5.4 Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie

Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie kan worden gezien als de culminatie van alle daaraan vooraf tot stand gekomen internationale en regionale instrumenten tegen corruptie. Niet alleen de omvang van de maatregelen, maar ook het aantal staten dat zich heeft verbonden aan het verdrag is groter dan ooit tevoren.²⁰²

De strafbaarstellingen zijn een belangrijk onderdeel van het verdrag, maar vormen slechts één van de zes inhoudelijke hoofdstukken ervan. Preventieve maatregelen, internationale samenwerking, het terugkrijgen van activa, technische bijstand en uitwisseling van informatie en mechanismen ten behoeve van de uitvoering vormen de onderwerpen van de overige hoofdstukken.

²⁰² Bij sluiting van het manuscript hadden 139 staten en de Europese Gemeenschap het verdrag ondertekend en telde het verdrag 137 partijen.

Hoewel het verdrag veel roem toekomt vanwege het grote aantal deelnemende staten, heeft dit laatste ook zijn tol geëist voor wat betreft de doeltreffendheid van het verdrag. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds is besproken, was de weg naar het sluiten van dit verdrag een lange en hobbelige. Er bestond veel onenigheid tussen de rijkere en armere landen over waar de accenten moesten komen te liggen. Om toch een document te kunnen presenteren dat op de instemming van een zo groot mogelijk aantal staten kon rekenen en dus door zoveel mogelijk staten zou worden ondertekend, zijn veel concessies gedaan en dat is te merken. Verscheidene bepalingen waren aanvankelijk scherper geformuleerd dan de redactie die ze uiteindelijk in het verdrag hebben gekregen. Daarnaast is, zoals hieronder aan de orde komt, een groot aantal verdragsbepalingen vrijblijvend geformuleerd. Deze 'soft law'-bepalingen worden slechts ter overweging opgelegd of voorgelegd aan de ondertekenende staten en kunnen zonder veel moeite worden genegeerd. De vrijblijvendheid van veel bepalingen was (uiteraard) oorspronkelijk niet steeds beoogd, maar hier heeft het onderhandelen tussen het grote aantal landen met elk zijn eigen problematiek en politieke agenda zijn tol geëist.²⁰³

3.5.4.1 Strafbaarstelling en rechtshandhaving

Het derde hoofdstuk van het VN-corruptieverdrag – getiteld 'Strafbaarstelling en rechtshandhaving' – bevat ten opzichte van de eerdere anticorruptieverdragen praktisch geen nieuwe dwingend voorgeschreven strafbare feiten, dat wil zeggen strafbaarstellingen die staten verplicht moeten overnemen. De gebruikelijke strafbaarstellingen van actieve en passieve omkoping brengen niets nieuws ten opzichte van eerder tot stand gekomen strafbaarstellingen binnen de andere hierboven besproken gremia. De toegevoegde waarde van het VN-corruptieverdrag moet eerder worden gezocht in het grote aantal partijen dat zich heeft verenigd dan in de vernieuwendheid van de strafbaarstellingen.

De verplicht voorgeschreven strafbare gedragingen zijn achtereenvolgens actieve en passieve omkoping betreffende nationale overheidsfunctionarissen (artikel 15), actieve omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen en internationale ambtenaren (artikel 16) verduistering, onrechtmatig gebruik of ander misbruik van goederen door een overheidsfunctionaris (artikel 17), het witwassen van de

²⁰³ Een voorbeeld van deze afzwakking is het voorstel van Oostenrijk, Nederland en Frankrijk voor een streng artikel 10 met betrekking tot de financiering van politieke partijen (A/AC.261/L.21). Zie het herziene concept van het verdrag, maart 2002, A/AC.261/3/Rev.1

<www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_2/3rev1.pdf>. Na veel weerstand van onder andere de VS zijn in het definitieve verdrag slechts 2 zwakke artikelleden in artikel 7 overgebleven (artikel 7 lid 2 en 3).

opbrengsten van misdaad (artikel 23) en de obstructie van de rechtsbedeling²⁰⁴ (artikel 25).

Partijen dienen de wettelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen te regelen, al worden zij vrij gelaten in de keuze of dat een strafrechtelijke, civielrechtelijke of bestuursrechtelijke aansprakelijkheid zal zijn (artikel 26). De VN volgt ook hier dezelfde lijn als die van de eerder besproken instrumenten.

Ambtenaar

Bij de totstandkoming van het VN-corruptieverdrag is uiteraard gekeken naar en geleerd van reeds bestaande anticorruptieverdragen. Duidelijk was dat behoefte bestond aan een duidelijk ambtenaarbegrip. In het VN-corruptieverdrag is daartoe in artikel 2 dat de betekenis geeft van een aantal in het verdrag gebruikte termen, een uitvoerige omschrijving opgenomen van wat in het verdrag moet worden verstaan onder ‘public official’, of, zoals de officiële Nederlandse vertaling luidt, ‘overheidsfunctionaris’. Volgens het verdrag valt hieronder:

- “i. iedere persoon die een wetgevend, uitvoerend, bestuurlijk of rechterlijk ambt van de Staat die partij is bekleedt, hetzij door benoeming dan wel door verkiezing, hetzij permanent dan wel tijdelijk, hetzij betaald of onbetaald, ongeacht de anciënniteit van deze persoon;*
- ii. iedere persoon die een openbare functie uitoefent, met inbegrip van een overheidsinstelling of overheidsbedrijf, of een publieke dienst verricht, als omschreven in het nationale recht van de Staat die partij is en als toegepast in het relevante rechtsgebied van de Staat die partij is;*
- iii. iedere andere persoon die valt onder het begrip “overheidsfunctionaris” als omschreven in het nationale recht van een Staat die partij is. Voor de toepassing van een aantal specifieke maatregelen vervat in Hoofdstuk II van dit Verdrag (betreffende preventieve maatregelen, GS) kan echter onder “overheidsfunctionaris” worden verstaan iedere persoon die een publieke functie uitoefent of een publieke dienst verricht als omschreven in het nationale recht van de Staat die partij is en als toegepast in het relevante rechtsgebied van die Staat die partij is.”²⁰⁵*

De ‘foreign public official’, of buitenlandse overheidsfunctionaris, is afzonderlijk gedefinieerd. Dit kan volgens het verdrag zijn *“iedere persoon die een wetgevend, uitvoerend, bestuurlijk of rechterlijk ambt van een ander land bekleedt, hetzij door benoe-*

²⁰⁴ De betekenis hiervan is hiervoor bij de bespreking van het VN Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad (paragraaf 3.5.3) aan de orde gekomen. Hierna wordt niet verder ingegaan op dit strafbare feit, aangezien het niet zozeer specifiek met de bestrijding van corruptie te maken heeft, maar eerder ziet op de bescherming van de strafrechtspleging in het algemeen.

²⁰⁵ Nederlandse vertaling zoals opgenomen in *Trb.* 2005, 244, p. 3-4.

ming dan wel door verkiezing; en iedere persoon die een openbare functie voor een ander land uitoefent, met inbegrip van een overheidsinstelling of overheidsbedrijf.²⁰⁶

Deze definitie is veel minder gespecificeerd dan de hiervoor genoemde algemene definitie van de overheidsfunctionaris, maar minstens zo ruim. Evenals in het OECD-corruptieverdrag is een autonome definitie gekozen, opdat de strafbaarheid van de omkoping van een buitenlandse overheidsfunctionaris niet afhankelijk kan worden gesteld van buitenlandse definities van het begrip ambtenaar.

Ook voor de functionaris van een internationale publiekrechtelijke organisatie is een autonome definitie vastgesteld: *een internationale ambtenaar of iedere persoon die door een dergelijke organisatie is gemachtigd namens haar op te treden*.²⁰⁷ Dit komt inhoudelijk overeen met de definitie die in de hiervoor besproken instrumenten is gehanteerd.

3.5.4.2 Soft law bepalingen

Naast de verplicht voorgeschreven strafbaarstellingen die hierboven zijn beschreven, bevat het verdrag een aantal bepalingen dat ter overweging aan partijstaten wordt opgedragen. Deze bepalingen hebben een facultatief karakter en kunnen door partijstaten moeiteloos worden opzijgeschoven. Het zijn echter juist deze bepalingen die de meeste vernieuwing in zich dragen.

Artikel 18 van het verdrag adviseert tot strafbaarstelling van ‘trading in influence’, of ongeoorloofde beïnvloeding en luidt als volgt.

“Elke Staat die partij is, overweegt de wettelijke en andere maatregelen te nemen die nodig kunnen zijn om de volgende handelingen, indien zij opzettelijk zijn gepleegd, strafbaar te stellen:

- a. het, direct of indirect, beloven, aanbieden of geven van elk onverschuldigd voordeel aan een overheidsfunctionaris of andere persoon opdat deze overheidsfunctionaris of persoon zijn reële of veronderstelde invloed misbruikt om van een bestuur of overheidsinstelling van de Staat die partij is een onverschuldigd voordeel te verkrijgen ten behoeve van de aanzetter tot deze handeling of enige andere persoon;*
- b. het, direct of indirect, verzoeken om of aanvaarden van een onverschuldigd voordeel voor de overheidsfunctionaris zelf of voor een andere persoon opdat deze overheidsfunctionaris of persoon zijn reële of veronderstelde invloed misbruikt om van een administratie of overheidsinstelling van de Staat die partij is een onverschuldigd voordeel te verkrijgen.”*²⁰⁸

²⁰⁶ Artikel 2 onder b van het VN-corruptieverdrag.

²⁰⁷ Artikel 2 onder c van het VN-corruptieverdrag.

²⁰⁸ Nederlandse vertaling zoals gepubliceerd in *Trb.* 2005, 244, p. 14.

Hierboven bij de bespreking van het RvE-corruptieverdrag is deze strafbaarstelling eveneens aan de orde gekomen.²⁰⁹ De opmaak en woordkeus wijkt weliswaar af,²¹⁰ maar de inhoudelijke verschillen met artikel 12 van het RvE-corruptieverdrag zijn zodanig minimaal dat voor een inhoudelijke bespreking van artikel 18 van het VN-corruptieverdrag verwezen wordt naar wat hiervoor is geschreven ten aanzien van het RvE-corruptieverdrag. Het enige verschil tussen beide bepalingen is dat de formulering met “opdat” in de bepaling uit het VN-corruptieverdrag doet vermoeden dat dit verdrag slechts de strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding ‘vooraf’ beoogt, dus het geval waarin de persoon die zijn invloed verhandelt eerst de beloning ontvangt om daarna zijn kant van de afspraak na te komen, te weten het trachten te beïnvloeden van deze of gene. De formulering van de bepaling uit het RvE-corruptieverdrag daarentegen lijkt de mogelijkheid van strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding ‘achteraf’ open te laten. Dus ook wanneer de invloedverhandelaar eerst zijn invloed aanwendt en daar achteraf een vergoeding voor vraagt, kan dat een (strafbare) ongeoorloofde beïnvloeding opleveren.

In paragraaf 6.4.2.1 worden beide bepalingen nader gezien en wordt bekeken in hoeverre een dergelijke strafbaarstelling in het Nederlandse strafrecht zou passen.

In artikel 19 van het VN-corruptieverdrag wordt een strafbaarstelling van opzettelijk gepleegde ‘abuse of functions’ (misbruik van functie) voorgesteld. Onder misbruik van functie (of positie) verstaat het VN-corruptieverdrag: *“het in strijd met de wet verrichten of nalaten van een handeling door een overheidsfunctionaris bij de uitoefening van zijn of haar functie teneinde een onverschuldigd voordeel te verkrijgen voor de functionaris zelf of voor een andere persoon of entiteit.”*²¹¹ In deze strafbaarstelling komt slechts één persoon voor. De overheidsfunctionaris is de enige actor bij dit feit, hij handelt geheel uit eigen beweging. Er is niemand die de overheidsfunctionaris aanzet (door middel van omkoping) tot het misbruiken van zijn functie, althans dat hoeft niet aangetoond te worden om een op deze verdragsbepaling gebaseerde delictsomschrijving te bewijzen.²¹²

Een andere vrijblijvend voorgeschreven strafbaarstelling is te vinden in artikel 20 van het VN-corruptieverdrag en beoogt de strafbaarstelling van ‘illicit enrichment’, waaronder het verdrag verstaat *“een aanzienlijke toename van de activa van een over-*

²⁰⁹ Zie paragraaf 3.4.2.1.2.

²¹⁰ Het VN-corruptieverdrag spreekt van ‘overheidsfunctionarissen en andere personen’ die in invloed kunnen handelen, terwijl het RvE-corruptieverdrag slechts van personen spreekt. De formulering van het RvE-corruptieverdrag omvat echter uiteraard tevens overheidsfunctionarissen.

²¹¹ Nederlandse vertaling afkomstig uit *Trb.* 2005, 244.

²¹² Dit is anders bij ‘klassieke’ corruptie, oftewel omkoping, waarbij steeds ten minste twee partijen betrokken zijn.

heidsfunctionaris waarvoor hij of zij in relatie tot zijn of haar rechtmatig inkomen geen redelijke verklaring kan geven.”²¹³

Corruptie laat meestal geen duidelijk te traceren sporen of slachtoffers (financieel of anderszins benadeelden) achter. Zonder een direct benadeelde belanghebbende, is er bovendien ook niemand die naar de politie stapt. Als er dan geen andere aanknopingspunten zijn, wordt het uiterst lastig om het bewijs van omkoping rond te krijgen. Vaak is een plotselinge stijging van het vermogen van een ambtenaar de enige aanwijzing dat die ambtenaar zich aan een corruptiedelict heeft schuldig gemaakt.

Een strafbaarstelling als voorgesteld in artikel 20 zou de strafrechtelijke bestrijding van corruptie aanzienlijk eenvoudiger maken aangezien de ambtenaar slechts op basis van het feit dat hij of zij geen redelijke verklaring kan of wil geven hoe zijn of haar vermogen zo aanzienlijk heeft kunnen stijgen strafbaar is. Er hoeft geen omkopingplot bewezen te worden om de overheidsfunctionaris te kunnen veroordelen.

In paragraaf 6.4.2.2 wordt op deze bepaling nader ingegaan, waarbij wordt gekeken hoe een dergelijke bepaling in het Nederlandse strafrecht zou kunnen worden ingepast, zonder teveel afbreuk te doen aan het ‘nemo tenetur’-beginsel.

3.5.4.3 Vervolging, berechting en sancties

In artikel 30 worden zeer uitvoerig waarborgen opgesomd die partijen in acht dienen te nemen bij (het opstellen van regels voor) de vervolging, berechting en sanctiëring van de overeenkomstig dit verdrag strafbaar gestelde feiten. In tien artikelen wordt ingegaan op de sancties die in relatie tot de ernst van het feit dienen te staan, rechterlijke bevoegdheden die “*zodanig worden uitgeoefend dat de doeltreffendheid van rechtshandhavingsmaatregelen ten aanzien van die strafbare feiten wordt geoptimaliseerd, waarbij zorgvuldig rekening wordt gehouden met de noodzaak het plegen van dergelijke strafbare feiten te ontmoedigen*”, disciplinaire sancties tegen ambtenaren, vervroegde en voorwaardelijke invrijheidstelling van veroordeelden en nog meer. Het artikel, dat deels is overgenomen van artikel 11 van het hiervoor besproken VN Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad, heeft veel weg van een algemeen hoorcollege straf- en strafprocesrecht. Het voert dan ook te ver om hier in te gaan op de waarborgen die immers in iedere rechtsstaat horen te gelden.

Ook het tien leden tellende artikel 31, dat de bevrozing, inbeslagneming en confiscatie bespreekt in relatie tot de in het verdrag voorgeschreven en voorgestelde strafbare feiten, is van een zodanig algemeen kader dat de bespreking ervan te ver voert van het onderwerp van dit onderzoek.

Ten aanzien van rechtspersonen dwingt het verdrag, evenals de eerder besproken verdragen, niet tot het creëren van *strafrechtelijke* aansprakelijkheid; civiel- of administratiefrechtelijke aansprakelijkheid is ingevolge artikel 26 voldoende. Wel dienen

²¹³ Nederlandse vertaling afkomstig uit *Trb.* 2005, 244.

de (strafrechtelijke of niet-strafrechtelijke) sancties ook volgens dit verdrag doeltreffend, proportioneel en ontmoedigend²¹⁴ te zijn.

3.5.4.4 Rechtsmacht

Artikel 42 van het VN-corrupctieverdrag bepaalt in het eerste lid dat partijstaten in ieder geval rechtsmacht dienen te vestigen met betrekking tot de overeenkomstig het verdrag strafbaar gestelde feiten, wanneer:

- a. het strafbare feit wordt gepleegd op het grondgebied van die partijstaat; of
- b. het strafbare feit wordt gepleegd aan boord van een schip dat vaart onder de vlag van die partijstaat of aan boord van een luchtvaartuig dat krachtens het recht van die partijstaat is ingeschreven op het tijdstip waarop het strafbare feit wordt gepleegd.

De bepaling noemt niet het vestigen van rechtsmacht over gevallen waarin het strafbare feit slechts gedeeltelijk op het grondgebied van de betreffende partijstaat gepleegd is, terwijl de hiervoor besproken instrumenten daartoe wel dwingen.

In het tweede lid wordt een aantal op het nationaliteitsbeginsel gebaseerde vormen van rechtsmacht ter overweging aan de partijstaten voorgelegd. De nationaliteit van de dader en van de persoon ‘tegen’²¹⁵ wie het feit wordt gepleegd kunnen aanknopingspunten voor rechtsmacht zijn, maar ook het slachtofferschap van de partijstaat zelf kan een grond bieden voor het vestigen van rechtsmacht. In de eerder besproken verdragen is deze laatste mogelijkheid niet opgenomen, terwijl het slachtoffer van omkoping juist vaak een staat als geheel is en niet bepaalde specifieke personen.

Tot slot kan op grond van artikel 42 lid 2 onder c ook het feit dat in het buitenland daden worden gepleegd die zijn gericht op het witwassen van criminele gelden op het grondgebied van de betreffende lidstaat aanleiding zijn voor het vestigen van rechtsmacht.

3.5.4.5 Monitoring

Het bevorderen van en het toezicht op de uitvoering van het verdrag is in artikel 63 opgedragen aan de ‘Conferentie van de Staten die partij zijn bij het Verdrag’. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de vorderingen die deze conferentie heeft gemaakt bij dat toezicht.

²¹⁴ Deze bewoording van de Nederlandse vertaling uit het Tractatenblad wijkt af van de bekende ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’-formule die bij de andere verdragen werd gebruikt, maar is een vertaling van dezelfde Engelse formule, die bovendien meer letterlijk is.

²¹⁵ Zie hierover paragraaf 3.3.1.6.

3.5.4.6 Afsluiting

De bespreking van het VN-corruptieverdrag is kort in vergelijking met die van de andere verdragen, hetgeen het vermoeden zou kunnen doen rijzen dat het VN-corruptieverdrag van minder belang is voor de bestrijding van corruptie. Zoals eerder gezegd zit de kracht van het verdrag deels in het grote aantal partijstaten dat erbij aangesloten is. Maar niet vergeten mogen worden de andere pijlers die het verdrag, althans in potentie, een krachtig instrument voor de wereldwijde bestrijding van corruptie maken. En hoewel in dit onderzoek verder niet inhoudelijk wordt ingegaan op deze onderdelen, kunnen ze hier niet geheel onvermeld blijven.

Het gaat dan om de eerste plaats om de preventieve maatregelen die in de artikelen 5 tot en met 14 van het verdrag deels dwingend aan de partijstaten worden voorgeschreven. Ingegaan wordt onder meer op gedragscodes voor overheidsfunctionarissen,²¹⁶ regels voor het toekennen van overheidsopdrachten, openbare verslaggeving, de integriteit van de rechterlijke macht en ook maatregelen ter bevordering van de betrokkenheid van de samenleving bij de bestrijding van corruptie.

In de tweede plaats moet het hoofdstuk over 'asset recovery' vermeld worden, dat door velen het stokpaardje van het verdrag wordt genoemd. In dit hoofdstuk worden regels gegeven voor het terughalen van door corruptie in verkeerde handen gekomen activa. Andere verdragen hebben dit onderwerp nooit goed kunnen aanpakken, mede vanwege het beperktere aantal deelnemende staten. Overigens is men ook in VN-verband²¹⁷ nog altijd bezig om deze asset recovery vorm te geven.

Ten slotte moet kort stilgestaan worden bij de artikelen 60 tot en met 62 van het verdrag die technische bijstand en de uitwisseling van informatie promoten. Deze bepalingen zijn voornamelijk bedoeld voor de bevordering van de hulp van rijke landen aan de ontwikkelingslanden bij de bestrijding van corruptie. De rijkere landen kunnen de armere landen helpen door financiële, materiële en technische bijstand, maar eveneens kan gedacht worden aan trainingen en uitwisseling van expertise, zodat ook in de ontwikkelingslanden aan een effectieve bestrijding van corruptie kan worden gewerkt.

3.6 Internationale samenwerking en wederzijdse rechtshulp

De bestrijding van een internationaal delict als grensoverschrijdende omkoping is vrijwel onmogelijk zonder samenwerking tussen staten bij de opsporing en vervolging ervan. Alle corruptieverdragen bevatten dan ook een bepaling die de internationale samenwerking bij de opsporing en vervolging van corruptiedelicten beoogt te bevorderen. Omdat de internationale samenwerking in strafzaken een afzonderlijk

²¹⁶ Het verdrag verwijst hierbij (in artikel 8 lid 3) naar de International Code of Conduct for Public Officials die hiervoor in paragraaf 2.3.5.5 is besproken.

²¹⁷ Dat gebeurt in het kader van de eerdergenoemde 'Conferentie van de Staten die partij zijn bij het Verdrag'.

onderwerp is waarover verscheidene publicaties zijn verschenen,²¹⁸ wordt daarop hier niet uitvoering ingegaan en wordt volstaan met het kort noemen van enkele mogelijkheden van samenwerking waarvoor de verdragen een grondslag bieden.

OECD

Artikel 9 van het OECD-corruptieverdrag is gewijd aan wederzijdse rechtshulp. In vergelijking met de hierna te bespreken rechtshulpregelingen van het RvE-corruptieverdrag en het VN-corruptieverdrag, is de regeling in het OECD-corruptieverdrag vrij basaal en weinig omvangrijk.

Strikt genomen verplicht het verdrag slechts tot het gehoor geven aan verzoeken van andere landen. Wanneer een verzoek binnenkomt, moet daar prompt en effectief op worden gereageerd. Landen moeten elkaar behulpzaam zijn als om die hulp gevraagd wordt. De bepaling verplicht staten niet tot het actief gebruik maken van dit instrument.

Expliciet wordt genoemd dat het bankgeheim geen reden mag zijn voor het weigeren van wederzijdse rechtshulp met betrekking tot een geval van buitenlandse omkoping. Dit moet mogelijkheden bieden om zicht te krijgen op het crimineel vermogen dat verkregen is uit buitenlandse omkoping.²¹⁹ Een dergelijke bepaling is niet nieuw, ook bijvoorbeeld het ‘Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven’²²⁰ uit 1990 bevat zo een bepaling.²²¹

Raad van Europa

Artikel 21 van het RvE-corruptieverdrag beoogt de stimulering van de samenwerking tussen de nationale opsporings- en vervolgingsautoriteiten in corruptiezaken. Het luidt als volgt.

²¹⁸ Zie onder meer E. van Sliedrecht, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orië (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008; J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Achtergronden, grenzen en mogelijkheden* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2001; F. Thomas, *Internationale rechtshulp in strafzaken*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen België 1998.

²¹⁹ De idee achter deze bepaling is goed, de vraag is echter of opname van een dergelijke bepaling in juist *dit* verdrag wel zin heeft. Het verdrag stelt slechts strafbaar de *actieve* omkoping van buitenlandse ambtenaren. Een rechtshulpverzoek gebaseerd op dit verdrag moet dus strikt genomen betrekking hebben op het onderzoek naar de omkoper en dat is nou meestal niet degene met de buitenlandse rekening waarop de steekpenning uiteindelijk terecht komt. Daarnaast is de rekening waarop de steekpenningen belanden in veel gevallen niet gevestigd in een land dat partij is bij het OECD-corruptieverdrag, dat immers voornamelijk westerse landen onder zijn partijen telt.

²²⁰ Straatsburg, 8 november 1990, ETS 141.

²²¹ Zie artikel 18 lid 7 van dat verdrag.

Iedere Partij neemt de gepaste maatregelen die nodig blijken te zijn om zich ervan te vergewissen dat de overheidsinstanties alsmede elke overheidsfunctionaris overeenkomstig het nationale recht samenwerken met de autoriteiten die belast zijn met opsporing en vervolging van strafbare feiten:

- a. door laatstgenoemde autoriteiten, op eigen initiatief, te informeren wanneer redelijke gronden bestaan om te vermoeden dat een van de krachtens de artikelen 2 tot en met 14 strafbaar gestelde feiten is gepleegd; of*
- b. door laatstgenoemde autoriteiten, op verzoek, alle noodzakelijke informatie te verschaffen.²²²*

Deze bepaling biedt de grondslag voor de uitwisseling van informatie, niet slechts op verzoek van een andere staat, maar tevens uit eigen initiatief, wanneer redelijke gronden bestaan om te vermoeden dat een van de krachtens het RvE-corruptieverdrag strafbaar gestelde feiten is gepleegd. Het artikel betreft niet zozeer de uitwisseling tussen de nationale opsporings- en vervolgingsautoriteiten onderling, want volgens de toelichting bij deze bepaling gaat het om de uitwisseling van informatie die bekend raakt bij andere overheidsdiensten, zoals belastingautoriteiten, bestuurlijke autoriteiten en arbeidsinspecties.²²³ Met artikel 21 beoogt het verdrag een grensoverschrijdende aangifteplicht te creëren, zoals die in veel landen op nationaal niveau reeds geldt voor ambtenaren.²²⁴ Artikel 21 maakt niet duidelijk of de overheidsdiensten, die kennis krijgen van een geval van omkoping waarover een ander land zou moeten worden ingelicht, dit direct moeten melden aan de buitenlandse opsporingsdiensten. Aannemelijker is dat de overheidsdiensten dit (moeten) melden bij hun eigen (gespecialiseerde)²²⁵ nationale opsporingsautoriteiten, welke vervolgens bepalen wat met de informatie dient te geschieden.

Naast de algemene bepaling in artikel 21 is het gehele zesde hoofdstuk van het verdrag gewijd aan internationale samenwerking. In een zestal artikelen worden vrij specifieke regels gegeven voor wederzijdse rechtshulp en uitlevering en de autoriteiten die met dat doel dienen te bestaan in de partijstaten. Dit zijn echter specifiek op rechtshulp gerichte bepalingen die hier om eerdergenoemde redenen verder niet worden behandeld.

Europese Unie

De EU-regelgeving bevat een uiterst algemene oproep tot samenwerking tussen de lidstaten bij de bestrijding van de strafbare feiten uit het EU-corruptieprotocol.

²²² Nederlandse vertaling zoals gepubliceerd in *Trb.* 2000, 130, p. 47.

²²³ Paragraaf 101 van het 'Explanatory Report' bij het RvE-corruptieverdrag.

²²⁴ Ook Nederland kent een dergelijke plicht, welke is neergelegd in artikel 162 van het Wetboek van Strafvordering. In paragraaf 7.2.3 wordt deze aangifteplicht nader besproken.

²²⁵ Artikel 20 van het RvE-corruptieverdrag dwingt partijstaten ervoor te zorgen dat personen of organen gespecialiseerd zijn in de bestrijding van corruptie.

Artikel 6 van de EU-fraudeovereenkomst is ingevolge artikel 7 lid 1 van het EU-corruptieprotocol ook van toepassing op dat protocol. Lidstaten worden derhalve opgeroepen om in gevallen waarin twee of meer lidstaten betrokken zijn bij een strafbaar gestelde omkoping, doeltreffend samen te werken bij het onderzoek, de vervolging en de bestraffing van het strafbaar feit, oftewel in alle stadia van de procedure. Artikel 6 somt niet-limitatief enkele voorbeelden van mogelijke samenwerking op (wederzijdse rechtshulp, uitlevering, overdracht van strafvervolging of tenuitvoerlegging van in een andere Lid-Staat gewezen rechterlijke beslissingen), maar gaat verder niet in op deze samenwerkingsvormen.

Voor wat betreft de vervolging bepaalt het tweede lid van artikel 6 nog dat wanneer meer dan één lidstaat vervolgingsbevoegd is, de betrokken lidstaten in onderling overleg dienen te bepalen wie van hen de dader of daders zal vervolgen, met het doel de vervolging zo mogelijk in één lidstaat te centraliseren.

Verenigde Naties

Internationale samenwerking vormt een belangrijk onderdeel van het VN-corruptieverdrag. Behalve de regeling in artikel 38, welke bepaling een vrijwel exacte kopie van het hiervoor besproken artikel 21 van het RvE-corruptieverdrag is, is het gehele vierde hoofdstuk van het VN-corruptieverdrag gewijd aan de bevordering van internationale samenwerking. Veel van de bepalingen uit dit hoofdstuk zijn overgenomen uit of borduren voort op het VN Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad uit 2000.²²⁶ Daarnaast is ook hier weer veel inspiratie gehaald uit het RvE-corruptieverdrag.

Het VN-corruptieverdrag is ook op dit punt zeer uitgebreid en het is de vraag of dat de effectiviteit ervan ten goede komt. Er wordt vooral een veelheid aan mogelijkheden geboden aan partijstaten om samen te werken, maar staten moeten zelf maar bekijken of en wat ze ermee zullen doen. Veel bepalingen zijn geheel vrijblijvend en dat maakt ze in feite nietszeggend. Een voorbeeld van deze nietszeggende vrijblijvendheid is artikel 45, dat zegt dat staten *“kunnen overwegen bilaterale of multilaterale overeenkomsten of regelingen te sluiten voor de overbrenging naar hun grondgebied van personen die zijn veroordeeld tot gevangenisstraf of andere vormen van vrijheidsbeneming voor overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten opdat zij het resterende deel van hun straf daar kunnen uitzitten.”* Deze bepaling lijkt niet meer dan een constatering te zijn, want staten konden dit natuurlijk altijd al. Daar was geen toestemming of iets dergelijks als in artikel 45 voor nodig. De bepaling lijkt bedoeld te zijn om staten op ideeën te brengen. Nederland heeft met verscheidene landen verdragen gesloten die het uitzitten in Nederland van in de betreffende andere landen aan Nederlanders opgelegde straffen mogelijk maken.

²²⁶ De artikelen 44 tot en met 50 komen, op een enkel artikellid na, letterlijk overeen met de artikel 16 tot en met 21 en 27 van het VN Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad. Op meer punten komen de verdragen met elkaar overeen.

Op grond van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat alle verdragen het belang van internationale samenwerking bij de handhaving van de strafbaarstellingen van (grensoverschrijdende) corruptie van groot belang achten en daarvoor handvatten hebben willen geven. Ieder nieuwer verdrag geeft meer handvatten. Het al dan niet gebruik maken van die mogelijkheden is echter aan de partijstaten zelf.

3.7 Witwasbestrijding ter bestrijding van corruptie

In de hierboven aan de orde gekomen verdragen is verscheidene malen de verbinding gelegd tussen corruptie en witwassen. Het OECD-corruptieverdrag²²⁷, het RvE-corruptieverdrag²²⁸ en het VN-corruptieverdrag²²⁹ wijden alle een bepaling aan de noodzaak tot strafbaarstelling van het witwassen van uit corruptie verkregen gelden.²³⁰ Omkoping en de andere in genoemde verdragen strafbaar gestelde feiten dienen dus gronddelict te kunnen zijn voor witwassen.

De verbinding tussen witwassen en corruptie wordt ook vanaf de andere kant, van de zijde van de witwasbestrijding gelegd. In ‘Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme’, bekend als de derde witwasrichtlijn, wordt expliciet het verband besproken tussen witwassen en omkoping. Het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie overwegen dat het witwasrisico of het risico van terrorismefinanciering in bepaalde situaties groter is, waardoor bijzonder strikte cliëntidentificatie- en cliëntverificatieprocedures vereist zijn.²³¹ *“Dit geldt in het bijzonder voor zakelijke relaties met natuurlijke personen die prominente publieke functies bekleeden of bekleed hebben,”*²³² *en dan vooral degenen die afkomstig zijn uit landen waar corruptie veelvuldig voorkomt. Dergelijke relaties kunnen vooral een groot reputatierisico en/of juridisch risico met zich brengen voor de financiële sector. De internationale inspanning ter bestrijding*

²²⁷ Artikel 7 OECD-corruptieverdrag.

²²⁸ Artikel 13 RvE-corruptieverdrag.

²²⁹ Artikel 23 VN-corruptieverdrag, in het bijzonder lid 2 onder b. Daarnaast worden staten in artikel 14 verplicht maatregelen te nemen ter voorkoming van witwassen.

²³⁰ Artikel 7 van het OECD-corruptieverdrag verplicht slechts staten die binnenlandse omkoping reeds als basisdelict voor witwassen erkennen om die erkenning uit te breiden tot buitenlandse omkoping.

²³¹ Paragraaf 24 van de inleidende overwegingen van de derde witwasrichtlijn.

²³² Het VN-corruptieverdrag bevat in artikel 52 lid 1 een soortgelijke bepaling die partijstaten voorschrijft de nodige maatregelen te nemen om *“financiële instellingen die onder zijn rechtsmacht vallen te verplichten de identiteit van cliënten te verifiëren, redelijke stappen te nemen om de identiteit vast te stellen van uiteindelijk begunstigden van fondsen die op rekeningen waarop grote bedragen staan zijn gestort en scherper toezicht te houden op rekeningen die personen die belangrijke openbare functies bekleeden of hebben bekleed, alsmede hun familieleden en mensen in hun directe omgeving aanhouden of willen openen of die tussenpersonen namens hen aanhouden of willen openen.”*

van corruptie rechtvaardigt ook een grotere aandacht voor die gevallen en de toepassing van alle gebruikelijke klantenonderzoeksmaatregelen voor binnenlandse politiek prominente personen en van uitgebreide klantenonderzoeksmaatregelen voor politiek prominente personen die in een andere lidstaat of een derde land verblijven”, zo overweegt de Europese wetgever.²³³ Dit heeft zijn weerslag gekregen in artikel 3, vijfde lid onder e van de richtlijn waarin corruptie wordt bestempeld als “ernstig strafbaar feit”, waardoor het kan dienen als basisdelict voor witwassen. Iedere vorm van criminele betrokkenheid bij corruptie is ingevolge het vierde lid van dat zelfde artikel immers een criminele activiteit welke blijkens artikel 1, tweede lid van genoemde richtlijn de grondslag van witwassen dient te kunnen vormen. Ingevolge de derde witwasrichtlijn dient het witwassen van geld verkregen uit corruptie derhalve strafbaar te zijn in de nationale wetgevingen van de EU-lidstaten.

Hoewel het leggen van een verbinding tussen witwassen en omkoping een zeer belangrijke is, niet in de laatste plaats voor de *bestrijding* van omkoping, wordt hier volstaan met slechts deze constatering. Een uitgebreide analyse van de instrumenten en instanties ter bestrijding van witwassen valt buiten het bestek van dit onderzoek. In paragraaf 7.2.1.5 wordt de mogelijke bijdrage besproken van het meldpunt voor ongebruikelijke transacties – dat traditioneel wordt gebruikt voor de bestrijding van witwassen – aan de bestrijding van omkoping.

²³³ Paragraaf 25 van de inleidende overwegingen van de derde witwasrichtlijn.

Hoofdstuk 4: Monitoring en handhaving van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de groei van de internationale aandacht voor de bestrijding van corruptie besproken. De gegroeide aandacht is mede tot uiting gekomen in het opstellen van een aantal anticorruptieverdragen. Bij ieder verdrag is een secretariaat ingesteld dat bijhoudt welke staten partij zijn bij het betreffende verdrag. Bij veruit de meeste verdragen is immers een bepaald aantal partijen nodig (staten die het verdrag hebben geratificeerd en geïmplementeerd), alvorens het in werking kan treden. Staten melden aan het secretariaat dat via een nationale procedure het verdrag is goedgekeurd en eventueel dat de nationale wetgeving in lijn met het verdrag is aangepast. Gelukkig is daarmee de kous nog niet af. Partijstaten worden (tegenwoordig) niet zomaar (meer) op hun woord geloofd, wanneer zij een bericht van ratificatie overleggen en belangrijker nog, staten geloven elkaar niet op hun woord. Met name met betrekking tot verdragen die politiek gevoelige onderwerpen bestrijken, is de politieke wil bij nationale staten tot naleving van de verdragsverplichtingen soms zwak of geheel afwezig. Het onderwerp corruptie is daar een voorbeeld van. De meeste corruptieverdragen hebben daarom voorzien in een mechanisme dat de (werkelijke) stand van zaken met betrekking tot de naleving van de verdragsverplichtingen door de partijstaten tracht te registreren. Deze zogenaamde monitoringsmechanismen beoordelen de verschillende vormen van uitvoering die de partijstaten – elk afzonderlijk – aan de verdragsverplichtingen geven. Door de documentatie ervan ontstaat een meer praktisch beeld van hoe abstracte verdragsverplichtingen concrete vorm kunnen en zouden moeten krijgen. De monitoringsrapporten hebben een bijzondere status. In bepaalde (beperkte) mate vervullen zij tevens een rechtsvormende functie, nu verschillende wettelijke uitvoeringen van verdragsverplichtingen worden getoetst aan die verdragsverplichtingen. Veel verdragsverplichtingen laten ruimte voor verschillende interpretaties. Door monitoring worden die mogelijke verschillende interpretaties zichtbaar, wat aanleiding kan zijn voor nadere discussie over wat de juiste uitleg dient te zijn. Uiteindelijk behoort een consistente uitleg van de verdragen te ontstaan die weer een soort nadere regelgeving aan de partijen bij het verdrag vormt. Immers, het uiteindelijke doel van alle verdragen is harmonisering van het (straf)recht, bijvoorbeeld op het gebied van de bestrijding van corruptie. Voor een succesvolle harmonisering is uiteraard allereerst inzicht nodig in de (verschillende) uitwerkingen die aan de verdragen zijn gegeven in verschillende rechtssystemen.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de werking en het werk van de verschillende mechanismen die de naleving van de in dit proefschrift besproken verdragen monitoren en tevens op hun rechtsvormende taak. In zeer beperkte mate komt in dit hoofdstuk de monitoring vanwege die internationale organisaties van de Nederlandse situatie aan de orde. Meer uitgebreid wordt hierop ingegaan in hoofdstuk zes.

4.2 Toezicht op de naleving van verdragen van oudsher

Het documenteren van inspanningen van verdragstaten om uitvoering te geven aan de verplichtingen die verdragen opleggen is niet voor het eerst bij corruptieverdragen geïntroduceerd. Het lijkt vanzelfsprekend dat partijen bij verdragen graag willen weten of de andere partijen zich wel houden aan hetgeen in het betreffende verdrag is afgesproken. Zo lang er internationale verdragen bestaan, bestaat derhalve de wens tot toezicht op de naleving van die verdragen. Dat toezicht is echter lang niet vanzelfsprekend geweest.

Bij kleinschalige verdragen, met een weinig gecompliceerde inhoud en met slechts een paar partijen, kan het toezicht op de naleving van de verplichtingen prima door de partijen zelf worden verricht. Bij een overtreding van de verdragsverplichtingen kunnen staten op diplomatiek niveau (door elkaar) worden terechtgewezen.¹ Lastiger wordt het wanneer ofwel de in het verdrag geregelde materie complexer wordt, ofwel het aantal staten dat partij is bij het verdrag toeneemt. Zeker in het laatste geval zal het, doordat politieke belangen van verschillende staten betrokken zijn, aanzienlijk moeilijker worden om problemen door niet-naleving van verdragsverplichtingen via diplomatieke weg op te lossen. Dan ontstaat de behoefte aan een meer objectief orgaan dat staten op enigerlei wijze tot de orde kan roepen wanneer zij zich niet aan hun verdragsverplichtingen houden.

Sinds de Tweede Wereldoorlog is het aantal internationale organisaties met werkelijke invloed sterk gegroeid.² Na de val van het Sovjetblok is in een nog globalere context de wens tot internationale samenwerking alleen maar gegroeid. Het aantal internationale verdragen met grote aantallen deelnemende staten is daardoor aanzienlijk toegenomen sinds de jaren negentig. Dit groeiend aantal verdragen met groeiende aantallen deelnemende staten maken het bestaan van gespecialiseerde toezichtorganen alleen maar noodzakelijker. Staten kunnen niet langer ongecoördineerd elkaar bij de les houden, enige centralisatie van het toezicht is gewenst.

¹ N. Blokker & S. Muller, 'General Introduction', in: N. Blokker & S. Muller (red.) *Towards more effective supervision by international organizations* (Liber Amicorum Henry Schermers), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 2.

² Voor de Tweede Wereldoorlog bestonden ook wel dergelijke organisaties – zoals de League of Nations – maar deze hadden vrijwel geen slagkracht. De meeste was geen lang leven beschoren.

Schermer constateerde in 1957 dat het vaak moeilijk is voor internationale organisaties om een beeld te krijgen van de mate waarin partij- of lidstaten aan hun (verdrags)verplichtingen voldoen.³ Alleen het Internationaal Atoomenergie Agentschap (IAEA) beschikte op dat moment over een voorziening van daadwerkelijke controle door inspecteurs. Andere organisaties waren afhankelijk van de rapporten die partij- of lidstaten zelf aanleverden. Dit was vooral problematisch met betrekking tot dictatoriale staten. Konden de rapporten van democratische staten nog gestaafd worden aan de berichtgeving in de (vrije) media en de (openbare) verslagen van de parlementaire discussie, voor dictatoriale bewinden was dit vrijwel onmogelijk.

Sinds die tijd is dat aanzienlijk veranderd, al blijft volgens Blokker en Muller de soevereiniteit van staten een grote sta-in-de-weg.⁴ Staten accepteren niet gemakkelijk het bestaan van een 'hoger' orgaan en nog minder gemakkelijk het gezag ervan. Een andere zwakte van toezicht door een internationale organisatie is, dat dit toezicht vaak meer een politiek toezicht is, aldus Blokker en Muller. Vaak is geen sprake van een werkelijk onafhankelijke positie van de toezichthouder en ontbreken objectieve regels en procedures waarlangs de toezichthouder tot zijn bevindingen dient te komen. Ook de bindende kracht van de uitspraken van toezichthouders is vaak nog geen fractie van die van rechterlijke uitspraken.⁵ Staten kunnen ze vaak zonder enige moeite naast zich neerleggen, zoals hierna blijkt bij de bespreking van enkele voorbeelden van internationaal toezicht. De internationale organen blijven, hoewel een zekere onafhankelijkheid ten opzichte van de lidstaten vereist is om te kunnen functioneren, onvermijdelijk toch afhankelijk van diezelfde lidstaten. Ze zijn immers opgericht door en bestaan bij de gratie van die lidstaten en blijven ook onder de uiteindelijke controle staan van die lidstaten.⁶ In het uiterste geval kan een lidstaat besluiten uit een organisatie te stappen wanneer die handelt op een wijze die de staat niet bevalt. Zonder steun – ook in financiële zin – van de lidstaten kan de toezichthoudende organisatie niet bestaan.

³ H.G. Schermers, *De gespecialiseerde organisaties. Hun bouw en inrichting* (diss. Leiden), Leiden: Slijthoff 1957, p. 176.

⁴ N. Blokker & S. Muller, 'Towards more effective supervision by international organizations. Some concluding remarks', in: N. Blokker & S. Muller (red.) *Towards more effective supervision by international organizations* (Liber Amicorum Henry Schermers), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 275.

⁵ Idem, p. 280.

⁶ Idem, p. 281.

4.3 Vormen van internationaal toezicht

In de loop der tijd zijn verschillende vormen van toezicht aangewend om staten te herinneren aan, te helpen bij of aan te dringen⁷ tot het voldoen aan verplichtingen die zij op zich namen door de ondertekening van een bepaald verdrag. In het navolgende worden enkele van die vormen besproken. Niet wordt getracht een volledig overzicht te geven, aangezien hier een volledige studie op zich aan gewijd zou kunnen worden.⁸

Blokker en Muller constateren dat traditioneel twee methoden worden aangewend om informatie te verkrijgen van lidstaten. Bij de eerste methode rapporteren staten schriftelijk aan de toezichhoudende organisatie over de situatie in eigen land. Een grote zwakte van deze methode is dat staten vrijwel nooit negatief zullen rapporteren over zichzelf.⁹

De tweede wijze voor het verkrijgen van informatie over staten die Blokker en Muller noemen, is via klachten van andere staten over de (vermoedelijke) niet-naleving van verdragsverplichtingen door een bepaalde staat.¹⁰ Dezelfde zwakte plek als bij de eerste methode doet zich ook hier voor: staten zijn ook zeer terughoudend in het bekritisieren van andere staten, althans op formele wijze. Staten willen niet graag dat een externe organisatie zich bemoeit met de eventuele problemen die tussen twee staten bestaan. Liever lossen staten dergelijke bilaterale problemen onderling via diplomatieke weg op, aldus Blokker en Muller.¹¹ Op het eerste gezicht lijkt het in der minne schikken van geschillen door staten onderling een goede wijze van probleemoplossen. Groot nadeel van deze manier van werken is echter dat de afspraken die staten met elkaar maken niet altijd in overeenstemming zijn met de verdragsverplichtingen waar het geschil oorspronkelijk over ging. Het gevaar bestaat dat staten zich begeven in zogenaamd 'mutual back scratching', waarbij twee staten elkaar weliswaar tegemoet komen, maar zij uiteindelijk het grotere belang dat het verdrag dient, frustreren.

In 1994 constateerden Blokker en Muller dat steeds meer gebruik werd gemaakt van een methode van toezicht waarbij het initiatief niet langer ligt bij de partijstaten,

⁷ Afdwingen is niet mogelijk, de eerder besproken afhankelijkheid van de toezichhoudende organisatie ten opzichte van de lidstaten houdt dat tegen.

⁸ Zie voor een uitvoeriger beschrijving van de rechtssystemen van internationale organisaties H. Schermers & N. Blokker, *International Institutional Law: unity within diversity*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2003, in het bijzonder hoofdstuk 10.

⁹ N. Blokker & S. Muller, 'Towards more effective supervision by international organizations. Some concluding remarks', in: N. Blokker & S. Muller (red.) *Towards more effective supervision by international organizations* (Liber Amicorum Henry Schermers), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 282.

¹⁰ Idem, p. 283.

¹¹ Idem, p. 284.

maar waar de internationale organisatie zelf een procedure van toezicht start. Daarnaast bleken de mogelijkheden voor individuele burgers toe te nemen om het handelen van staten dat in strijd is met verdragsverplichtingen aan de kaak te stellen. In beide gevallen bleek de kwaliteit van de monitoring hoger te zijn dan bij het toezicht door middel van rapporten of klachten van de lidstaten zelf.¹²

De kwaliteit van monitoring wordt daarnaast bepaald door de entiteit of de personen die de monitoring uitvoeren en dan vooral door de status van die entiteiten of personen. Voor een goede monitoring is vereist dat degenen die de monitoring uitvoeren een zekere onafhankelijkheid en onschendbaarheid genieten ten opzichte van de nationale staten. Een politiek geladen monitoring is weinig betrouwbaar.

4.3.1 Monitoring op andere gebieden

In het hiernavolgende worden enkele voorbeelden van monitoring op andere gebieden dan die van corruptiebestrijding besproken. Deze monitoring bestaat in de meeste gevallen reeds langer dan de monitoring van de corruptieregelgeving en aspecten van deze evaluatiemechanismen zijn overgenomen in de monitoring van corruptiebestrijding.

De WTO

Bij de zoektocht van de VS naar een geschikte internationale organisatie als kader voor een internationaal equivalent van de FCPA werd behalve de OECD ook de GATT ('General Agreement on Tariffs and Trade') overwogen. De GATT was van oorsprong slechts een internationaal handelsverdrag dat in 1947 was gesloten ter bevordering van de internationale handel door het vereenvoudigen of wegnemen van invoerheffingen en andere handelsbarrières door nationale staten. Hoewel de GATT nooit in werking is getreden, heeft het wel gediend als platform voor onderhandelingen die uiteindelijk tot de oprichting van de World Trade Organization (WTO)¹³ hebben geleid. Vanaf 1995 heeft de WTO, net als eerder de GATT, als doel de regulering van de internationale handel. Het bereik van de WTO is echter veel ruimer. In een aantal zeer lange onderhandelingsronden zijn steeds meer gebieden aan de agenda van eerst de GATT en daarna de WTO toegevoegd.

De afspraken die landen in het kader van de WTO maken, worden onderworpen aan het zogenaamde 'Trade Policy Review Mechanism'¹⁴. Alle leden van de WTO

¹² Idem, p. 289.

¹³ Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh, 15 april 1994, <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm>.

¹⁴ Annex 3 bij de 'Agreement Establishing the World Trade Organization', <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#annex3>. Dit review mechanisme is reeds in 1988, dus nog voordat de GATT opging in de WTO, opgericht als tijdelijk

worden een keer in de zoveel tijd aan een 'review' onderworpen. Het beoogde doel hiervan is een betere naleving van de verplichtingen van de verschillende handelsverdragen die binnen het kader van de WTO vallen. De frequentie van de reviews per staat is afhankelijk van het aandeel dat de betreffende staat heeft in de wereldhandel.¹⁵ Vanuit de WTO is een 'Trade Policy Review Body' (TPRB) opgericht die belast is met de uitvoering van de reviews van de verschillende nationale handelsbeleidsregels. Toch is het de geëvalueerde staat zelf die het gros van de informatie aanlevert in een rapport. Daarnaast wordt een rapport opgesteld door de TPRB zelf. De regeling uit 1994 voorziet echter niet in een bezoek door de TPRB aan de staat die wordt geëvalueerd. Wel wordt gebruik gemaakt van een algemeen vastgesteld formulier, zodat de rapporten zoveel mogelijk met elkaar te vergelijken zijn.

Deze wijze van monitoring kan afdoende zijn wanneer slechts regelgeving wordt geëvalueerd. Daarnaast kent de WTO een klachtenprocedure die staten kunnen starten tegen andere staten vanwege vermeende overtredingen van de verdragsverplichtingen. Een staat kan schade ondervinden van de handelsbarrières die een andere staat opwerpt. Dankzij de klachtenprocedure kan de overtreding van een verdragsverplichting door een staat, welke niet aan het licht is gekomen bij de evaluatie van de TPRB, uiteindelijk toch haar weg naar de WTO vinden middels de klachten die schadelijdende staten hierover indienen.

Wanneer echter andere staten geen belang hebben bij, of niet op de hoogte (kunnen) zijn van de situatie op een bepaald gebied in een andere staat, zal een klacht over die situatie niet volgen. De evaluerende organisatie is dan geheel afhankelijk van de informatie die een staat levert en van hetgeen verder van buitenaf, dat wil zeggen van buiten de landsgrenzen van de betreffende staat, zichtbaar is.

Deze problematiek speelt voornamelijk bij mensenrechten. Overtredingen door nationale staten van in internationale verdragen vastgelegde mensenrechten zijn vaak niet zomaar zichtbaar voor de buitenwereld. Supervisie op de naleving van verdragsverplichtingen op dit gebied vereist dan ook een andere aanpak dan de hierboven beschreven methode van de WTO.

Het CPT

Voor de controle op de naleving van het 'Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing'¹⁶ (hierna: antifolterverdrag), dat tot stand gekomen is in het kader van de Raad van Europa, is het Europees Comité inzake de voorkoming van folteringen en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen (beter bekend onder het acroniem

instrument. Met het aannemen van genoemde Agreement kreeg het mechanisme een permanente basis.

¹⁵ Annex 3 bij de 'Agreement Establishing the World Trade Organization', paragraaf C onder (ii).

¹⁶ Straatsburg, 26 november 1987, *Trb* 1988, 19.

CPT¹⁷) opgericht, dat door middel van landenbezoeken de situatie in (voornamelijk) de detentiefaciliteiten van partijstaten bij het verdrag controleert. Het CPT publiceert openbare rapporten over de omstandigheden van en in gevangenen en het gevangeniswezen in de lidstaten bij het verdrag. Op deze wijze dringt (dus niet: dwingt) het CPT staten om verbeteringen aan te brengen in regelgeving en de praktische uitvoering daarvan. Het CPT heeft geen sanctionerende bevoegdheden, maar een negatieve rapportage van het CPT kan voor een staat voldoende druk inhouden om de omstandigheden in zijn gevangeniswezen toch maar aan te pakken.

Daarnaast hebben de rapporten van het CPT een zekere rechtsvormende functie. Het CPT ontleent zoals gezegd zijn bestaan aan het antifolterverdrag van de Raad van Europa. Dit verdrag is op zijn beurt weer geïnspireerd door artikel 3 van het Europees verdrag van de rechten van de mens (hierna: EVRM), waarin het verbod op foltering is neergelegd. Het CPT houdt toezicht op de naleving van dit verdragsartikel door lidstaten. De in het EVRM neergelegde mensenrechten zijn in zekere mate abstract te noemen. Uitleg van de rechten wordt gegeven door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in Straatburg. Maar ook de rapporten van het CPT geven met betrekking tot artikel 3 EVRM een uitleg van welke concrete (nationale) situatie nog wel en welke niet meer in overeenstemming is met het folterverbod. Uit onderzoek van De Lange blijkt dat het EHRM in steeds meer gevallen de CPT-rapporten gebruikt in zijn overwegingen en veel waarde toekent aan de bevindingen en aanbevelingen van het CPT.¹⁸ Ook in zaken over aspecten van vrijheidsbeneming waar het EHRM nog niet eerder een oordeel over had gevormd, worden de oordelen van het CPT serieus genomen. Zo heeft het CPT dus in feite een rechtsvormende rol, zij het een indirecte.¹⁹

Het IMF

Het International Monetary Fund, (hierna: IMF) houdt toezicht op het internationale monetaire systeem. Hiertoe worden in het kader van het 'IMF Country Surveillance mechanism' periodiek het economische en financiële beleid geëvalueerd van de 187 landen die in het IMF verenigd zijn. Dit evalueren gebeurt feitelijk het hele jaar door, staten dienen het IMF op de hoogte te stellen van ontwikkelingen en veranderingen in het economische en financiële beleid, welke vervolgens door het IMF worden geëvalueerd. Daarnaast wordt gemiddeld eens per jaar elk land door economische experts van het IMF bezocht om te spreken met de regering en de centrale bank van het betreffende land. Vaak spreken de experts ook met andere

¹⁷ Afkorting van 'European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment'.

¹⁸ J. de Lange, *Detentie genormeerd: een onderzoek naar de betekenis van het CPT voor de inrichting van vrijheidsbeneming in Nederlandse penitentiaire inrichtingen* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 201.

¹⁹ Idem, p. 202.

belangenbehartigers, zoals parlementsleden en vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en vakbonden. Dialoog en overtuiging zijn hierbij belangrijke factoren.²⁰ De rapportages die de experts van de bezoeken opmaken, worden verzonden aan de autoriteiten van de geëvalueerde staat.

De FATF

De Financial Action Task Force kan in dit kader niet onbesproken blijven. De FATF is een intergouvernamenteel orgaan, opgericht in 1989²¹ met het doel beleid te ontwikkelen ter bestrijding van witwassen op nationaal en internationaal niveau. In oktober 2001 is het beleidsterrein van de FATF uitgebreid zodat naast witwasbestrijding nu ook de bestrijding van terrorismefinanciering een agendapunt is. Bij sluiting van dit manuscript telde de FATF 36 leden, waarvan 34 staten en 2 regionale organisaties. De FATF bestaat bij de gratie van het mandaat dat de leden geven. Dit mandaat wordt iedere vijf jaar opnieuw bezien, al is in 2004 een mandaat voor acht jaar gegeven.

De FATF beoogt de politieke wil tot de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering te vergroten opdat op nationaal niveau de benodigde regelgeving wordt ontwikkeld. In 1990 publiceerde de FATF voor het eerst zijn veertig aanbevelingen ter bevordering van de bestrijding van witwassen. Inmiddels zijn de aanbevelingen meermalen herzien, aangescherpt en uitgebreid met negen bijzondere aanbevelingen ter bestrijding van terrorismefinanciering.

Door monitoring van de inspanningen van de FATF-leden ter uitvoering van de aanbevelingen en het regelmatig bijeenkomen van die leden, poogt de FATF de naleving van de aanbevelingen te bevorderen. Het secretariaat van de FATF dat de monitoringen coördineert, is ondergebracht bij de OECD in Parijs.

Bij de monitoring maakt de FATF gebruik van de techniek van peer review die hierna nog besproken wordt. Onderdeel van de evaluatie is ook een bezoek aan de geëvalueerde staat. Daarbij maakt de FATF soms ook gebruik van de diensten van het IMF.²² De technieken van de FATF vertonen grote overeenkomsten met die van organisatie die de implementatie van het OECD-corruptieverdrag monitort. Nu op deze laatste organisatie hierna nog uitgebreid wordt ingegaan, wordt de monitoringstechniek van de FATF hier verder niet besproken.

²⁰ 'Bilateral Surveillance over Members' Policies', Executive Board Decision van 15 juni 2007, gepubliceerd in: *Public Information Notice (PIN) No. 07/69* van 21 juni 2007, paragraaf 8, te raadplegen via www.imf.org/external/np/sec/pn/2007/pn0769.htm#decision.

²¹ Tijdens de bijeenkomst van de G7 in Parijs van 14 tot en met 16 juli 1989.

²² Zo werd Koeweit bezocht door het IMF en werden de resultaten daarvan vervolgens aangenomen door de FATF. Zie voor het rapport www.fatf-gafi.org/dataoecd/35/51/48622481.pdf.

Corruptie en witwassen staan vaak met elkaar in verband. Omkoopsommen worden immers in de regel zwart betaald. Ontvangen steekpenningen vormen per definitie vermogen dat afkomstig is uit enig misdrijf, namelijk uit omkoping. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in vrijwel alle in dit onderzoek aan de orde gekomen corruptieverdragen een bepaling is opgenomen die staten dwingt tot het strafbaar stellen en bestrijden van het witwassen van uit corruptie verkregen activa.²³ Vanuit de witwasbestrijding is omgekeerd de aandacht voor corruptiebestrijding ook gegroeid.²⁴ Corruptie en omkoping zijn reeds opgenomen in de ‘aangewezen categorieën van strafbare feiten’ waarvoor geldt dat het witwassen van de opbrengsten ervan strafbaar dient te zijn ingevolge de eerste van de veertig aanbevelingen. Tijdens de plenaire bijeenkomst van de FATF in oktober 2005 werd een project aangekondigd om de ‘symbiotische relatie’ tussen corruptie en witwassen te bestuderen.²⁵ In september 2009 verzocht de G20 de FATF zijn standaarden te versterken teneinde een bijdrage te leveren in de internationale strijd tegen corruptie,²⁶ waarop onder Nederlands FATF-voorzitterschap afspraken zijn gemaakt over het integreren van corruptiepreventie en -bestrijding in beleidsprocessen van de FATF en is besloten bijzondere aandacht te gaan besteden aan de FATF-aanbeveling inzake “politically exposed persons.”²⁷ Een eerste resultaat van die bijzondere aandacht was een ‘information note’ uit oktober 2010²⁸ waarin de FATF aan zijn leden uitlegt hoe de veertig aanbevelingen tegen witwassen door juiste implementatie kunnen bijdragen aan de bestrijding van corruptie.

Tijdens een expert meeting in februari 2011²⁹ werden voor het eerst in FATF-verband ideeën uitgewisseld tussen antiwitwas-experts en anticorruptie-experts. Geconstateerd werd onder meer dat antiwitwas-inspanningen en anticorruptie-inspanningen zowel op beleidsniveau als op operationeel niveau te vaak geïsoleerd zijn van elkaar, terwijl veel van de inspanningen op het gebied van witwasbestrijding juist zeer goed kunnen worden ingezet voor de bestrijding van corruptie. Het

²³ Vergelijk artikel 7 OECD-corruptieverdrag, artikel 13 RvE-corruptieverdrag en artikel 23 VN-corruptieverdrag. Alleen de anticorruptieregelgeving van de EU bevat geen specifieke witwasbepaling, maar dat is ook niet nodig; de Europese Commissie heeft reeds een aantal richtlijnen op dit gebied uitgevaardigd.

²⁴ Zie hiervoor in paragraaf 3.7.

²⁵ Zie voor een persbericht van deze bijeenkomst <www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/36/35497629.pdf>.

²⁶ G20 Leaders' Statement: The Pittsburgh Summit, 24-25 september 2009.

²⁷ Recommendation 6.

²⁸ ‘Reference Guide and Information Note on the use of the FATF Recommendations to support the fight against Corruption’, te raadplegen via <www.fatf-gafi.org/dataoecd/59/44/46252454.pdf>.

²⁹ Zie voor een verkort verslag hiervan <www.fatf-gafi.org/document/46/0,3746,en_32250379_32235720_47219438_1_1_1_1,00.html>.

lag in de verwachting dat in de nieuwe uitgave van de veertig aanbevelingen, die bij sluiting van dit manuscript nog niet was verschenen, de aandacht voor corruptiebestrijding zou worden geïncorporeerd in de bestaande aanbevelingen.

4.3.2 De methode van ‘peer review’

Hierboven is duidelijk geworden dat er geen uniforme wijze van monitoring bestaat. Een wijze van monitoring die – met name in het hierna te bespreken OECD-verband – succesvol lijkt te zijn, is de methode van peer review. Bij deze vorm van toezicht is er geen centrale autoriteit die controleert, zoals bij het hiervoor besproken toezicht door het IMF het geval is. Bij peer review zijn het de landen zelf die elkaar evalueren. Landen beoordelen elkaars gelijken. Vaak wordt dergelijk toezicht uitgelegd als het leren van elkaar, uitwisselen van ervaringen, ‘best practice’. Van sanctionering is geen sprake, eerder van het geven van aanwijzingen en tips aan elkaar. Peer review kan zo tijd en geld besparen, nu niet ieder land zelf opnieuw het wiel hoeft uit te vinden.³⁰ Wel dient een zodanige sfeer van competitie te worden gecreëerd dat voor ‘mutual back scratching’ geen ruimte is. De bedoeling is dat peer review gepaard gaat met ‘peer pressure’, waarbij staten elkaar onder druk zetten om beter te presteren. De methode van peer review is vooral bekend door de toepassing ervan door de OECD, maar ook andere internationale organisaties maken inmiddels gebruik van deze methode.³¹

4.3.3 Het monitoren van anticorruptie-inspanningen

Hierboven is een aantal mechanismen besproken dat is opgezet om toezicht te houden op de naleving door nationale staten van bepaalde internationale regels. Voor een deel komen die overeen met het toezicht op de naleving van de anticorruptieverdragen. Er zijn echter verschillen in de te monitoren onderwerpen aan te wijzen die maken dat het toezicht op de naleving van laatstgenoemde verdragen een andere aanpak vereist.

Een groot verschil tussen de monitoring van inspanningen op het gebied van corruptiebestrijding en de hierboven beschreven monitoring is gelegen in de aard van het te monitoren onderwerp. Staten zullen bijvoorbeeld minder snel klagen over tegenvallende prestaties van een andere staat bij de bestrijding van corruptie dan het geval is bij handelsbarrières die een staat opwerpt. In het laatste geval lijden andere staten immers een zichtbaar nadeel van het gedrag van de staat die de barrière opwerpt of in stand laat. Een klachtprocedure zoals het WTO die kent, biedt in dit geval een forum voor de staten om deze onenigheid op te lossen. Het lijkt echter minder aannemelijk dat land A zal klagen over het feit dat land B corruptie niet

³⁰ Vgl. F. Pagani, *Peer review: a tool for co-operation and change*, Parijs: OECD 2003, p. 9.

³¹ Zoals hierna duidelijk wordt, maakt ook de GRECO gebruik van een dergelijke methode en de evaluaties van het VN-corruptieverdrag moeten op gelijke wijze vorm gaan krijgen.

voldoende aanpakt dan dat land A zal klagen over het feit dat land B de vrije handel dwarsboomt.

Een ander verschil tussen de monitoring door het CPT, de WTO en het IMF enerzijds en de hierna te bespreken monitoring van corruptieverdragen anderzijds, is dat bij eerstgenoemde organisaties de landenbezoeken worden geleid door onafhankelijke en onpartijdige experts, die niet als vertegenwoordigers van een nationale overheid worden gestuurd. Hierna wordt duidelijk dat de monitoring van de corruptieverdragen weliswaar door personen met verstand van corruptiebestrijding wordt uitgevoerd, maar dat deze personen niet in dienst zijn van enige toezichhoudende organisatie, maar zijn afgevaardigd door de andere landen die ook partij zijn bij het verdrag. Landen monitoren elkaar, hetgeen de betrokkenheid van de landen noodzakelijkerwijs zal doen toenemen. En dat is niet overbodig, nu de noodzaak van de bestrijding van corruptie nog altijd niet op gelijke wijze wordt ervaren als bijvoorbeeld de noodzaak van de bescherming van mensenrechten.

4.4 Voorwaarden voor een goede monitoring

Monitoring is de laatste fase van internationale aandacht voor een bepaald agendapunt. Daarmee is het zeker niet het onbelangrijkste onderdeel, eerder het omgekeerde kan worden beweerd. Zonder zicht op de naleving door partijstaten van de verdragsverplichtingen, vervallen verdragen binnen de kortste keren tot dode letters. Regeringsleiders kunnen eens in de zoveel tijd de aandacht vragen voor het feit dat een bepaald ander land bepaalde verdragsverplichtingen niet nakomt, of een oppositieleider kan dat zeggen over zijn eigen land of regering, maar zonder een georganiseerd toezicht kunnen verdragen in de vergetelheid raken. Een schaarse opmerking van een oppositie- of regeringsleider verandert daar weinig aan. Dit geldt des te meer voor verdragen die zijn gesloten ter bestrijding van een fenomeen als corruptie, dat sommige landen niet zien als een probleem – uiteraard niet officieel, maar daardoor niet minder hardnekkig – en waarvan de wil tot bestrijding lang niet vanzelfsprekend is. Hier wordt niet bedoeld op landen waar corruptie diepgeworteld is en het de dagelijkse gang van zaken beheerst. Juist de landen die het economisch goed doen en waar corruptie minder aan de oppervlakte ligt, zijn lastig te beïnvloeden. Die landen hebben belang bij het bewaren van de status quo. Het aan het licht komen van grote corruptieschandalen kan de economie slechts negatief beïnvloeden.³²

³² Het bekend worden van de Bouwfraude betekende, hoewel vast stond dat het goed was dat er een eind aan kwam, een grote klap voor het gevoel van integriteit in Nederland. De beschadigde perceptie van de integriteit van de bouwsector leidde op zijn beurt weer tot economische schade.

Een georganiseerd systeem dat de ontwikkelingen ter uitvoering van de verdragsverplichtingen documenteert en evalueert, biedt landen inzicht in de inspanningen van elkaar en creëert in het ideale geval een soort competitie tussen landen om zo goed mogelijk te voldoen aan de internationale verplichtingen. Want een slechte naam op het wereldtoneel ambieert geen enkel land.

Monitoring kan niet worden gezien als synoniem van toezicht, al zijn de overeenkomsten met deze laatste term talrijk. In vergelijking met de toezichthouder is de positie en de houding van de 'monitor' (degene die monitort) zwakker respectievelijk passiever. Hij documenteert slechts een situatie en hoewel hij wel een oordeel geeft over die situatie en eventueel zelfs een situatie kan veroordelen, is zijn krachtigste instrument slechts het doen van aanbevelingen. Bij toezicht gaat het veelal om het controleren of een bepaalde persoon of organisatie zich houdt aan bepaalde (wettelijke) regels. Bij constatering van een overschrijding van die regels kan in veel gevallen een maatregel of sanctie worden opgelegd die een stuk ingrijpender is dan de aanbevelingen van een monitor.

Nu moet de waarde van monitoring hierdoor niet verwaarloosd worden. Monitoring kan, wanneer die op een goede wijze geschiedt, wel degelijk een krachtig instrument vormen om druk uit te oefenen op landen om verdragsverplichtingen na te leven. Aan monitoring kan op vele verschillende wijzen vorm worden gegeven. Er is niet één manier aan te wijzen die de juiste is. Wel is er mijns inziens een aantal voorwaarden aan te wijzen waaraan een goede monitoring dient te voldoen. Bij de hierna te bespreken monitoringsmechanismen van de in dit onderzoek besproken anticorruptieverdragen komen deze voorwaarden ook steeds aan de orde.

Monitoring dient niet eenmalig, maar herhaaldelijk te geschieden. Het is niet voldoende wanneer slechts eenmalig wordt gecontroleerd of een land voldoet aan de eisen die een verdrag stelt. Wanneer slechts één keer wordt geëvalueerd in hoeverre een land zijn nationale wetgeving heeft aangepast conform de eisen die een verdrag stelt, dan kan nog niets geconcludeerd worden over de vraag of een land die wetgeving ook verdragsconform handhaaft. Een evaluatie is bovendien vaak slechts toch niet veel meer dan een momentopname. Zeker bij verdragen die dwingen tot bijvoorbeeld de oprichting en instandhouding van bepaalde organen (zoals een aantal corruptieverdragen doet), zal dus vaker en in feite eindeloos moeten worden bekeken of die organen (nog) wel bestaan en of ze functioneren naar behoren.

Monitoring dient uitvoerig en grondig te worden gedaan. De werkelijkheid op papier kan een geheel andere zijn dan de werkelijkheid in praktijk. Het is daarom niet voldoende dat staten zelf op een formulier de situatie in eigen land weergeven. Er bestaat nog al eens de neiging die eigen situatie rooskleuriger voor te stellen dan die in werkelijkheid is. Een voorwaarde voor effectieve monitoring is derhalve dat een commissie of werkgroep de monitoring uitvoert op basis van ten minste een bezoek aan de te monitoren landen. Bij dat landenbezoek dient gesproken te worden met

niet alleen overheidsfunctionarissen, maar ook met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en van de 'burgermaatschappij' (civil society). Juist de inspraakmogelijkheid voor non-gouvernementele organisaties kan een vollediger, kritischer en waarheidsgetrouwer beeld geven van de situatie in een land.

De resultaten van de monitoring dienen openbaar te zijn. Als een organisatie monitort in hoeverre landen aan bepaalde verdragsverplichtingen voldoen, dan is het onvermijdelijk dat in sommige gevallen aan het licht komt dat een land niet voldoet aan één of meer verdragsverplichtingen. Blokker en Muller constateerden in 1994 dat internationale organisaties meer mogelijkheden kregen om landen die niet conform de verdragsverplichtingen handelden op enigerlei wijze te sanctioneren.³³ Zij noemden als voorbeelden echter organisaties die ook daadwerkelijke mogelijke sancties tot hun beschikking hadden, zoals het opschorten van het lidmaatschap van het betrokken land bij die organisatie. Hierna wordt duidelijk dat deze mogelijkheden bij de hier besproken corruptieverdragen aanzienlijk geringer zijn, nu de naleving van die verdragen geen voorwaarde voor het lidmaatschap van de betrokken internationale organisatie is. Dat maakt de positie van die organisaties om landen te sanctioneren aanzienlijk zwakker.

Het effect van goede monitoring zou moeten zijn dat landen werk maken van het verbeteren van de kritiekpunten die bij de monitoring aan het licht gekomen zijn. Zonder sanctiemogelijkheden voor de monitorende organisatie moet die druk tot het maken van verbeteringen komen van omringende landen. Daarvoor is vereist dat de monitoringsrapportages openbaar zijn, opdat landen kunnen worden aangesproken op hun prestaties en bovendien een zekere vorm van competitie tussen landen ontstaat over welk land zijn zaakjes het beste op orde heeft. Door publicatie van de rapporten wordt het voor een ieder mogelijk om landen te vergelijken in hun inspanningen om het betreffende verdrag na te leven. Dat geeft burgers en pressiegroepen handvatten om hun overheid aan te spreken op hun tekortkomingen.

De organisatie die monitort dient onafhankelijkheid te bezitten, politieke inmenging dient zo beperkt mogelijk te zijn. Monitoring moet geen instrument van de sterkere politieke machten worden om hun wil op te leggen aan de rest van de partijstaten van een verdrag.³⁴ Het monitoringsorgaan dient derhalve zoveel mogelijk gevrijwaard te worden van politieke beïnvloeding. Aan deze onafhankelijkheid kan op verschillende wijzen uiting worden gegeven. Bij de hiervoor besproken CPT bestaat de gehele commissie uit (min of meer) onafhankelijke experts die zowel de feitelijke evaluaties

³³ N. Blokker & S. Muller, 'Towards more effective supervision by international organizations. Some concluding remarks', in: N. Blokker & S. Muller (red.) *Towards more effective supervision by international organizations* (Liber Amicorum Henry Schermers), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 293.

³⁴ Zie ook idem, p. 290.

verrichten als de rapporten vaststellen. In plaats daarvan kan ook gekozen worden voor een minder ver gaande variant waarbij slechts de feitelijke evaluaties door onafhankelijke experts worden verricht. De vaststelling en goedkeuring van die evaluatierapporten geschiedt dan wel door een vergadering waaraan delegaties van alle lidstaten deelnemen en die dus een meer politiek karakter heeft, maar de rapporten zullen door de politieke aard van die vergadering nog nauwelijks kunnen worden beïnvloed, ze zijn immers al opgesteld. De evaluatierapporten die zo ontstaan zullen over het algemeen objectiever zijn dan wanneer ook de feitelijke evaluaties door aangewezen overheidsdienaren van andere landen zijn verricht.

4.5 Monitoring van het OECD-corruptieverdrag

4.5.1 Monitoring door de OECD

De OECD heeft van oudsher een goede reputatie op het gebied van monitoring. Reeds vanaf de oprichting van de OECD in 1961 heeft de organisatie zich beziggehouden met het monitoren en 'surveilleren' op een zich nog immer uitbreidend aantal terreinen.

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, maakt de OECD bij de monitoring veel gebruik van 'peer review'. Deze methode is in de loop der jaren verder ontwikkeld en voor verschillende aandachtsgebieden van de OECD op verschillende wijzen uitgewerkt, zodat niet gesproken kan worden van een standaardmethode van peer review.³⁵ Hier wordt niet beoogd een uitputtende beschrijving van die peer review te geven, maar wordt slechts ingegaan op de methode zoals die wordt toegepast bij de monitoring van de naleving van het OECD-corruptieverdrag (en verwante regelingen).

De effectiviteit van monitoring door de OECD is gebaseerd op en sterk afhankelijk van het wederzijds vertrouwen tussen de partijstaten en het vertrouwen van die partijen in het monitoringsproces zelf. Het succes van de 'peer review'-methode in OECD-verband wordt toegeschreven aan het feit dat de leden van de OECD een vrij homogene groep vormen.³⁶ De gezichten staan meer dezelfde kant op dan bijvoorbeeld het geval is bij de (heterogene) Verenigde Naties. Onder de leden van de OECD bevinden zich geen onderlinge vijanden en vrijwel alle OECD-leden zijn westerse of verwesterde democratische rechtsstaten met een min of meer kapitalistisch karakter. Daardoor is er over het algemeen weinig wantrouwen tussen de landen. Tegelijkertijd krijgt daardoor het concurrentie-element van de peer review,

³⁵ F. Pagani, *Peer review: a tool for co-operation and change*, Parijs: OECD 2002, SG/LEG(2002)1, p. 12.

³⁶ Idem, p. 12.

de 'peer pressure',³⁷ beter vorm. Westerse landen hebben grotendeels gelijke (economische) belangen en willen die zo goed mogelijk behartigd zien.

Peer pressure is bij een inventarisatie in 1999 door de Secretary-General van de OECD genoemd als één van de twee benaderingen van monitoring die de OECD grofweg van elkaar onderscheidt, hoewel ze elkaar wel overlappen en beïnvloeden.³⁸ De eerste benadering wordt de 'rule-of-the-game'-benadering genoemd, waarbij wordt gemeten in hoeverre staten voldoen aan een reeds bestaande set van regels en standaarden. Deze benadering wordt gehanteerd in gevallen waarin in OECD-verband eerst regelgeving tot stand is gekomen die verplichtingen³⁹ schept voor de lidstaten en waarvan vervolgens de uitvoering door de lidstaten van die regelgeving wordt gecontroleerd. Doel van deze vorm van monitoring is de bevordering van de implementatie van de regelgeving door lidstaten en, indien blijkt dat de regelgeving niet voldoet, het verbeteren van die regelgeving. Volgens het rapport van de Secretary-General valt de monitoring van de uitvoering van het OECD-corruptieverdrag onder deze benadering.

De tweede benadering, die van 'peer pressure', wordt voornamelijk gebruikt wanneer er geen regelgeving is waaraan lidstaten gehouden kunnen worden en waarop ze kunnen worden aangesproken. Vanuit de OECD probeert men bepaalde concrete criteria en 'best practices' vast te stellen die lidstaten zouden moeten nastreven, maar de druk op lidstaten om te handelen volgens deze criteria moet vooral komen van de andere lidstaten. Bij peer pressure stimuleren de lidstaten elkaar om beter te presteren in de richting van de doelstellingen van de OECD.

Hoewel in het rapport van de Secretary-General uit 1999, toen de monitoring van het OECD-corruptieverdrag nog maar net begonnen was, deze monitoring nog onder de 'rule based'-benadering werd geschaard, maakte de Working Group on Bribery (hierna: WGB)⁴⁰ van de OECD bij de monitoring wel degelijk gebruik van elementen van peer pressure. Een deel van de verdragsbepalingen laat namelijk een zodanige ruimte voor interpretatie open dat daar door de WGB later invulling aan is en nog wordt gegeven.⁴¹ De voorzitter van de WGB stelde in een toespraak⁴² dat lidstaten een 'mutual self interest', oftewel een gemeenschappelijk eigenbelang

³⁷ Zie paragraaf 4.3.2.

³⁸ 'Monitoring and Surveillance Activities at the OECD and Co-operation with other International Organisations' (Note by the Secretary-General to the Executive Committee), Parijs: OECD 27 april 1999, ECSS(99)3, p. 3.

³⁹ Deze verplichtingen kunnen van uiteenlopende dwingende aard zijn. Lang niet alle OECD-instrumenten zijn immers juridisch bindend ten aanzien van de lidstaten.

⁴⁰ Deze werkgroep wordt nader besproken in paragraaf 4.5.2.1.

⁴¹ In paragraaf 4.5.2.3 wordt nader ingegaan op de rechtsvormende functie van de WGB.

⁴² Mark Pieth, toespraak tijdens congres 'Corruption and Human Rights', Maastricht 22 oktober 2009.

hebben bij de monitoring door de WGB. Lidstaten hebben volgens hem allemaal een gelijk belang bij een wereldeconomie die vrij is van omkoping. Deze situatie maakt succesvolle peer pressure mogelijk.

4.5.2 Monitoring van anticorruptie-inspanningen

Peer pressure heeft ook bijgedragen aan de in vergelijking met andere multilaterale verdragen uitzonderlijk snelle ratificatie en implementatie⁴³ van het OECD-corruptieverdrag.⁴⁴ Een andere reden voor de snelle implementatie door de lidstaten was dat het verdrag weinig schokkends bevatte,⁴⁵ het meeste stond immers reeds in de 1997 Revised Recommendation. Toch moesten met uitzondering van Ierland⁴⁶ alle ondertekenende staten een wetswijziging doorvoeren om te voldoen aan het verdrag. Nog voor de inwerkingtreding van het verdrag kwam de WGB een procedure overeen betreffende de eerste fase van monitoring. Ook dit is vrij uitzonderlijk te noemen, nu in het algemeen de partijstaten bij een verdrag pas na de inwerkingtreding van het betreffende verdrag voor het eerst bijeenkomen. In het navolgende wordt nader ingegaan op de monitoring door de OECD van de anticorruptie-inspanningen van partijstaten.

4.5.2.1 Working Group on Bribery in International Business Transactions

In hoofdstuk twee is de oprichting in 1994 besproken van de Working Group on Bribery in International Business Transactions, kortweg de Working Group on Bribery (WGB) genoemd. De WGB is ingesteld door (de voorloper van) het OECD Investment Committee,⁴⁷ welke weer ondergebracht is bij het Directorate for Financial and Enterprise Affairs.

Nadat in de 1994-Recommendation de oprichting van de WGB werd verzocht, werd in het najaar van 1994 het mandaat van de werkgroep vastgesteld.⁴⁸ Dit mandaat is in 1997 bijgesteld en uitgebreid door de 1997-Recommendation, het

⁴³ M. Pieth, 'Introduction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 18.

⁴⁴ Het OECD-corruptieverdrag trad in werking op 15 februari 1999, dus nog geen 14 maanden na de ondertekening ervan op 17 december 1997 door de lidstaten van de OECD en een aantal andere staten.

⁴⁵ Zie paragraaf 2.3.2.2.

⁴⁶ Dit betekent overigens geenszins dat Ierland zijn corruptiebestrijding reeds op orde had.

⁴⁷ Deze voorloper was het Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME). CIME is in 2004 met het Committee on Capital Movements and Invisible Transactions (CMIT) samengevoegd tot het OECD Investment Committee.

⁴⁸ Tijdens de vergadering op 5 oktober 1994 van de CIME (IME/M(94)2/ANN).

OECD-corruptieverdrag en de 'Decision of the Council Concerning Further Work on Combating Bribery in International Business Transactions'.⁴⁹

De WGB wordt gevormd door vertegenwoordigers van de 38 deelnemende landen en komt vier tot vijf keer per jaar bijeen in Parijs. Leden van de werkgroep zijn over het algemeen overheidsambtenaren van ministeries van justitie, handel, economische zaken of buitenlandse zaken van de landen.⁵⁰ Sinds de oprichting ervan in 1994 en nog altijd is voorzitter van de WGB de Zwitserse professor Mark Pieth, hoogleraar strafrecht aan de universiteit van Basel.⁵¹

De rol van de WGB is die van coördinator van het monitoringsmechanisme. De werkgroep wordt daarbij ondersteund door een secretariaat dat beheerd wordt door de OECD. Behalve logistieke steun levert het secretariaat ook expertise ter ondersteuning van de WGB.⁵²

De WGB zelf is een bijzonder orgaan. Enerzijds functioneert het als een 'Conference of State Parties', een instituut waarvan de oprichting vaker in verdragen is opgenomen en waarin staten die partij zijn bij dat verdrag eens in de zoveel tijd samenkomen om over (de werking van) het verdrag te praten en eventueel vervolgstappen te nemen. In deze hoedanigheid geniet de WGB een zekere onafhankelijkheid ten opzichte van de OECD. Anderzijds is de WGB toch wel degelijk verbonden aan de OECD en geïncorporeerd in diens hiërarchie. Het is immers de Council van de OECD waarvan de werkgroep haar taken en opdrachten heeft toebedeeld gekregen en het is diezelfde Council waaraan de WGB rapporteert en verantwoording verschuldigd is.

Deze dubbelzinnige rol is logisch wanneer men bedenkt dat ook het OECD-corruptieverdrag, waaraan de werkgroep (deels) haar bevoegdheden ontleent, een verdrag is dat formeel gezien op zichzelf staat. Het staat los van het oprichtingsverdrag van OECD en derhalve kan in beginsel ieder land, dus niet slechts OECD-

⁴⁹ C(97)240/FINAL. De Council droeg in dit besluit de WGB op onderzoek te doen naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een strafbaarstelling van omkoping in verband met het financieren van politieke partijen en de omkoping van buitenlandse personen in het vooruitzicht van een aanstelling van die personen als ambtenaar. Voorts diende de WGB onderzoek te verrichten naar buitenlandse omkoping als gronddelict voor witwassen (de 1996-Recommendation was door veel staten nog niet uitgevoerd) en naar de rol van buitenlandse dochterondernemingen en van 'offshore-centers' in omkopingstransacties.

⁵⁰ OECD Working Group on Bribery, 'Annual Report 2006', Parijs: OECD 2007, p. 8.

⁵¹ Volgens Guilmette is de persoon en het karakter van Pieth de reden van het succes van de Working Group on Bribery. Hij staat als het ware buiten de WGB, die overigens bestaat uit landendelegaties die een bepaald nationaal belang behartigen (J.H. Guilmette, *The power of peer learning. Networks and development cooperation*, New Delhi: Academic Foundation 2007, p. 222-223).

⁵² Zie bijvoorbeeld de 'Revised guidelines for Phase 2 reviews' van 27 februari 2006 (DAFFE/INV/BR/WD(2005)12/REV3) voor een overzicht van de taken van het secretariaat bij de Phase 2 evaluaties.

lidstaten, partij worden bij het verdrag.⁵³ Maar tegelijkertijd hebben de onderhandelingen die hebben geleid tot de sluiting van het corruptieverdrag wel plaatsgevonden binnen het kader van de OECD. Ook de OECD zelf lijkt het verdrag als een OECD-verdrag te beschouwen.⁵⁴ Bovendien zijn andere, deels eerder totstandgekomen instrumenten tegen corruptie die het ‘OECD-label’ hebben, zoals de eerdergenoemde Recommendations en de Richtlijnen voor multinationale ondernemingen wel echte OECD-instrumenten, maar worden deze samen met het OECD-corruptieverdrag als één instrumentarium gezien.⁵⁵

De opdracht tot en daarmee de juridische basis van het monitoren van het OECD-corruptieverdrag is gegeven in artikel 12 van dat verdrag. Het verdragsartikel dwingt partijstaten tot samenwerking in het kader van de WGB bij het toezicht op de implementatie van het verdrag door partijstaten. Nu de plicht tot systematische monitoring is vastgelegd in het verdrag zelf, kan daarvan niet zonder meer worden afgeweken.

Het officiële commentaar bij het verdrag verwijst voor de uitleg van artikel 12 naar paragraaf VIII van de 1997-Recommendation, waarin de taakomschrijving van de WGB is neergelegd. In die aanbeveling krijgt het Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME) de instructie via de WGB een programma te starten waarmee op systematische wijze de uitvoering van de aanbeveling gevolgd kan worden. In artikel 12 van het OECD-corruptieverdrag is deze monitoringstaak uitgebreid zodat sindsdien tevens dat verdrag betrokken wordt bij de monitoring. Over de totstandkoming van artikel 12 en de officiële toelichting is weinig bekend. Volgens Bonucci bestond slechts consensus op twee punten: dat een strikt monitoringsmechanisme nodig was en dat niemand enig precies idee had hoe dat mechanisme eruit zou kunnen of moeten zien.⁵⁶ Deze tegenstrijdigheid komt ook terug in de tekst van genoemd verdragsartikel. Essentiële beslissingen over de inrichting van de monitoring en over de te volgen methode en procedure zijn dan ook eerst na de totstandkoming van het OECD-corruptieverdrag genomen.⁵⁷

⁵³ De landen Argentinië, Brazilië, Bulgarije en Zuid-Afrika zijn geen lid van de OECD, maar zijn wel partij bij het OECD-corruptieverdrag.

⁵⁴ Dit is ook merkbaar op de website van de OECD: <www.oecd.org/document/21/0,3746,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>.

⁵⁵ Zie paragraaf 3.2.

⁵⁶ N. Bonucci, ‘Monitoring and Follow-up’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 448-449.

⁵⁷ Idem, p. 450.

4.5.2.2 Methode en procedure

Zoals hierboven genoemd, bepaalt paragraaf VIII van de 1997-Recommendation de te volgen werkwijze van de WGB voor systematische monitoring van de uitvoering van die aanbeveling en het OECD-corruptieverdrag. Bij de monitoring wordt gebruik gemaakt van twee elkaar aanvullende methoden van monitoring. De eerste is de (klassieke) methode van zelfevaluatie. Partijstaten rapporteren zelf, door middel van het invullen van een vragenlijst, over de situatie binnen hun landsgrenzen. De gebruikmaking van vragenlijsten bevordert de vergelijkbaarheid van de rapportages, maar is volgens de WGB voornamelijk bedoeld om staten te helpen herinneren aan de onderwerpen waarover ze dienen te rapporteren.⁵⁸ De tweede methode die blijkens de 1997-Recommendation door de WGB gebezigd dient te worden, wordt wederzijdse evaluatie genoemd. Bij deze methode is het de WGB, de verzameling van alle partijstaten, die iedere partijstaat aan een evaluatie onderwerpt volgens de eerder beschreven methode van 'peer review', waarbij staten worden beoordeeld door elkaars gelijken, namelijk andere staten.

De monitoring door de WGB kent verschillende ronden, 'phases' genoemd. Bij sluiting van dit manuscript was de tweede ronde bijna afgerond, terwijl de derde ronde reeds gestart was. Helemaal afgerond zijn de ronden nooit, aangezien iedere nieuw toetredende staat tot het verdrag alle ronden moet doorlopen. Zoals gezegd kon men zich ten tijde van de totstandkoming van het OECD-corruptieverdrag nog geen voorstelling maken van hoe de monitoring eruit zou moeten komen te zien. De te volgen procedure is in de loop der tijd vastgesteld door de WGB zelf. De indeling van de monitoringsronden die hierna wordt besproken is derhalve niet definitief, maar kan uitgebreid worden.

4.5.2.2.1 Phase 1

De eerste monitoringsronde kan meteen na de toetreding van een land tot het verdrag worden gehouden, aangezien die ronde niet veel meer inhoudt dan dat de betreffende staat per artikel van het OECD-corruptieverdrag aangeeft in hoeverre zijn nationale wetgeving daaraan voldoet. En het (voornemen om te) voldoen aan het verdrag is nu juist de voorwaarde voor toetreding tot dat verdrag. In feite is de eerste ronde slechts een eerste inventarisatie van de stand van de regelgeving in het betreffende land. De uitvoering door partijstaten van de 1997-Recommendation wordt ook wel meegenomen in de evaluatie, maar aangezien dat instrument slechts aanbevelingen bevat die niet juridisch bindend zijn voor de partijstaten, wordt daaraan minder zwaar getild.

⁵⁸ Phase 1 Questionnaire (DAFFE/IME/BR(98)8/ADD1/FINAL), p. 1.

Deze eerste evaluatie geschiedt geheel schriftelijk door middel van een vragenformulier⁵⁹ dat door de geëvalueerde staat dient te worden ingevuld. De staat wordt per verdragsartikel gevraagd hoe de daarin vervatte verplichtingen in de nationale wetgeving zijn geregeld.⁶⁰ Twee andere landen die partij zijn bij het OECD-corruptieverdrag worden aangewezen om als hoofdbeoordelaars op te treden, ondersteund door het secretariaat van de OECD. Of de personen die door de twee beoordelende landen worden aangewezen om namens hen in de eerste monitoringsronde als hoofdbeoordelaar op te treden corruptie-experts moeten zijn, wordt niet duidelijk uit de beschikbare documentatie. De ingevulde vragenlijst wordt op zijn compleetheid en duidelijkheid beoordeeld door de twee examinerende landen en door het secretariaat. Vervolgens wordt het rapport voorgelegd aan de WGB. Tijdens de bespreking van het rapport door de WGB kan het beoordeelde land zijn antwoorden op de vragenlijst toelichten. Ook kan de beoordelende landen gevraagd worden wat hun voorlopig commentaar is. Uiteindelijk wordt een rapport aangenomen door de WGB, volledige consensus binnen de WGB is daarvoor niet vereist, want het geëvalueerde land hoeft het niet eens te zijn met de resultaten. De verschillen van mening kunnen in het rapport worden opgenomen.⁶¹ Dat rapport wordt vervolgens gepubliceerd op de website van de OECD.⁶² Voor het overige blijft de gehele procedure buiten de openbaarheid, tenzij bijvoorbeeld de beoordeelde staat zelf besluit zijn eigen documenten te publiceren.⁶³

Niet is vereist dat het beoordeelde land met vlag en wimpel slaagt voor de eerste ronde. De WGB formuleert aanbevelingen welke de geëvalueerde staat geacht wordt uit te voeren. Er wordt hiervoor overigens geen termijn gesteld. Phase 1 wordt gezien als basis voor alle toekomstige evaluaties. Doel is zoals gezegd een eerste beeld te krijgen van de situatie (op papier) in de verschillende partijstaten. In de aanbevelingen in het evaluatierapport worden per land punten benoemd waaraan in de volgende evaluatieronde ten aanzien van dat land bijzondere aandacht zal worden gegeven.

⁵⁹ DAFPE/IME/BR(98)8/ADD1/FINAL.

⁶⁰ Op het vragenformulier zelf is aangegeven dat een vragenformulier eigenlijk niet noodzakelijk is, aangezien de enkele vraag hoe de geëvalueerde staat aan iedere verdragsbepaling uitvoering heeft gegeven voldoende zou zijn. De vragenlijst dient derhalve meer om de geëvalueerde staat de punten te helpen herinneren waarover iets geschreven moet worden.

⁶¹ Bonucci spreekt van een 'consensus minus one'-principe, waarbij de 'minus one' het geëvalueerde land is (N. Bonucci, 'Monitoring and Follow-up', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 455).

⁶² <www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34859_1933144_1_1_1_1,00.html#Phase_1>.

⁶³ Bijvoorbeeld de VS heeft dit gedaan.

4.5.2.2.2 Phase 1bis en 1ter

Deze evaluatie is geen officiële ronde, maar eerder een herhaling of aanvulling op Phase 1. Niet alle landen hebben deze extra ronde doorlopen. Landen die aan een Phase 1bis-evaluatie onderworpen zijn, zijn Chili, Hongarije, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk. Hongarije en het Verenigd Koninkrijk werden in het 'Phase 1'-rapport verzocht zo snel mogelijk nieuwe wetgeving op te stellen, omdat de wetgeving waarmee ze het OECD-corruptieverdrag hadden geïmplementeerd niet voldeed. De nieuwe wetgeving moest naderhand opnieuw worden geëvalueerd. In het geval van Chili kwam pas tijdens de 'Phase 2'-evaluatie aan het licht dat het land niets gedaan had met de aanbevelingen die in het 'Phase 1'-rapport waren gemaakt, zodat de 'Phase 1bis'-beoordeling plaatsvond na de 'Phase 2'-evaluatie. Chili en het Verenigd Koninkrijk hebben zelfs een 'Phase 1ter'-evaluatie ondergaan. In het Phase 1bis-rapport uit 2003 werd het Verenigd Koninkrijk gevraagd opnieuw te rapporteren zodra nieuwe wetgeving zou zijn aangenomen. Derhalve werd in 2010 een Phase 1ter-rapportage opgesteld toen de nieuwe Bribery Act 2010 was aangenomen. In Chili was een deel van de nieuwe wetgeving nog niet in werking getreden ten tijde van de 'Phase 1bis'-evaluatie, zodat het land opnieuw moest rapporteren. Beide rapporten werden twee maanden na elkaar aangenomen.

4.5.2.2.3 Phase 2

De tweede fase is gericht op de structuren die zijn opgesteld en maatregelen die genomen zijn voor de handhaving van de op het OECD-corruptieverdrag gebaseerde wetgeving en op de toepassing ervan in de praktijk. Grofweg kan gesteld worden dat Phase 1 zich richt op de wetgeving op papier en Phase 2 zich richt op de praktijk. Phase 2 betreft net als Phase 1 ook de niet-strafrechtelijke aspecten van de 1997-Recommendation bij de evaluatie. Want hoewel die aanbeveling de bindende kracht van het OECD-corruptieverdrag mist, hebben deelnemende landen wel beloofd de nakoming van het door hen ondertekende document na te streven.

De procedure van de 'Phase 2'-evaluaties is neergelegd in richtsnoeren, die voornamelijk van logistieke aard zijn. De eerste evaluatie van Phase 2 vond plaats in 2002 (Finland), maar nadien zijn de richtsnoeren voor de evaluaties verscheidene malen aangepast en uitgebreid.⁶⁴

Ook in Phase 2 worden steeds twee landen aangewezen als hoofdbeoordelaars. In de 'terms of reference' van deze ronde is, anders dan bij Phase 1, nu wel expliciet

⁶⁴ N. Bonucci, 'Monitoring and Follow-up', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 457. De richtsnoeren zijn voor het laatst gewijzigd in 2006 (DAF/INV/BR/WD(2005)12/REV3) en te raadplegen via <www.oecd.org/dataoecd/6/21/37916829.pdf>.

aangegeven dat de personen die optreden namens de beoordelende landen ‘experts’ dienen te zijn op het gebied van het onderwerp waarop de monitoring zal zien.⁶⁵

De evaluatie begint, net als in Phase 1, met een vragenformulier dat het geëxamineerde land dient in te vullen. Naast de algemene vragen die in Phase 2 door elk geëvalueerd land moeten worden beantwoord, is een aantal vragen toegevoegd dat zich specifiek op het land onder evaluatie richt, waarbij rekening is gehouden met de resultaten van de eerste evaluatieronde. Behalve dit schriftelijke deel bevat Phase 2 tevens een bezoek aan het geëvalueerde land door vertegenwoordigers van de twee landen die als examinatoren zijn aangewezen en vertegenwoordigers van het Secretariaat van de OECD. Tijdens dit bezoek van ongeveer een week wordt gesproken met magistraten, politie, belastingautoriteiten en andere spelers in het veld van de rechtshandhaving en wetstoepassing. Ook worden gesprekken gehouden met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en van belangenorganisaties. Op basis van de antwoorden op het vragenformulier, de verzamelde gegevens tijdens het bezoek aan het betreffende land en onafhankelijk onderzoek door de twee beoordelende landen en het Secretariaat van de OECD, wordt vervolgens een voorlopig evaluatierapport opgesteld, dat niet openbaar wordt gemaakt maar wel aan de regering van het geëvalueerde land wordt voorgelegd. Het geëvalueerde land kan reageren op het rapport en de daarin opgenomen aanbevelingen voor verbetering. Zo wordt voorkomen dat het rapport de lokale situatie verkeerd weergeeft; de opstellers zijn immers vaak minder bekend met het rechtssysteem van het geëvalueerde land. Getracht wordt een rapport op te stellen waarin alle betrokkenen (de twee beoordelende landen, de Working Group on Bribery van de OECD en het geëvalueerde land) zich zoveel mogelijk kunnen vinden. Een aantal plenaire vergaderingen van de WGB gaan vooraf aan de uiteindelijke goedkeuring van het rapport.⁶⁶ Alle delegaties krijgen de mogelijkheid te reageren op de bevindingen, opmerkingen en aanbevelingen van de examinerende landen. Het land dat beoordeeld is, kan publicatie van het definitieve rapport niet tegenhouden. De uiteindelijke beslissing omtrent publicatie van het rapport ligt bij de Working Group. Net als in Phase 1 kan het rapport derhalve worden goedgekeurd met een consensus min één. Wel heeft het geëxamineerde land het recht om zijn visie, opmerkingen en uitleg in het uiteindelijk gepubliceerde rapport te laten opnemen.

⁶⁵ ‘Procedure for Self- And Mutual Evaluation of Implementation of the Convention and the Revised Recommendation - Phase 2. Annex: Terms of Reference for On-Site Visits’, te raadplegen via <www.oecd.org/dataoecd/40/13/2025057.pdf>

⁶⁶ Bij deze vergaderingen is volgens Bonucci de rol van de voorzitter essentieel (N. Bonucci, ‘Monitoring and Follow-up’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 464). Hij dient een soort buitenstaander te zijn met bijzondere kennis over het onderwerp en een sterk karakter, om de landendelegaties in de WGB te leiden en te sturen. Zoals eerder opgemerkt (zie paragraaf 4.5.2.1) lijkt voorzitter Pieth te voldoen aan dit profiel.

In het evaluatierapport kan de geëvalueerde partij de opdracht (of aanbeveling)⁶⁷ krijgen tot aanpassing van bepaalde regelgeving, procedures of praktijken. Een jaar na de goedkeuring door de WGB van het rapport, dient de geëvalueerde partij mondeling verslag te doen van de stappen die genomen zijn of zullen worden genomen ter implementering van de aanbevelingen van de WGB. Nog eens een jaar later moet de partijstaat een schriftelijke voortgangsrapportage (volgens een vast sjabloon) indienen, waarin op alle aanbevelingen uit het evaluatierapport wordt ingegaan. Wanneer een land niet blijkt te hebben voldaan aan 'core matters' en er concrete actie vereist is om daar alsnog aan te voldoen, dan dient het land daar nadien in een aanvullende rapportage op terug komen, zo blijkt uit de richtsnoeren voor Phase 2.⁶⁸ De richtsnoeren geven geen kwantitatieve criteria van wat onder 'core matters' moet worden verstaan, aangezien dit de flexibiliteit van de evaluaties zou wegnemen.

4.5.2.2.4 De tanden van de WGB: Phase 2bis

Lopende de tweede monitoringsronde rees de vraag wat moest worden gedaan in het geval bij een evaluatie bleek dat het betreffende land het verdrag op veel punten niet juist of in onvoldoende mate had geïmplementeerd en zelfs na aanvullende rapportages onvoldoende verbetering zichtbaar was. Deze vraag werd in 2005 beantwoord met een wijziging van de richtsnoeren voor Phase 2, waarbij de mogelijkheid van een extra monitoring werd ingevoegd. Deze zogenaamde Phase 2bis-monitoring houdt een extra bezoek van de examinatoren aan het betreffende land in en daarmee een hoop negatieve publiciteit.

Vijf landen zijn onderworpen geweest aan een Phase 2bis-evaluatie, te weten Ierland, Japan, Luxemburg, Turkije en het Verenigd Koninkrijk. Met name voor dat laatste land zorgde de beslissing om Phase 2bis te starten voor veel negatieve publiciteit, al waren daarvoor ook andere oorzaken aan te wijzen.⁶⁹ Eén en ander heeft

⁶⁷ De aanbevelingen in de evaluatierapporten kunnen worden onderverdeeld in kwesties die actie van het geëvalueerde land vereisen en kwesties waarbij het geëvalueerde land wordt uitgenodigd te overwegen een bepaalde actie te ondernemen of waarbij de WGB stelt dat (eigenlijk) actie zou moeten worden ondernomen.

⁶⁸ Revised guidelines for phase 2 reviews, 27 februari 2006 (DAF/INV/BR/WD(2005)12/REV3), <www.oecd.org/dataoecd/6/21/37916829.pdf>, p. 18.

⁶⁹ De stopzetting in 2006 van een onderzoek van de Serious Fraud Office (SFO) naar mogelijke buitenlandse omkoping bij een defensiecontract tussen de regering van Saoedi-Arabië en het Britse bedrijf BAE Systems Plc had reeds voor de nodige opschudding gezorgd op zowel het nationale als het internationale toneel en ook binnen de WGB. De reden die de SFO voor stopzetting aanvoerde was 'public interest', terwijl artikel 5 van het OECD-corruptieverdrag expliciet bepaalt dat 'considerations of national economic interest, the potential effect upon relations with another State or the identity of the

uiteindelijk wel het aannemen van vooruitstrevende anticorruptiewetgeving in het Verenigd Koninkrijk tot gevolg gehad.

De openbaarheid van de rapporten die naar aanleiding van de evaluaties worden opgesteld is essentieel voor de kracht van de monitoring van de WGB en legt extra druk op de geëvalueerde staat om actie te nemen conform de aanbevelingen in het rapport.

4.5.2.2.5 Phase 3

Dat de monitoring door de WGB geen vaststaande procedure kent, bleek opnieuw toen in 2008 het einde van Phase 2 in zicht kwam. Het was nog niet duidelijk hoe het na afronding van deze ronde verder moest. De informatie die de Phase 2-evaluaties hadden opgeleverd, was uitvoerig bestudeerd, geanalyseerd en gebruikt als grondslag voor hulp aan landen die ervan konden leren.

De WGB ging vervolgens over tot een review van de eigen instrumenten, maar wist kennelijk niet meer hoe daarna verder te gaan. Besloten werd om in alle openheid 'de wereld' te vragen naar ideeën. In januari 2008 werd een 'consultation paper' gepubliceerd, waarin alle belanghebbenden werd gevraagd hun mening te geven met betrekking tot de te nemen stappen door de WGB.⁷⁰

Naar aanleiding van de resultaten van de review en de consultatie werd in december 2009 een nieuwe aanbeveling aangenomen die, tien jaar na de inwerkingtreding van het OECD-corruptieverdrag, de bestrijding van buitenlandse omkoping nieuw leven moest inblazen.⁷¹ Ook kwam de WGB in december 2009 een nieuwe monitoringsfase overeen. Deze derde fase behelst een permanente cyclus van toezicht op de uitvoering door partijstaten van het OECD-corruptieverdrag, de 2009-Recommendation en eerdere aanbevelingen.

Phase 3 heeft in tegenstelling tot de eerdere fasen verschillende ronden en heeft zoals gezegd vooralsnog geen einde. De ronden zijn daarentegen korter dan in eerdere fasen en meer specifiek gericht op tekortkomingen van partijstaten die bij eerdere monitoringsronden aan het licht gekomen zijn.

De WGB heeft drie pilaren geformuleerd die het fundament vormen van de derde fase en waarop de monitoring gericht is. Dit zijn:

natural or legal persons involved' geen invloed mogen hebben op de opsporing en vervolging van buitenlandse omkoping.

⁷⁰ 'Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption', 14 januari 2008, te raadplegen via <www.oecd.org/dataoecd/18/25/39882963.pdf>.

⁷¹ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Parijs, 26 november 2009, te raadplegen via <www.oecd.org/dataoecd/11/40/44176910.pdf>.

1. de verbeteringen en vooruitgang die partijstaten hebben gemaakt ten aanzien van de zwakke punten die in Phase 2 aan het licht gekomen zijn;
2. (nieuw) gerezen vragen naar aanleiding van wijzigingen in nationale wetten en het institutionele kader procedures;
3. handhavingsinspanningen van partijstaten en de resultaten daarvan en andere belangrijke kwesties die zich in meer partijstaten blijken voor te doen.⁷²

Bij sluiting van dit manuscript waren reeds tien Phase 3-rapporten aangenomen door de WGB en waren nog eens drie rapporten bijna klaar om aangenomen te worden.

4.5.2.2.6 Bijeenkomsten WGB: 'Tour de table'

Een initiatief dat volgens de WGB in de praktijk wellicht het meest effectief is, is de zogenaamde 'tour de table' die de WGB tijdens elke bijeenkomst houdt.⁷³ Tijdens de tour krijgt ieder lid van de WGB de gelegenheid om recente ontwikkelingen in zijn land ter bevordering van de implementatie van de verdragsverplichtingen te melden. Andere deelnemers kunnen hierop reageren en vragen stellen. Dit biedt de mogelijkheid om tot op zeer praktisch en concreet niveau zaken te bespreken en problemen, oplossingen en ideeën uit te wisselen. Alles geschiedt in een vertrouwelijke omgeving binnen de muren van de OECD in Parijs en van dit deel van de bijeenkomsten wordt dan ook vrijwel niets openbaar gemaakt.

Deze wijze van informatie-uitwisseling zou een goed recept kunnen zijn voor een effectieve internationale samenwerking bij de opsporing en vervolging van grensoverschrijdende omkoping. Tijdens de bijeenkomsten van de WGB kunnen echter geen rechtshulpverzoeken worden gedaan. Natuurlijk kan bij gelegenheid van dergelijke bijeenkomsten gemakkelijker op informele wijze gesproken worden over zaken – en dit is ook één van de doelen die de WGB met de 'tours de table' wil bereiken – en zo kan bijvoorbeeld blijken dat twee landen met onderzoeken bezig zijn die met elkaar te maken hebben. Zo kunnen deze bijeenkomst wel leiden tot rechtshulpverzoeken of andere samenwerkingsverbanden. Maar het is goed voor te stellen dat de landendelegaties die deelnemen aan de bijeenkomsten niet zo gretig zullen zijn om te spreken over lopende onderzoeken. Bij bijeenkomsten van de WGB zijn immers delegaties uit alle partijstaten aanwezig, waarvan niet duidelijk is of zij een lopend onderzoek zouden kunnen frustreren. Opsporingsinstanties blijken overigens ook in het algemeen hun onderzoeksgegevens niet zomaar te willen prijsgeven. Dat speelt reeds tussen verschillende opsporingsautoriteiten binnen één land, tussen verschillende landen zal dat alleen maar nog meer het geval zijn.

⁷² Post-phase 2 evaluation procedure: the conduct of phase 3 evaluations, overeengekomen door de WGB op 17 december 2009 (DAF/INV/BR(2008)25/FINAL).

⁷³ Dat is dus minimaal vier keer per jaar. Zie hiervoor in paragraaf 4.5.2.1.

De tour de table is naar buiten toe weinig transparant, maar wellicht is enige beslotenheid juist vereist zodat staten in ieder geval binnen de muren van die beslotenheid vrijuit durven te spreken

4.5.2.3 Rechtsvorming door de WGB

Met betrekking tot de uitleg van de bepalingen van het OECD-corruptieverdrag geniet de WGB enige vrijheid, zeker voor wat betreft de uitleg van bepalingen die een ruimte laten en welke niet door de uitleg van de officiële toelichting bij het verdrag wordt gevuld. Binnen de grenzen van het verdrag en de toelichting heeft de WGB zo tevens een zekere rechtsvormende taak.

Dat de WGB een uitleggende functie heeft, is gemakkelijk aan te nemen. Immers, de bepalingen in de documenten waarvan de WGB met de monitoring is belast, zijn van algemene aard. Net zoals een ‘Conference of State Parties’ bij andere verdragen, kan de WGB nadere invulling en uitwerking geven aan de bepalingen van het OECD-corruptieverdrag en gerelateerde documenten.

Een goed voorbeeld van rechtsvorming door de WGB deed zich voor bij de ‘Phase 1’-monitoring van Australië, die reeds aan de orde kwam in paragraaf 3.2.2.3.1. Het officiële commentaar bij het OECD-corruptieverdrag maakt een uitzondering op de strafbaarheid van buitenlandse omkoping wanneer het verstrekken van het voordeel aan een ambtenaar (door de vermeende omkoper) was toegestaan of vereist volgens het geschreven recht van het betreffende andere land. Naar Australisch recht was buitenlandse omkoping niet strafbaar wanneer het geschreven recht van een ander land het verstrekken van een voordeel aan een ambtenaar niet strafbaar had gesteld. Want als het feit niet (expliciet) strafbaar is, dan is het klaarblijkelijk niet verboden en dus toegestaan in dat land, meende de Australische wetgever.

De WGB had in dit geval niet meteen een oordeel klaar, maar stelde dit uit tot bij de evaluatie van de eerste monitoringsronde. Tijdens de tweede monitoringsronde werd duidelijk dat de rechtsregel toch een andere moest zijn dan welke de Australische wetgever voor ogen had. De WGB stelde in dat rapport dat “*it has been widely accepted in the Working Group on Bribery in International Business Transactions that*” een uitzondering op de strafbaarheid van buitenlandse omkoping slechts is toegestaan indien het verstrekken van het voordeel aan een ambtenaar *expliciet* is toegestaan of vereist volgens het geschreven recht van het betreffende andere land.⁷⁴ Uit de formulering die de WGB gebruikt, kan worden afgeleid dat de opvatting van (kennelijk) een ruime meerderheid van de leden van de WGB doorslaggevend is geweest voor het bepalen van de zienswijze van de WGB en daarmee van de (uitleg van de) rechtsregel.

⁷⁴ OECD Phase 2 report on Australia, <www.oecd.org/dataoecd/57/42/35937659.pdf>, p. 45.

De rechtsvormende taak van de WGB is zoals gezegd begrensd door de tekst van het OECD-corrupatieverdrag en andere OECD-instrumenten tegen corruptie, maar eveneens beperkt door het feit dat de WGB geen rechtsprekende instantie is. De evaluatierapporten en andere publicaties van de WGB hebben geen bindende kracht. De WGB werkt als aanjager voor staten om energie te steken in de bestrijding van buitenlandse omkoping en biedt een forum voor staten om elkaar te stimuleren, maar de dwingende kracht van de WGB is dus beperkt. Het is uiteindelijk aan de partijen bij het verdrag om de aanbevelingen van de WGB wel of niet op te volgen en daarmee de autoriteit van de WGB te bepalen.

4.6 Monitoring van corruptieregelgeving van de Raad van Europa

Behalve de OECD heeft ook de Raad van Europa inmiddels een aanzienlijke staat van dienst op het gebied van monitoring. Op de naleving van de ruim 200 verdragen die sinds 1949 gesloten zijn in het kader van de Raad wordt door verschillende organen toegezien. Het 'Directorate of Monitoring' vormt het overkoepelende secretariaat voor verschillende monitoringsorganen⁷⁵ en voor andere monitoringstaken die betrekking hebben op regelgeving van de Raad van Europa. De monitoringsorganen zijn alle onafhankelijk en zijn op verschillende momenten met verschillende doelen ingesteld. De opbouw, inrichting en bevoegdheden van de verschillende organen lopen dan ook uiteen. Ook de controle op de tenuitvoerlegging van uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en monitoring van het Kaderverdrag voor de bescherming van nationale minderheden is opgedragen aan het Directorate of Monitoring, maar hiervoor zijn geen aparte commissies opgericht.

Ook de GRECO, het orgaan dat verantwoordelijk is voor de monitoring van de verdragen van de Raad van Europa tegen corruptie, is ondergebracht bij het Directorate of Monitoring.

⁷⁵ Het gaat om de volgende 'committees', 'commissions' en andere 'groups'.

- CPT: European Committee for the Prevention of Torture,
- ECRI: European Commission against Racism and Intolerance,
- ECSR: European Committee of Social Rights,
- GRECO: Group of States against Corruption,
- GRETA: Group of Experts of Action against Trafficking in Human Beings, en
- MONEYVAL: Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism. MONEYVAL richt zich op lidstaten van de Raad van Europa die niet reeds lid zijn van de FATF, welke hiervoor in paragraaf 4.3.1 kort aan de orde is gekomen.

4.6.1 De GRECO

De GRECO, de groep van staten tegen corruptie, heeft een formelere en daarmee een duidelijker omlijnde basis dan de hierboven beschreven WGB. De GRECO is opgericht bij een aparte resolutie op 1 mei 1999.⁷⁶ De GRECO heeft het karakter van een vereniging. Als bijlage bij de oprichtingsresolutie werd tegelijkertijd het Statuut betreffende de Groep van Staten tegen Corruptie (hierna: GRECO-statuut) vastgesteld, waarin de doelstelling, taak, werkwijze en bevoegdheden van de GRECO zijn vastgelegd. De bepalingen uit het GRECO-statuut zijn nader uitgewerkt in de ‘Rules of Procedure’⁷⁷, welke de rol van een soort huishoudelijk reglement van de GRECO vervullen. Deze Rules of Procedure, opgesteld op grondslag van artikel 8 lid 4 van het GRECO-statuut, zijn eenvoudiger te wijzigen dan het statuut.⁷⁸ Ook op dit punt komt het karakter van de GRECO overeen met dat van een vereniging.

4.6.1.1 Doelstelling, taak en opzet van de GRECO

Het doel van de in Straatsbug gezetelde⁷⁹ GRECO is, volgens artikel 1 van het GRECO-statuut *“het vermogen van zijn leden [tot] het bestrijden van corruptie te vergroten door toe te zien, via een dynamisch proces van wederzijdse evaluatie en groepsdwang op de nakoming van de verplichtingen op dit gebied”*.⁸⁰ De GRECO is ter verwezenlijking van dit doel ingevolge het tweede artikel van het GRECO-statuut belast met het houden van toezicht op:

1. de naleving van de twintig leidende principes voor de strijd tegen corruptie uit 1997;⁸¹
2. de uitvoering van internationale juridische instrumenten, aan te nemen ingevolge het Actieprogramma tegen corruptie⁸² in overeenstemming met de in deze instrumenten vervatte bepalingen.

Het RvE-corruptieverdrag is één van die ingevolge het Actieprogramma tegen corruptie aangenomen juridische instrumenten. In artikel 24 van het RvE-corruptie-

⁷⁶ Resolution (99) 5 establishing the Group of State against Corruption (GRECO).

⁷⁷ De Rules of Procedure van de GRECO, zoals laatstelijk gewijzigd op 18 maart 2005 zijn gepubliceerd onder Greco (2005) 6^E.

⁷⁸ Voor wijziging van de Rules of Procedure is slechts een tweederde meerderheid van de stemmen vereist terwijl voor wijziging van het GRECO-statuut unanimititeit van stemmen vereist is.

⁷⁹ Artikel 3 van het GRECO-statuut.

⁸⁰ Nederlandse vertaling van het GRECO-statuut, *Trb.* 2000, 131, p. 20.

⁸¹ ‘Resolution (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption’ Committee of Ministers, 6 november 1997. Zie nader paragraaf 2.3.4.3 en paragraaf 3.4.1.

⁸² Programme of Action against Corruption, GMC (96) 95.

verdrag is de zorg voor het toezicht op de implementatie van de in dat verdrag vervatte verplichtingen expliciet opgedragen aan de GRECO.

De GRECO dient ten minste tweemaal per jaar in plenaire zitting bijeen te komen,⁸³ in de praktijk is dat vier á vijf keer per jaar. In de Rules of Procedure is bepaald dat de voorzitter en vice-voorzitter worden gekozen voor een periode van twee jaar. Zij mogen één keer worden herkozen.⁸⁴ Toch is de Sloveen Drago Kos van december 2002 tot eind 2011 voorzitter van de GRECO geweest, daar voor was hij vice-voorzitter. Dat Kos veel langer dan de maximale vier jaar de positie van voorzitter heeft kunnen bekleden, is het gevolg van het feit dat in het vierde jaar van zijn voorzitterschap de voorbereidingen voor een nieuwe (de derde) evaluatieronde werden gestart.⁸⁵ Volgens het reglement van orde mag de voorzitter in dat geval aanblijven totdat die evaluatieronde is voltooid.⁸⁶ Kos besloot voor aanvang van de vierde ronde⁸⁷ plaats te maken voor een nieuwe voorzitter.⁸⁸

4.6.1.2 Lidmaatschap GRECO

Bij de oprichting van de GRECO waren lang niet alle lidstaten van de Raad van Europa betrokken. Slechts 17 lidstaten⁸⁹ ondertekenden de 'enlarged partial agreement'⁹⁰ die tot de oprichting van de GRECO per 1 mei 1999 leidde.

Toetreding tot de GRECO gebeurt 'automatisch' wanneer een staat toetreedt tot één van de ingevolge het Actieprogramma tegen corruptie aangenomen internatio-

⁸³ Artikel 8 lid 2 van het GRECO-statuut.

⁸⁴ Artikel 5 lid 2 van de Rules of Procedure.

⁸⁵ Zie hierna in paragraaf 4.6.1.3.

⁸⁶ Artikel 5 lid 3 van de Rules of Procedure. De derde evaluatieronde is overigens officieel gestart op 1 januari 2007, wat meer dan vier jaar is na het aantreden van Drago Kos eerste helft december 2002.

⁸⁷ De derde ronde was op dat moment nog niet volledig afgerond. In theorie zou door het aanvangen van een vierde evaluatieronde, nog voordat de derde was afgesloten, de voorzitter opnieuw in functie mogen blijven tot ook die ronde is voltooid. En voordat dat zover is, zal ongetwijfeld reeds een vijfde ronde zijn gestart.

⁸⁸ Deze was bij sluiting van dit manuscript nog niet gekozen.

⁸⁹ Dit waren België, Bulgarije, Cyprus, Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Letland, Litouwen, Luxemburg, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Spanje, IJsland en Zweden. Nederland trad pas per 18 december 2001 toe tot de GRECO.

⁹⁰ 'Partial' houdt in dat niet alle lidstaten van de Raad de overeenkomst steunen. Partial agreements zijn juridisch gelijk aan de internationale verdragen van de Raad, maar de kosten van de samenwerking worden slechts gedragen door de deelnemers van de partial agreement en komen dus niet ten laste van het algemene budget van de Raad. Wel moet het Comité van Ministers, het hoogste wetgevingsorgaan van de Raad, toestemming geven alvorens een partial agreement kan worden aangegaan. De toevoeging 'enlarged' wil zeggen dat nieuwe staten op ieder moment kunnen toetreden tot de overeenkomst.

nale juridische instrumenten.⁹¹ RvE-lidstaten kunnen daarnaast ook lid worden van de GRECO zonder goedkeuring van één van de juridische instrumenten,⁹² al is dan de vraag wat daar dan het nut van is, nu de GRECO de naleving van juist die juridische instrumenten evalueert. Met de toetreding van Wit-Rusland tot de GRECO per 13 januari 2011⁹³ telde de organisatie per die datum 49 partijstaten.

4.6.1.3 Procedure van evaluaties

Wanneer een staat lid is van de GRECO, dan zal die onderworpen worden aan periodieke evaluaties met betrekking tot een breed scala van aan corruptiebestrijding gerelateerde onderwerpen. Partijstaten dienen te verzekeren dat hun autoriteiten zo volledig mogelijk aan de evaluaties meewerken (binnen de grenzen van de nationale wetgeving).⁹⁴

Anders dan bij de WGB van de OECD, is de wijze waarop de evaluatie door de GRECO dient te verlopen reeds vanaf de oprichting van de GRECO vrij nauwkeurig geregeld. In de artikelen 10 tot en met 15 van het GRECO-statuut zijn de basiselementen van de procedure neergelegd. De artikelen 22 tot en met 33 van de Rules of Procedure geven hier een nadere invulling aan. De evaluatie is evenals bij die van de WGB onderverdeeld in ronden en bij iedere ronde wordt een aantal, maar niet alle onderwerpen van het anticorruptie-instrumentarium van de Raad geëvalueerd. De specifieke bepalingen waarover de betreffende evaluatieronde zal gaan, selecteert de GRECO ingevolge artikel 10 lid 3 van het GRECO-statuut aan het begin van iedere ronde. In beginsel wordt geput uit de 'twenty guiding principles',⁹⁵ maar

⁹¹ Mits dat internationale juridische instrument het lidmaatschap van de GRECO verplicht stelt, zo blijkt uit artikel 4 lid 3 van het GRECO-statuut. Momenteel zijn de uit het Actieprogramma voortgekomen instrumenten die het lidmaatschap van de GRECO verplicht stellen het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (het RvE-corruptieverdrag, CETS No. 173, *Trb.* 2000, 130, artikelen 32 en 33) en het Burgerrechtelijk verdrag inzake corruptie (CETS No. 174, *Trb.* 2005, 78, artikelen 15 en 16). De regel van automatische toetreding blijkt overigens toch niet altijd te gelden, zoals hierna blijkt ten aanzien van Wit-Rusland.

⁹² Artikel 4 lid 1 van het GRECO-statuut. Ingevolge lid 2 van hetzelfde artikel kan ook een aantal niet-lidstaten dat betrokken is geweest bij de totstandkoming van de GRECO lid worden. Zo zijn de VS en ook Oostenrijk wel lid van de GRECO zonder dat de landen het RvE-corruptieverdrag hebben geratificeerd.

⁹³ Het is vreemd dat Wit-Rusland pas per deze datum tot de GRECO toetrad, terwijl het RvE-corruptieverdrag voor dat land reeds per 1 maart 2008 in werking trad. Op grond van het tweede lid van artikel 33 van dat verdrag en ook volgens het tweede lid van Rule 1 van de Rules of Procedure van de GRECO zou Wit-Rusland per diezelfde datum automatisch moeten toetreden tot de GRECO.

⁹⁴ Artikel 10 lid 5 van het GRECO-statuut.

⁹⁵ 'Resolution (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption' Committee of Ministers, 6 november 1997.

waar die zijn uitgewerkt in andere instrumenten, worden die er uiteraard bij betrokken.⁹⁶ In de drie ronden die inmiddels gestart en deels afgerond zijn, zijn aan de orde gekomen het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (RvE-corruptieverdrag),⁹⁷ het Aanvullend Protocol bij dat verdrag⁹⁸ en de Aanbeveling betreffende Gemeenschappelijke Regelgeving ter bestrijding van Corruptie met betrekking tot de financiering van politieke partijen en verkiezingscampagnes.⁹⁹

Iedere ronde start, evenals bij de evaluaties van de OECD, met een vragenlijst die de leden zelf dienen in te vullen en te retourneren.¹⁰⁰ Tijdens iedere ronde volgt minimaal drie maanden daarna¹⁰¹ een landenbezoek door een team van in beginsel drie experts uit drie verschillende landen.¹⁰² Dit bezoek duurt in beginsel niet meer dan vier dagen,¹⁰³ tijdens welke gesproken wordt met relevante actoren in het anticorruptieveld.

Naar aanleiding van het bezoek aan het betrokken land stelt het expertteam een voorlopig ontwerp-evaluatierapport op, waarop het betrokken land mag reageren. Met het commentaar van het betrokken land in de hand stelt het expertteam vervolgens het definitieve ontwerp-evaluatierapport op, dat bij de GRECO wordt ingediend. Dit ontwerp wordt besproken tijdens een plenaire vergadering van de GRECO, alwaar het betrokken land nogmaals de mogelijkheid krijgt opmerkingen te maken. Uiteindelijk wordt het ontwerp-rapport al dan niet geamendeerd aangenomen door de GRECO. Het rapport is in beginsel vertrouwelijk, tenzij anders besloten wordt.¹⁰⁴ In de Rules of Procedure is bepaald dat de GRECO in ieder geval wel een samenvatting van het rapport openbaar mag maken. Het gehele rapport, inclusief het commentaar van de geëvalueerde staat wordt slechts openbaar gemaakt indien die staat het verzoekt.¹⁰⁵ In de praktijk blijken staten vrijwel allemaal

⁹⁶ Zie ook artikel 23 lid 2 van de Rules of Procedure.

⁹⁷ CETS No. 173, *Trb.* 2000, 130.

⁹⁸ CETS No. 191, *Trb.* 2004, 226.

⁹⁹ Recommendation Rec(2003) 4 of the Committee of Ministers to member states on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns.

¹⁰⁰ Artikel 24 van de Rules of Procedure.

¹⁰¹ Artikel 27 lid 2 van de Rules of Procedure. Artikel 13 lid 2 van het GRECO-statuut eist dat het betrokken land ten minste twee maanden van tevoren op de hoogte wordt gesteld van het komende bezoek. Er is dus weinig onverwachts aan.

¹⁰² Artikel 26 lid 2 van de Rules of Procedure. Ieder land dient hiertoe een lijstje van maximaal 5 experts op te geven bij de GRECO, zo is bepaald in artikel 10 lid 4 van het GRECO-statuut en nogmaals in artikel 25 lid 1 van de Rules of Procedure.

¹⁰³ Artikel 27 lid 5 van de Rules of Procedure.

¹⁰⁴ Artikel 15 lid 5 van het GRECO-statuut.

¹⁰⁵ Artikel 34 lid 2 van de Rules of Procedure.

toestemming te geven voor het publiceren van de rapporten. De (samengevatte) rapporten publiceert de GRECO op zijn website.¹⁰⁶

In het evaluatierapport kan de GRECO aanbevelingen aan de geëvalueerde staat doen om de nationale regelgeving of procedures met betrekking tot corruptiebestrijding te verbeteren.¹⁰⁷ In feite bevatten de evaluatierapporten (natuurlijk) altijd enkele aanbevelingen.

De geëvalueerde staat krijgt een door de GRECO vastgestelde termijn om te rapporteren over de opvolging die is of wordt gegeven aan de aanbevelingen. Aan de hand van die rapportage beoordeelt de GRECO per aanbeveling of die (i) naar tevredenheid geïmplementeerd is, (ii) deels geïmplementeerd is, of (iii) niet geïmplementeerd is.¹⁰⁸ Deze beoordeling wordt vastgelegd in een 'Compliance Report' of 'RC-report'.

Wanneer niet alle aanbevelingen naar de tevredenheid van de GRECO geïmplementeerd zijn,¹⁰⁹ dient de betreffende staat na een wederom door de GRECO gestelde termijn opnieuw te rapporteren over de inspanningen ter implementatie van de betreffende aanbeveling(en).

4.6.1.3.1 Eerste ronde

De eerste evaluatieronde van de GRECO liep van 1 januari 2000 tot 31 december 2002. Bij staten die na die einddatum pas toetraden tot de GRECO wordt de eerste ronde tegelijkertijd uitgevoerd met de hierna te bespreken tweede evaluatieronde. Derhalve kunnen nog altijd evaluaties uit de eerste ronde plaatsvinden.

In de eerste ronde richten de evaluaties zich op de richtsnoeren 3, 6 en 7 uit de 'twenty guiding principles'.

Richtsnoer 3 moedigt staten aan ervoor te zorgen dat de verantwoordelijken voor de preventie, opsporing, vervolging en berechting van corruptiedelicten de onafhankelijkheid en autonomie krijgen die zij nodig hebben in de uitoefening van hun taken, vrij zijn van on gepaste invloed en over effectieve middelen beschikken voor het verzamelen van bewijsmateriaal, de bescherming van de personen die helpen de bij de bestrijding van corruptie en het behoud van de vertrouwelijkheid van de onderzoeken.

Richtsnoer 6 verzoekt staten immuniteiten van (groepen) personen (anders dan diplomatieke immuniteit) te beperken ten opzichte van onderzoek, vervolging en berechting van corruptie voor zover noodzakelijk in een democratische samenleving.

¹⁰⁶ Zie <www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp>.

¹⁰⁷ Artikel 15 lid 6 van het GRECO-statuut.

¹⁰⁸ Artikel 8 lid 1 van de Rules of Procedure.

¹⁰⁹ Bij sluiting van het manuscript was het slechts twee keer voorgekomen dat een staat reeds bij het RC-report voldeed aan alle aanbevelingen en er geen aanvullende rapportage nodig was.

Richtsnoer 7 nodigt staten uit de specialisering van personen of instanties te bevorderen die belast zijn met de bestrijding van corruptie en hen de nodige middelen en opleiding te verschaffen om hun taak te vervullen.

Naast vragen over de bovenstaande richtsnoeren worden staten in de eerste ronde gevraagd de vormen van corruptie te identificeren die in de betreffende staat voorkomen en een inventarisatie te maken van de nationale strafbaarstellingen, betrokken procedures en organisaties, internationale samenwerking en preventieve en andere maatregelen.

4.6.1.3.2 Tweede ronde

De tweede evaluatieronde startte officieel op 1 januari 2003 en werd afgesloten op 31 december 2006, maar steeds geldt dat nieuw toetredende staten ook deze evaluatieronde moeten ondergaan, dus geheel afgesloten is de ronde niet. Tijdens de tweede ronde komt een zestal richtsnoeren aan bod, welke deels zijn uitgewerkt en aangevuld in het RvE-corruptieverdrag. Ten aanzien van de staten die dat verdrag ten tijde van de evaluatie reeds hebben geratificeerd, wordt derhalve ook de naleving van de betreffende verdragsbepalingen geëvalueerd.

De richtsnoeren en verdragsbepalingen die in de tweede ronde onderwerp van evaluatie zijn, zijn verdeeld in drie thema's.

In het eerste thema, getiteld 'De opbrengsten van corruptie' komen richtsnoeren 4 en 19 aan de orde, die zien op respectievelijk de inbeslagneming en confiscatie van de opbrengsten van corruptie en de banden tussen enerzijds corruptie en anderzijds witwassen en georganiseerde misdaad. Bij de evaluatie van partijstaten die het RvE-corruptieverdrag geratificeerd hebben, worden ook de artikelen 13, 19 lid 3 en 23 betrokken, die zien op dezelfde materie.

Het tweede thema van de evaluatie draagt de titel 'Openbaar bestuur en corruptie'. De richtsnoeren 9 (openbaar bestuur) en 10 (overheidsfunctionarissen) komen hier aan de orde.

Het laatste thema richt zich op rechtspersonen en corruptie. Geëvalueerd wordt de naleving van richtsnoer 5 (rechtspersonen) en richtsnoer 8 (fiscale wetgeving). Voor partijstaten die het RvE-corruptieverdrag geratificeerd hebben, worden hieraan toegevoegd de artikelen 14, 18 en 19 lid 2 van dat verdrag.

4.6.1.3.3 Derde ronde

De derde evaluatieronde is officieel van start gegaan op 1 januari 2007. Slechts twee richtsnoeren worden in deze ronde geëvalueerd, maar de evaluatie hiervan is zodanig uitgebreid dat aan ieder richtsnoer een afzonderlijk evaluatierapport per geëvalueerde staat wordt gewijd.

Het eerste thema van de evaluatie richt zich slechts op richtsnoer 2, dat een algemene oproep aan staten inhoudt om te zorgen voor een gecoördineerde criminalisering van nationale en internationale corruptie. Dit richtsnoer is echter na zijn totstandkoming in 1997 uitgewerkt in het RvE-corruptieverdrag en het Aanvullende

Protocol bij dat verdrag en derhalve richt de evaluatie zich voornamelijk op de verplichtingen tot strafbaarstelling die in deze bindende instrumenten zijn opgenomen.¹¹⁰

Voor het tweede thema is aangesloten bij richtsnoer 15, dat oproept tot de vaststelling van gedragscodes door gekozen vertegenwoordigers aan te moedigen en regels te bevorderen voor de financiering van politieke partijen en verkiezingscampagnes die corruptie tegen gaan. Ook dit richtsnoer is inmiddels uitgewerkt in een afzonderlijk instrument, namelijk in 'Recommendation Rec(2003)4 on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns'¹¹¹. Hoewel de transparantie in de financiering van politieke partijen, dan wel het gebrek daaraan, in beginsel buiten het bereik van dit onderzoek valt, wordt in paragraaf 6.4.2.1 kort ingegaan op de Nederlandse resultaten met betrekking tot dit evaluatiethema.

4.6.1.3.4 Vierde ronde

Na drie evaluatieronden zijn 11 van de 20 richtsnoeren voor de bestrijding van corruptie geëvalueerd. De vierde evaluatieronde zou moeten starten per 1 januari 2012. Het thema van de vierde ronde is vastgesteld op 'Corruption prevention in parliamentary assemblies, the judiciary and among other actors of the pre-judicial and judicial process'.¹¹² De keuze voor dit thema geeft opnieuw blijk van de multidisciplinaire, veelomvattende benadering van de Raad van Europa bij de bestrijding van corruptie. Het thema is te herleiden tot een aantal richtsnoeren en daarmee is de keuze voor dit thema dus gerechtvaardigd. Voor de invulling van het thema verwijst de GRECO echter naar een groot aantal documenten en instrumenten die niet alle afkomstig zijn van de Raad van Europa.¹¹³ Afgewacht moet worden hoe de GRECO hieraan invulling zal geven. Bij sluiting van dit manuscript waren nog geen evaluaties in deze evaluatieronde afgerond.

¹¹⁰ In het bijzonder de artikelen 1 onder a en b, 2 tot en met 12, 15 tot en met 17 en 19, eerste lid van het verdrag en de artikelen 1 tot en met 6 van het protocol zijn van belang voor de evaluatie.

¹¹¹ Te raadplegen via <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2183>>.

¹¹² Besloten door de plenaire vergadering van de GRECO van 7 tot en met 10 juni 2010 (Greco (2010) 13E). De vragenlijst voor deze ronde die op 1 april 2011 werd aangenomen (Greco (2011) 9E) spreekt van 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors'. Dit is een beperktere groep van personen.

¹¹³ Voor wat betreft corruptiepreventie in de justitiële keten wordt wel verwezen naar instrumenten van de Raad van Europa, te weten 'Recommendation Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities' en 'Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to member states on the role of public prosecution in the criminal justice system'.

4.7 Monitoring van het VN-corruptieverdrag

Het VN-corruptieverdrag is, zoals eerder aangegeven, *in potentie* het meest waardevolle instrument tegen corruptie dat momenteel bestaat. Zowel vanwege de veelheid aan onderwerpen die het behandelt, als vanwege het grote aantal staten dat partij is bij het verdrag, geeft het verdrag de mogelijkheid – althans de handvatten – om corruptie echt wereldwijd op gelijke wijze te bestrijden.

Hierboven is echter duidelijk geworden dat voor het succes van een verdrag vereist is dat staten voortdurend gecontroleerd worden op hun inspanningen en resultaten met betrekking tot de tenuitvoerbrenging van de verdragsverplichtingen. Bij de onderhandelingen voor de totstandkoming van het verdrag bestond reeds de wens om de uitvoering die partijstaten aan het verdrag gaven te evalueren en te beoordelen. Het lukte echter niet om overeenstemming te bereiken over de vorm die de monitoring van het verdrag moest gaan krijgen.

Wel werd besloten een ‘Conference of State Parties’ (hierna: CoSP) in te stellen, een periodieke bijeenkomst van staten die verdragspartij zijn die zich ingevolge artikel 63 van het verdrag onder andere over de kwestie van monitoring moest gaan buigen. De CoSP komt minstens tweejaarlijks bijeen, tenzij de conferentie anders bepaalt.¹¹⁴

De eerste CoSP kwam bijeen van 10 tot en met 14 december 2006 in Jordanië. Dat was net op tijd, aangezien artikel 63 lid 2 van het verdrag eist dat de eerste bijeenkomst niet later dan een jaar na de inwerkingtreding van het verdrag moest plaatshebben.¹¹⁵

Tijdens deze eerste bijeenkomst slaagde men er niet in een mechanisme overeen te komen. Wel werd een werkgroep opgericht die nader onderzoek naar een dergelijk mechanisme moest doen. Gevoeligheden bestonden met name op het punt van de landenbezoeken (peer review), de openbaarheid van de evaluatierapporten en de rol die de ‘civil society’ zou mogen spelen bij de evaluaties. Voor een effectief evaluatiemechanisme is de gewaarborgde aanwezigheid van al deze drie onderdelen van wezenlijk belang. Zonder landenbezoek blijft slechts een (zelf)evaluatie door de landen zelf over, hetgeen mogelijk een minder kritisch, althans minder objectief beeld zal geven. Zonder rol van de civil society kan slechts het standpunt van de overheid van een lidstaat worden geëvalueerd, hetgeen eveneens mogelijk geen waarheidsgetrouw beeld oplevert. En zonder openbaarmaking van de evaluatierap-

¹¹⁴ Rule 3, onder 1 van de Rules of Procedure, CAC/COSP/2006/3. A/AC/261/29, aangenomen door de CoSP na kleine amendering op 12 december 2006, CAC/COSP/2006/12, hoofdstuk III D, p. 13. In rule 3 onder 2 werd echter bepaald dat de tweede sessie van de CoSP binnen één jaar na de eerste zou worden gehouden. Dat is overigens uiteindelijk niet gelukt: de tweede sessie vond plaats van 28 januari tot en met 1 februari 2008 in Indonesië.

¹¹⁵ De inwerkingtreding was per 14 december 2005. Zie hiervoor in paragraaf 2.3.5.7.

porten kan bovendien geen druk worden gelegd op de landen die niet voldoende doen om corruptie te bestrijden. Zonder deze voorwaarden kan monitoring beter geheel achterwege blijven. Dat was tevens de houding van onder andere Nederland. Wanneer zou worden ingestemd met een halfslachtige monitoring, zou het nog langer duren voordat het verdrag de kracht zou krijgen die beoogd was. Een monitoringsronde onder de bijna 160 landen die partij zijn bij het verdrag neemt immers zeker vier jaar in beslag. Pas nadat een volledige ronde heeft plaatsgevonden kan de wijze van monitoring worden aangepast en verbeterd. Een halfslachtige monitoring moest derhalve vermeden worden. Om deze reden werd ook tijdens de tweede CoSP in januari 2008 in Indonesië geen evaluatiemechanisme aangenomen.

Zes landen (China, Cuba, Egypte, Iran, Pakistan en Rusland) bleven lang vasthouden aan een monitoring waarbij de rapporten niet openbaar worden, maar uiteindelijk lukte het om in november 2009 tijdens de derde CoSP in Qatar overeenstemming te bereiken over een 'Mechanism for the Review of Implementation' van het VN-corruptieverdrag.¹¹⁶ Een 'Implementation Review Group' werd ingesteld en belast met de coördinatie van en toezicht op dit mechanisme en tevens werden een tijdsplanning en 'terms of reference' vastgesteld. Dit besluit van de CoSP leek veelbelovend, maar er bleken moeilijkheden te zijn bij het vrijmaken van voldoende geldelijke middelen voor het functioneren van het mechanisme¹¹⁷ en tijdens de vierde CoSP in oktober 2011 in Marokko bleek dat het evaluatiemechanisme nog niet van start was gegaan.¹¹⁸

Het mechanisme dat is overeengekomen, bestaat uit fasen van tien jaar en iedere evaluatiefase bestaat uit twee evaluatiecycli van elk vijf jaar, waarbij per jaar een kwart van de partijstaten dient te worden geëvalueerd (in het laatste jaar worden geen evaluaties gedaan). Tijdens de eerste cyclus wordt de naleving van hoofdstuk drie (over strafbaarstellingen en rechtshandhaving) en hoofdstuk vier (over internationale samenwerking) van het VN-corruptieverdrag geëvalueerd en tijdens de tweede cyclus zijn de hoofdstukken twee (over preventieve maatregelen) en vijf (over het terugkrijgen van activa) aan de beurt. De evaluaties worden gecoördineerd door de Implementation Review Group. Deze groep werkt in opdracht van en is verantwoording verschuldigd aan de CoSP en doet aanbevelingen met betrekking tot conclusies en vervolgstappen die de CoSP als uiteindelijk verantwoordelijke autoriteit kan nemen.

¹¹⁶ Resolution 3/1 of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, CAC/COSP/2009/15, p. 3.

¹¹⁷ De financiering van het monitoringsmechanisme en de kosten die aan deelname zijn verbonden is afkomstig van vrijwillige financiële bijdragen en verder van het reguliere budget van de VN.

¹¹⁸ Resolution 4/1 of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, CAC/COSP/2011/14, p. 3.

Iedere partijstaat wordt geëvalueerd door twee andere partijstaten, één daarvan komt uit dezelfde geografische regio en heeft zoveel mogelijk een overeenkomend rechtssysteem als de geëvalueerde staat. De staten worden door middel van ‘strootje trekken’ aan elkaar gekoppeld.¹¹⁹

In de terms of reference wordt het monitoringsmechanisme omschreven als een zeer voorzichtig, positief instrument, dat niet opdringerig, niet aanvallend en niet bestraffend is en behulpzaam wil zijn bij het implementeren van het VN-corruptieverdrag.¹²⁰ Dit zou een voorbode kunnen zijn van een aanzienlijk minder strenge monitoring dan die door de WGB met betrekking tot het OECD-corruptieverdrag wordt gehanteerd. De terms of reference lijken te willen benadrukken dat landen op geen enkele wijze door de monitoring onder druk worden gezet.

De evaluatie is in beginsel (slechts) een ‘desk review’, een bezoek aan de staat die geëvalueerd wordt, is pas onderdeel van de evaluatie indien de staat die wordt geëvalueerd daarmee instemt.¹²¹ Dat is mogelijk een zwakte van deze monitoring, want wanneer veel landen een landenbezoek weigeren, zal het evaluatiemechanisme sterk aan kracht inboeten.

Een andere mogelijke zwakte van het monitoringsmechanisme is dat de evaluatierapporten confidentieel blijven.¹²² Het is aan de geëvalueerde staat zelf om te besluiten het rapport (of een deel daarvan) wel of niet openbaar te maken. Staten worden uiteraard aangemoedigd dit wel te doen, maar benadrukt wordt dat dit een soeverein recht van de geëvalueerde staat is.¹²³ De CoSP heeft er niets over te zeggen. Een staat kan zelfs geheel afzien van deelname aan de monitoring, alles is geheel vrijwillig¹²⁴ en, naar het lijkt, vrijblijvend.

Een goed streven is dat men de evaluaties zoveel mogelijk complementair ten opzichte van reeds bestaande internationale en regionale monitoringsmechanismen wil laten zijn. Dubbele evaluaties moeten voorkomen worden en derhalve zal de samenwerking met die andere mechanismen worden gezocht.¹²⁵

Behalve dit lichtpunt lijkt echter weinig te moeten worden verwacht van de monitoring van het VN-corruptieverdrag. Gehoopt moet worden dat toch een zekere peer

¹¹⁹ Dit is voor de eerste cyclus reeds gebeurd. Nederland zal in het tweede jaar van die cyclus samen met Trinidad & Tobago de evaluatie van Jamaica doen. Nederland wordt zelf in het derde jaar aan een evaluatie onderworpen.

¹²⁰ Terms of reference, paragraaf 3, Annex 1 bij Resolution 3/1 of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, CAC/COSP/2009/15.

¹²¹ Terms of reference, paragraaf 29.

¹²² Idem, paragraaf 37.

¹²³ Idem, paragraaf 38.

¹²⁴ Idem, paragraaf 59.

¹²⁵ Idem, paragraaf 3.

pressure zal bestaan tussen de partijstaten om volledig deel te nemen aan het mechanisme en de rapporten volledig openbaar te maken. Staten dienen te beseffen dat zij een gemeenschappelijk doel nastreven met de bestrijding van corruptie en dat uiteindelijk elke staat gebaat is bij een effectieve aanpak van dit fenomeen.

4.8 Handhaving van EU-regelgeving

De anticorruptieregelgeving van de EU neemt een bijzondere plaats in het spectrum van anticorruptieverdragen. Ten eerste hebben de regelgeving en de daaruit voortvloeiende strafbaarstellingen een beperkte werking door de limitering tot die gevallen van omkoping die de financiële belangen (ingevolge het EU-corruptieprotocol) of de integriteit (ingevolge de EU-corruptieovereenkomst) van (de Europese Gemeenschappen en)¹²⁶ de Europese Unie en haar lidstaten kunnen schaden.¹²⁷ Ten tweede beperkt het zich tot de omkoping van Europese ambtenaren, dat wil zeggen ambtenaren in dienst van EU-lidstaten en ambtenaren in dienst van organen van de EU.

Anders dan in de verdragen van de andere in dit onderzoek besproken internationale organisaties, wijzen de anticorruptieregelingen van de EU geen bijzonder orgaan aan dat naleving van de verdragsverplichtingen monitort. Wel wordt een rol toebedeeld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Daarnaast bestaan door de hechtere samenwerking binnen de EU meer mogelijkheden – althans in theorie – om toezicht te houden op de naleving van in internationaal (Europees) verband vastgestelde regelgeving, in ieder geval meer dan mogelijk is in OECD-verband, RvE-verband en zeker in VN-verband. De Europese Commissie heeft haar eigen opsporingsorganisatie voor fraude en corruptie en zelfs is sprake geweest van de instelling van een Europese officier van justitie die onder meer de aanpak van (Europese) fraude en corruptie in zijn portefeuille zou krijgen.¹²⁸ Dit plan is sinds 2003 echter in de koelkast beland.¹²⁹ Uiteindelijk is met de komst van het Verdrag van

¹²⁶ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is alles Europese Unie geworden.

¹²⁷ Zie paragraaf 3.3.

¹²⁸ 'Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie' van 11 december 2001, COM (2001) 715 def. Deze plannen waren onderdeel van de strategie van de nieuwe Europese Commissie die aantrad na het ontslag van de Commissie in 1999. De nieuwe Commissie legde flinke nadruk op het belang van samenwerking tussen de diverse nationale en communautaire instanties en tussen deze instanties onderling teneinde de aanpak werkelijk te laten slagen.

¹²⁹ Mogelijk heeft men destijds willen wachten tot na invoering van de Europese grondwet. Een Europese openbaar aanklager vereist een sterk verenigd Europa. De negatieve resultaten van de referenda in Nederland en Frankrijk over die grondwet in 2005 met als

Lissabon wel een stap naar verdergaande samenwerking gezet. Artikel 86 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie biedt de grondslag voor de instelling door de Raad van een Europese officier van justitie. Van deze verdragsrechtelijke mogelijkheid had de Raad bij sluiting van dit manuscript nog geen gebruik gemaakt. In het actieplan ter uitvoering van het hierna te bespreken Programma van Stockholm meldt de Europese Commissie dat zij de oprichting zal voorbereiden van een Europees openbaar ministerie (op de grondslag van Eurojust)¹³⁰ “dat bevoegd zal zijn om misdrijven tegen de financiële belangen van de Unie te onderzoeken, te vervolgen en voor de rechter te brengen.”¹³¹

Hierna wordt eerst dieper ingegaan op de Europese antifraude-organisatie en vervolgens op de rol van het Hof van Justitie bij de uitleg van het EU-corruptieprotocol en de EU-corruptieovereenkomst. Ten slotte wordt ingegaan op de stappen die vanaf eind 2009 zijn ondernomen om alsnog te starten met monitoring van de inspanningen die de EU-lidstaten leveren voor de voorkoming en bestrijding van corruptie.

4.8.1 OLAF

Ter uitvoering, ondersteuning en handhaving van de Europese regelgeving ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen werd per 1 juni 1999 het Europees Bureau voor fraudebestrijding, OLAF,¹³² opgericht.¹³³ OLAF is de opvolger van de task-force ‘Coördinatie van de fraudebestrijding’, (UCLAF).¹³⁴ De UCLAF, opgericht in 1994, had een beperkter pakket van taken en

gevolg het falen van die Europese grondwet, brachten die sterke eenheid echter niet dichterbij.

¹³⁰ Eurojust is een orgaan van de Europese Unie dat ingevolge artikel 85 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie tot taak heeft “het ondersteunen en versterken van de coördinatie en de samenwerking tussen de nationale autoriteiten die belast zijn met het onderzoek en de vervolging van zware criminaliteit welke twee of meer lidstaten schaaft of een vervolging op gemeenschappelijke basis vereist, op basis van de door de autoriteiten van de lidstaten en Europol uitgevoerde operaties en verstrekte informatie.”

¹³¹ ‘Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio’s. Een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht voor de burgers van Europa. Actieplan ter uitvoering van het programma van Stockholm’, 20 april 2010, COM(2010) 171 def., p. 5. Volgens het bijgevoegde tijdschema zou de Commissie in 2013 hierover een mededeling moeten doen.

¹³² Acroniem voor het Franse “Office Européen de Lutte Anti-Fraude”

¹³³ Besluit van de Commissie van 28 april 1999 houdende oprichting van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF), 1999/352/EG, *PbEG* L 136/20 van 31 mei 1999.

bevoegdheden en ontbeerde de onafhankelijkheid die vereist was om doelmatig onderzoek te doen naar gevallen van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen geschaad worden. Dit werd pijnlijk duidelijk in de debatten over de eerdergenoemde aantijgingen van fraude, wanbeheer en vriendjespolitiek binnen de Commissie.¹³⁵ De oprichting van OLAF per 1 juni 1999¹³⁶ is één van de resultaten van die debatten. Hoewel OLAF nog steeds onderdeel is van de Europese Commissie (het valt onder de bevoegdheid van de Commissaris voor administratieve zaken, audit en fraudebestrijding), oefent het zijn onderzoeksbevoegdheden uit in volledige onafhankelijkheid.

De taken van OLAF zijn neergelegd in artikel 2 van het besluit van oprichting.¹³⁷ Deze zijn:

- het verrichten van *externe* administratieve onderzoeken (onderzoeken in de lidstaten) in het kader van de bestrijding van fraude, corruptie en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad en om fraude te bestrijden in verband met alle andere feiten of activiteiten van marktdeelnemers waarbij Gemeenschapsbepalingen worden geschonden;
- het verrichten van *interne* administratieve onderzoeken (onderzoeken binnen de instellingen en onafhankelijke organen van de Unie) die gericht zijn op:
 - de bestrijding van fraude, corruptie en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad;
 - het opsporen en onderzoeken van ernstig wangedrag van ambtenaren en andere personeelsleden van de Unie en van leden van de instellingen van de Unie, dat aanleiding zou kunnen geven tot disciplinaire en, eventueel, strafrechtelijke maatregelen, ter bescherming van de reputatie van deze instellingen;
- het ondersteunen en vertegenwoordigen van de Europese Commissie in de ontwikkeling en implementatie van beleid op het gebied van fraudepreventie en -detectie.

Deze taken zijn verder uitgewerkt in twee vrijwel identieke verordeningen (afzonderlijk voor de EG en voor EURATOM)¹³⁸ en een inter-institutioneel akkoord tussen het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.¹³⁹

¹³⁴ Acroniem voor het Franse 'Unité de Coordination de la Lutte Antifraude'.

¹³⁵ Zie paragraaf 2.3.3.5.

¹³⁶ Besluit 1999/352/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 28 april 1999 houdende oprichting van het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF), *PbEG* L 136 van 31 mei 1999, p. 20-22.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Verordening (EG) Nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding

Voor externe onderzoeken geldt dat samengewerkt dient te worden met de betreffende lidstaten. Voor OLAF geldt – net als voor de Europese diensten Eurojust en Eurojust – dat het in beginsel geen opsporingsbevoegdheden heeft in de lidstaten anders dan binnen op het grondgebied van die lidstaten gelegen instanties van de Europese Unie. De eventuele strafrechtelijke vervolging van verdachten moet voorts worden overgelaten aan de lidstaten, OLAF is hiertoe niet bevoegd. Strafvorderlijke bevoegdheden vallen immers onder de soevereiniteit van de nationale staten. De Europese Commissie kan in bepaalde gevallen op bepaalde gebieden wel administratiefrechtelijke sancties opleggen (bijvoorbeeld in het geval van kartelvorming), maar strafrechtelijke en strafforderlijke bevoegdheden heeft de Commissie niet. De eerder besproken mogelijke instelling van een Europese officier van justitie (vanuit Eurojust) zou hier in de toekomst verandering in kunnen brengen. Ook gevallen van omkoping die de financiële belangen van de Unie kunnen schaden zou deze Europese officier voor de rechter kunnen brengen.

4.8.2 Hof van Justitie van de Europese Unie

In artikel 8 van het EU-corruptieprotocol is bepaald dat geschillen tussen lidstaten onderling over de uitlegging of de toepassing van het EU-corruptieprotocol in eerste instantie worden besproken in de Raad (van de Europese Unie). Indien na zes maanden geen oplossing is gevonden, kan het geschil door elk van de betrokken partijen worden voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie. Ook geschillen tussen lidstaten en de Commissie kunnen, indien ze niet door onderhandelingen kunnen worden opgelost, worden voorgelegd aan het Hof.

Behalve de rol van geschillenoplosser is aan het Hof in het *‘Protocol opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen’*¹⁴⁰ (hofprotocol) de bevoegdheid toegekend om prejudiciële beslissingen te nemen op vragen betreffende de uitlegging van de EU-fraudeovereenkomst en het EU-corruptieprotocol. Lidstaten kunnen ervoor kiezen dat ofwel iedere gerechtelijke instantie, ofwel slechts iedere gerechtelijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht van de lidstaat niet vatbaar zijn voor hoger

(OLAF), *PbEG* L 136 van 31 mei 1999, p. 1-7 en Verordening (Euratom) Nr. 1074/1999 van de Raad van 25 mei 1999 betreffende de door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) verrichte onderzoeken, *PbEG* L 136 van 31 mei 1999, p. 8-14.

¹³⁹ Inter-institutioneel akkoord van 25 mei 1999 tussen het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Commissie van de Europese Gemeenschappen betreffende de interne onderzoeken verricht door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF), *PbEG* L 136 van 31 mei 1999, p. 15-19.

¹⁴⁰ *PbEG* C 151 van 20 mei 1997, p. 2-14.

beroep, het Hof kan verzoeken, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over een vraag die in een bij deze instantie aanhangige zaak aan de orde is gekomen en die betrekking heeft op de uitlegging van (de EU-fraudeovereenkomst en) het EU-corruptieprotocol indien deze rechterlijke instantie een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis.

In artikel 12 van de EU-corruptieovereenkomst zijn de bevoegdheden van het Hof tot geschillenbeslechting en het nemen van prejudiciële beslissingen beide opgenomen. Het was voor het eerst dat de bevoegdheid van het Hof om prejudiciële uitspraken te doen, rechtstreeks in een overeenkomst werd vastgelegd en geregeld, in plaats van dat verwezen werd naar een afzonderlijk protocol.

Er is wel een aantal verschillen ten aanzien van de bevoegdheid die het Hof heeft op basis van het hofprotocol. Met betrekking tot geschillenbeslechting eist het artikel dat lidstaten eerst onderling een oplossing dienen te zoeken alvorens zich te wenden tot de Raad en vervolgens tot het Hof. En met betrekking tot prejudiciële beslissingen is de bevoegdheid van het Hof beperkt tot slechts een aantal bepalingen¹⁴¹ en wordt bovendien de eis gesteld dat in de aanhangige zaak waarop de vraag om een prejudiciële beslissing betrekking heeft, “*leden of ambtenaren van de communautaire instellingen of uit hoofde van de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen opgerichte organen [...] zijn betrokken in de uitoefening van hun functies*”¹⁴².

Bij sluiting van dit manuscript leek van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen overigens nog geen gebruik te zijn gemaakt. Eventueel wel gestelde vragen waren althans (nog) niet beantwoord. Dit kan betekenen ofwel dat het EU-corruptieprotocol en de EU-corruptieovereenkomst geheel duidelijk en onbetwistbaar zijn, ofwel dat de instrumenten of de daarop gebaseerde nationale wetten niet aan de orde zijn geweest in nationale gerechtelijke procedures.

4.8.3 Wel monitoring van nieuwe lidstaten

Per 1 januari 2007 traden Roemenië en Bulgarije toe tot de Europese Unie. Voorafgaand aan de toetreding had de EU strenge eisen gesteld aan onder andere de hervorming van het rechtssysteem en versterking van de corruptiebestrijding in deze landen. Ook moesten instanties worden opgericht om het anticorruptiebeleid vorm te geven. De landen maakten weliswaar vorderingen, maar bij het naderen van de geplande datum van toetreding was het niveau van corruptiebestrijding nog niet

¹⁴¹ Over sancties, aansprakelijkheid van ondernemingshoofden, rechtsmachtregels, bepalingen over juridische samenwerking en bepalingen over de toepassing van het beginsel “ne bis in idem” mag het Hof zich niet uitlaten. Kennelijk heeft men de bevoegdheid van het Hof om de overeenkomst te interpreteren willen beperken. Het hofprotocol legt het Hof een dergelijke beperking niet op.

¹⁴² Artikel 12 lid 3 van de EU-corruptieovereenkomst.

voldoende. Toch ging de toetreding door. Roemenië en Bulgarije zegden toe te zullen blijven werken aan verbetering en vanuit de Europese Commissie werd het ‘Mechanism for Cooperation and Verification for Bulgaria and Romania’¹⁴³ opgericht als ad-hoc-oplossing om de vinger aan de Roemeense en Bulgaarse polsen te kunnen houden. Twee keer per jaar wordt door dit mechanisme aan de Europese Commissie gerapporteerd over de stappen die worden gezet in genoemde landen om (onder andere) de bestrijding van corruptie te bevorderen en te verbeteren.¹⁴⁴ Deze stappen worden beoordeeld aan de hand van criteria die vooraf per land zijn vastgesteld. Uit de rapportages van juli 2011 bleek dat in beide landen weliswaar vooruitgang werd geboekt, maar dat vier-en-een-half jaar na toetreding de gestelde criteria nog altijd niet waren vervuld.¹⁴⁵

4.8.4 Toch monitoring van alle EU-landen

In het Programma van Stockholm dat de Europese Raad eind 2009 lanceerde,¹⁴⁶ riep de Raad de Europese Commissie op om:

*“uitgaande van de bestaande systemen en gemeenschappelijke criteria, indicatoren te ontwerpen waarmee de inspanningen in de strijd tegen de corruptie, in het bijzonder op de tot het acquis behorende terreinen (overheidsopdrachten, financiële controle, enz.) kunnen worden gemeten en een alomvattend corruptiebestrijdingsbeleid te ontwikkelen, zulks in nauwe samenwerking met de Groep van Staten tegen Corruptie van de Raad van Europa (GRECO). De Commissie dient de Raad in 2010 een verslag voor te leggen over de voorwaarden waaronder de Unie kan toetreden tot de GRECO.”*¹⁴⁷ Hiermee kreeg de Commissie een politiek mandaat om zich actief te gaan richten op de bestrijding van corruptie en een gemeenschappelijk beleid uit te werken.

In juni 2011 besloot de Commissie tot de instelling van een “EU Anti-corruption reporting mechanism for periodic assessment”, onder de naam “EU Anti-Corruption Report”.¹⁴⁸ De Commissie constateerde dat de implementatie van de internationale en Europese anticorruptieregelgeving verschillend was per lidstaat

¹⁴³ Besluiten van de Commissie van 13 december 2006, voor Roemenië, 2006/928/EC (*PbEU L* 354 van 14 december 2006, p. 58-60) en voor Bulgarije 2006/929/EC (*PbEU L* 354 van 14 december 2006, p. 56-57).

¹⁴⁴ Deze rapporten zijn te raadplegen via http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/cvm/progress_reports_en.htm.

¹⁴⁵ Zie de rapporten van de Europese Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 2011, COM(2011) 459 en COM(2011) 460.

¹⁴⁶ Zie hierboven in paragraaf 2.3.3.6.

¹⁴⁷ Programma van Stockholm, *PbEU C* 115 van 4 mei 2010, paragraaf 4.4.5, p. 23.

¹⁴⁸ ‘Commission decision establishing an EU Anti-corruption reporting mechanism for periodic assessment (“EU Anti-corruption Report”)’ van 6 juni 2011, C(2011) 3673 final.

en over het algemeen in de gehele EU onbevredigend was.¹⁴⁹ De Commissie las hierin een gebrek aan werkelijke politieke wil bij leiders en besluitvormers.

Vanaf 2013 moet iedere twee jaar een rapport verschijnen waarin de inspanningen van de 27 lidstaten van de EU worden geanalyseerd en aanbevelingen op maat worden gegeven. In ieder rapport zal op basis van vooraf vastgestelde criteria op een beperkt aantal thema's worden ingegaan die op EU-niveau van belang zijn, maar ook op specifieke kwesties per lidstaat. Dit moet leiden tot meer coherentie in het anticorruptiebeleid van de verschillende lidstaten en tot vergroting van het politieke engagement tot de bestrijding van corruptie.

In september 2011 deed de Commissie een openbare oproep aan experts om zich te melden ten behoeve van de ondersteuning en advisering van de Commissie bij de evaluaties.¹⁵⁰ Maar tegelijkertijd wilde de Commissie het wiel niet geheel opnieuw uitvinden. Met het Stockholm programma werd ook nieuw leven geblazen in de oude wens om op bepaalde wijze te participeren in of samen te werken met de GRECO (van de Raad van Europa). De expertise van de GRECO zou de EU kunnen helpen bij het ontwikkelen van het EU Anti-Corruption Report. Beide organisaties zouden bovendien kunnen profiteren van een synergie tussen de twee evaluatiemechanismen.¹⁵¹ De Commissie legde drie vormen van participatie ter overweging voor aan de Raad,¹⁵² te weten de EU als waarnemer bij de GRECO, participatie van de EU in de GRECO als (volledig of beperkt)¹⁵³ 'lid' en een samenwerkingsprogramma met de GRECO, waarbij de EU financiële steun geeft aan de GRECO en de GRECO daarvoor een bepaalde inspanning levert. De Commissie gaf de voorkeur aan een lidmaatschap¹⁵⁴ van de EU bij de GRECO en vroeg de Raad toestemming om de onderhandelingen hiertoe aan te gaan met de GRECO. Bij sluiting van dit manuscript had de Raad nog niet gereageerd.

¹⁴⁹ 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Fighting Corruption in the EU' van 6 juni 2011, COM(2011) 308 final, p. 4.

¹⁵⁰ Commission decision setting up the Group of Experts on Corruption van 28 september 2011, 2011/C 286/03, *PbEU C 286* van 30 september 2011, p. 4.

¹⁵¹ 'Report from the Commission to the Council on the modalities of European Union participation in the Council of Europe Group of States against Corruption (GRECO)' van 6 juni 2011, COM(2011) 307 final, p. 14.

¹⁵² *Idem*, p. 5.

¹⁵³ Anders dan bij een beperkt lidmaatschap zou bij een volledig lidmaatschap de EU stemrecht hebben in de GRECO, kunnen meedingen naar een positie in het Bureau van de GRECO en deelnemen aan de landenevaluaties. Dat betekent ook dat de EU en haar instellingen zelf onderworpen zouden worden aan de evaluaties van de GRECO, voor zover dat mogelijk is.

¹⁵⁴ De Commissie was er nog niet helemaal uit of dat een volledig of beperkt lidmaatschap moest zijn.

De voornemens van de Commissie lijken veelbelovend. De EU heeft reeds een grotere invloed in haar lidstaten dan de OECD, de Raad van Europa en de VN ten aanzien van hun partijstaten hebben. Dankzij het verdergaande samenwerkingsverband van de EU en de bevoegdheden die de EU-lidstaten hebben overgedragen aan 'Brussel' kan de Commissie daadkrachtiger optreden ten opzichte van haar lidstaten dan de WGB en de GRECO dat kunnen. Bovendien zal de Commissie de Europese diensten Europol, Eurojust en OLAF betrekken in haar strategieën, hetgeen de politieke en justitiële samenwerking binnen de EU op het gebied van corruptiebestrijding een belangrijke stap voorwaarts kan brengen.¹⁵⁵

4.9 Monitoring van corruptiebestrijding door 'civil society' organisaties

Bij de monitoring door internationale organisaties die hiervoor is besproken wordt steeds getracht een zo objectief en waarheidsgetrouw mogelijk beeld te krijgen van de situatie op een bepaald gebied in een bepaalde nationale staat. Hiertoe is aan de verschillende evaluatiecommissies en –werkgroepen zo veel mogelijk onafhankelijkheid gegeven en zijn maatregelen genomen om de onpartijdigheid zo veel mogelijk te waarborgen. Toch blijft een feit dat de internationale organisaties die toezicht uitoefenen op de nationale staten hun bestaansrecht ontleen aan diezelfde nationale staten. De organisaties bestaan bij de gratie van het vertrouwen dat nationale staten in die organisaties stellen en dat maakt ze kwetsbaar.

Nu kan hiertegen worden ingebracht dat ook iedere nationale rechter bestaat bij de gratie van de wetgever en dat ook hij kan worden 'opgeheven' indien de wetgever daartoe besluit. De positie van de internationale organisaties is echter een stuk zwakker ten opzichte van nationale staten dan de positie van de nationale rechter ten opzichte van de nationale wetgever.¹⁵⁶ De wettelijke verankering van de positie van de rechter verzekert zijn bestaansrecht. Internationale organisaties ontberen een dergelijk anker.

Door de hierboven geschetste (potentiële) afhankelijkheidspositie ten opzichte van nationale staten waarin internationale organisaties zich geplaatst zien, bestaat het risico dat de evaluaties van deze organisaties onderhevig zijn aan politieke beïnvloeding van die nationale staten. Door inmenging van de staten zouden de evaluaties minder objectief en onafhankelijk kunnen zijn en mogelijk gekleurd kunnen worden door de opvattingen en belangen van de sterkste (nationale) politieke krachten binnen de internationale organisatie.

¹⁵⁵ 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Fighting Corruption in the EU' van 6 juni 2011, COM(2011) 308 final, p. 11.

¹⁵⁶ Dit geldt althans voor de meeste staten.

Reeds om deze reden is het goed dat naast de monitoring door de hierboven beschreven organisaties ook vanuit de non-gouvernementele hoek naar staten wordt gekeken met betrekking tot hun inspanningen om te voldoen aan hun verdragsverplichtingen. Eén van de belangrijkste spelers hierin is Transparency International (TI). Deze internationale organisatie met afdelingen in meer dan negentig landen publiceert sinds 2005 jaarlijks het 'TI Progress Report: Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions',¹⁵⁷ dat van alle partijstaten bij het OECD-corruptieverdrag registreert wat ze in het afgelopen jaar hebben bereikt op het gebied van de bestrijding van de omkoping van buitenlandse ambtenaren in internationale zakelijke transacties. Wellicht zijn de rapportages van TI per land minder gedetailleerd dan de evaluatierapporten van de WGB,¹⁵⁸ maar de jaarlijkse rapporten van TI maken een vergelijking mogelijk tussen de inspanningen en resultaten per land in de bestrijding van buitenlandse omkoping.

4.10 Evaluatie en aanbevelingen

In het bovenstaande wordt een beeld geschetst van twee – en in de toekomst wel vier – organen die landen bezoeken om de status van het anticorruptie-apparaat te evalueren. Dit geldt althans voor de (EU-)landen die partij zijn bij de verdragen van de OECD, de Raad van Europa en de VN. Ook Nederland valt hier onder. Hoewel iedere organisatie afzonderlijk haar eigen programma afwerkt en eigen zwaartepunten kent, lijkt enige overlapping van de verschillende landenexaminingen onvermijdelijk. Tussen de evaluaties van de GRECO en de WGB was die overlap niet heel groot omdat de partijstaten bij de door deze organisaties geëvalueerde verdragen slechts gedeeltelijk dezelfde waren. Er zijn dus landen die slechts met de GRECO dan wel de WGB te maken hebben. Die landen dienen echter wel volledig gemonitord te worden. Voor landen die met beide organisaties te maken hebben, betekent dit dat zij op bepaalde punten dubbel geëvalueerd worden. Dit gaat gepaard met het risico dat de rapporten van de ene evaluatie afwijken van de andere. Met de monitoring van het VN-corruptieverdrag en de EU-monitoring er straks nog bij, wordt dit risico alleen maar groter.

Om dit risico tegen te gaan, dient een evaluatiecommissie rekening te houden met eerdere rapporten van andere evaluatiecommissies. Maar hierin schuilt weer het risico dat eventuele onjuistheden in dat eerdere rapport worden overgenomen in

¹⁵⁷ <www.transparency.org/global_priorities/international_conventions/projects_conventions/oecd_convention>.

¹⁵⁸ De omvang van een rapport van de WGB over één partijstaat is immers reeds omvangrijker dan het gehele rapport van TI dat alle partijstaten bij het OECD-corruptieverdrag bestrijkt.

het nieuwere rapport. De evaluaties blijven immers niet meer dan momentopnamen, die kunnen zijn beïnvloed door de overheid van het betreffende land.

Er zullen afspraken moeten worden gemaakt over de status van de verschillende evaluaties ten opzichte van elkaar, anders zullen overheden ofwel de verschillende evaluaties tegen elkaar uitspelen, ofwel zal vanzelf een verhouding in gewicht ontstaan tussen de verschillende evaluaties.

Voorts hebben de bestaande evaluatiemechanismen een relatief zwakke status en daarmee een beperkte invloed. Niet wordt verwacht dat dit anders zal zijn voor het mechanisme van de VN. De evaluaties van de EU zullen een grotere rechtskracht kunnen hebben, nu de EU vanwege de aard van dit samenwerkingsverband eenmaal een grotere invloed heeft in haar lidstaten dan bijvoorbeeld de VN.

Van de huidige evaluatiemechanismen lijkt de WGB het meest grondig en streng te zijn, maar ook de invloed van dit mechanisme blijkt beperkt. De Europese Commissie constateerde in juni 2011 nog dat *“in spite of a thorough evaluation system in the form of the OECD Working Group on Bribery, political commitment to effective implementation of the OECD Anti-Bribery Convention has remained insufficient.”*¹⁵⁹ De autoriteit en slagkracht van de internationale monitoringsmechanismen is sterk afhankelijk van de positie die elke partijstaat aan het mechanisme toebedeelt en derhalve van de politieke wil van elke partijstaat tot de daadwerkelijke bestrijding van corruptie. De belangrijkste taak van de monitoringsmechanismen blijft dus – ook ruim een decennium na de inwerkingtreding van de anticorruptieverdragen – het bevorderen van de politieke wil bij de partijstaten.

¹⁵⁹ ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Fighting Corruption in the EU’ van 6 juni 2011, COM(2011) 308 final, p. 5.

Hoofdstuk 5: Strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping in de Nederlandse wetgeving

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de geschiedenis geschetst van de groei van de internationale aandacht voor grensoverschrijdende corruptie en de bestrijding ervan. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de Nederlandse ontwikkelingen op dit gebied. Eerst wordt stilgestaan (in paragraaf 5.2) bij wat genoemd kan worden de prehistorie van buitenlandse omkoping. Hiermee wordt bedoeld op de tijd waarin slechts de strafrechtelijke bestrijding van nationale omkoping wettelijk geregeld was en waarin nog geen wettelijke grondslag bestond voor bestrijding van omkoping die de landsgrenzen overschreed. Deze prehistorie duurde strikt genomen tot 1 februari 2001, de dag waarop de Wet herziening corruptiewetgeving in werking trad en historie begon.¹ De aanloop naar deze wetswijziging wordt besproken in paragraaf 5.3.

In paragraaf 5.4 wordt ingegaan op wat de wetswijziging inhoudelijk voor betekenis heeft gehad voor het wettelijk kader en de reikwijdte van de toepasselijkheid ervan.

In paragraaf 5.5 wordt een terugkoppeling gemaakt naar de verdragen welke door de invoering van de nieuwe wetgeving zijn geïmplementeerd.

Tot slot wordt in paragraaf 5.6 ingegaan op de strafbaarstelling van het omkopen van rechters, welke in 2001 ook ingrijpend uitgebreid is.

5.2 Geschiedenis van omkoping in het Wetboek van Strafrecht

5.2.1 Inleiding en voorgeschiedenis

Het delict van buitenlandse omkoping is weliswaar pas sinds 2001 strafbaar volgens het Nederlands strafrecht, de bepaling waarin deze strafbaarstelling is neergelegd is een veel oudere. In feite is in 2001 slechts het bereik van deze oudere bepalingen vergroot, zodat ook bepaalde internationale vormen van omkoping er onder vallen. In het hiernavolgende wordt de strafbaarstelling van omkoping besproken

¹ Besluit van 20 januari 2001 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 13 december 2000 tot herziening van een aantal strafbepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht alsmede aanpassing van enkele bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, van artikel 51a van de Uitleveringswet en van de artikelen 67 en 67a van het Wetboek van Strafvordering in verband met de goedkeuring en uitvoering van enkele verdragen inzake de bestrijding van fraude en corruptie (herziening corruptie-wetgeving) (Stb. 616), *Stb.* 2001, 43.

zoals die tot 2001 gold in Nederland. Nadat eerst kort is stilgestaan bij de strafbaarstellingen uit het verdere verleden, worden in de volgende subparagraaf de bepalingen besproken die vanaf 1886 in het huidige Nederlandse Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen ter bestrijding van omkoping. Dat vormt meteen de opmaat voor de (noodzaak van de) wetswijziging in 2001, die in paragraaf 5.3 aan de orde komt.

Bij de invoering van het huidige Wetboek van Strafrecht in 1886 was reeds voorzien in een strafbaarstelling van ambtelijke omkoping. De artikelen 177, 362 en 363 Sr (oud) stelden zowel actieve als passieve omkoping strafbaar. Op deze bepalingen wordt ingegaan in de volgende paragraaf.

De strafwaardigheid van ambtelijke omkoping was echter al lang voor 1886 alom aangenomen en bovendien (meer of minder uitgebreid) neergelegd in wetboeken en geschriften. Reeds in het Romeinse Rijk, maar ook later bij de Pruisen en in het Franse Keizerrijk bestond een strafbaarstelling van corruptie en dan met name de passieve kant ervan. De integriteit van de overheid moest – in ieder geval op papier – gewaarborgd worden, ook in de oudste beschavingen.² Immers, “geen grooter noch schadelijker quaet kan er bedacht worden, dan dat de Overheit, niet vergeenoegt met de eer, en het profyt, door de Wet tot haere bediening gestelt, sich van haere macht en gesach bedient, om zich te verrijken door den roof van de arme gemeente”.³

Vanaf 1804 is in alle (ontwerpen voor) Nederlandse strafwetboeken een aantal bepalingen gewijd aan ambtelijke omkoping.⁴ Sikkema noemt ambtelijke omkoping dan ook met recht een klassiek ambtsdelict. In de loop der tijd is de redactie en daarmee de reikwijdte van het artikel en ook de plaats ervan in het (ontwerp)wetboek verschillend geweest. Actieve en passieve omkoping stonden veelal bij elkaar geregeld in één titel. Het Ontwerp Lijfstraffelijk Wetboek van 1804 en het Ontwerp van 1847 koppelden de actieve omkoping nog aan de passieve door die eerste gedraging te definiëren als (een poging tot) uitlokking tot het plegen van passieve omkoping door de ambtenaar. Het te beschermen rechtsgoed van omkopingsbepalingen was – en is nog steeds – het (behoud van) vertrouwen in een objectief functionerend overheidsapparaat. Het was met name de gedraging van de ambtenaar die daaraan schade toebrengt. De omkoper werd verweten dat hij de ambtenaar tot diens schadelijke gedraging had verleid of uitgelokt. Daardoor was de gedraging van de omkoper onlosmakelijk verbonden met de verwijtbare gedraging

² Zie voor een beschrijving van de geschiedenis van ambtelijke omkoping J.T. Noonan, Jr, *Bribes*, New York: Macmillan Publishing Company 1984.

³ J. Mooren en J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764, p. 120.

⁴ Zie voor een overzicht van de wetsgeschiedenis van de omkopingsbepalingen voor 1886 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 187-189 en 348-349.

van de ambtenaar en stonden actieve en passieve omkoping bij elkaar geregeld in de titel over de ambtsmisdrijven.

In het Wetboek van Strafrecht van 1886 werd een andere benadering gekozen.

5.2.2 Ambtelijke omkoping in het Wetboek van 1886 (tot 2001)

Het huidige, in 1886 in werking getreden Wetboek van Strafrecht bevat op twee ver uit elkaar gelegen plaatsen de strafbaarstellingen van het omkopen van een ambtenaar.⁵ De keuze van de Nederlandse wetgever van 1881⁶ tot opsplitsing van actieve en passieve omkoping kan worden verklaard aan de hand van de indeling van het Nederlandse Wetboek, waarin typische ambtsmisdrijven – misdrijven die uitsluitend⁷ door ambtenaren⁸ kunnen worden begaan – een eigen titel hebben gekregen. Daarnaast is bij de voorbereidingen voor het Wetboek van 1886 besloten dat de gedraging van de omkoper min of meer los moet worden gezien van de gedraging van de omgekochte ambtenaar. De omkoper verricht een voltooid delict, een delict op zichzelf, wanneer hij een ambtenaar verleidt iets te doen of na te laten hetwelk in strijd met diens plicht is. Van enige vorm van deelneming door de omkoper aan het ambtsdelict van passieve omkoping kan volgens de wetgever van 1881 geen sprake zijn. “Het *aannemen* (cursivering van mij, GS) van het geld maakt den ambtenaar strafbaar, doch *daaraan* (aan dat aannemen, GS) neemt degene die hem omkoopt geen deel.”⁹ In de systematiek van het Wetboek van Strafrecht (zowel voor als na 2001) valt de gedraging van de omkoper onder de categorie misdrijven die gericht zijn tegen het openbaar gezag. Hieronder vallen feiten die tot strekking hebben “de geregelde werking der organen van het staatsgezag in eenig opzicht te belemmeren.”¹⁰

Alvorens over te gaan tot de bespreking van actieve en passieve omkoping zoals strafbaar gesteld sinds 1886, zij hier opgemerkt dat de term ‘omkoping’ of het werkwoord ‘omkopen’ in wat voor verbuiging dan ook niet voorkomt in de hierna

⁵ Actieve omkoping en passieve omkoping staan maar liefst twintig titels uit elkaar, in titel 8 van boek 2 respectievelijk titel 28 van dat zelfde boek.

⁶ Het Wetboek dat in werking trad in 1886 werd immers reeds in 1881 grotendeels vastgesteld door de wetgever.

⁷ Deelneming aan deze misdrijven door personen die geen ambtenaar zijn, is overigens wel mogelijk.

⁸ Dat deze groep aanzienlijk ruimer is dan de personen die een daadwerkelijke aanstelling als ambtenaar hebben, komt hierna in paragraaf 5.5.4 aan de orde.

⁹ MvT bij artikelen 177 en 178, H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 166.

¹⁰ Idem, p. 164.

te bespreken bepalingen.¹¹ Ook in de bepalingen zoals die sinds 2001 in het Wetboek staan, zal tevergeefs naar dit woord gezocht worden. Hier heeft de wetgever bewust voor gekozen.¹² De term omkopen impliceert een aannemen van het aangeboden. Zoals hierna duidelijk wordt, is dit aannemen van het aangeboden geen voorwaarde voor strafbaarheid wegens actieve omkoping.

Opmerking verdient voorts dat hetgeen hierna besproken wordt over de wetgeving van voor 2001 onverkort geldt na de wetsherziening van 2001, in die zin dat alles wat vóór 2001 strafbaar was, dat ná 2001 ook nog is. De herziening betekende slechts uitbreiding van het aantal strafbare gedragingen, er zijn geen gedragingen te bedenken die vanaf februari 2001 niet meer strafbaar zijn, terwijl ze dat voor die datum wel waren. Deze uitbreiding komt hierna in paragraaf 5.5 aan de orde.

In de bespreking van de oude omkopingsbepalingen komen niet alle bestanddelen van de oude bepalingen aan de orde. Deels komen deze aan de orde bij de bespreking van de huidige bepalingen.

5.2.2.1 Actieve omkoping van ambtenaren vanaf 1886

In het Wetboek van Strafrecht van 1886 is één artikel gewijd aan actieve omkoping van ambtenaren. Artikel 177 (oud) stelt strafbaar “*hij die eene ambtenaar een gift of belofte doet met het oogmerk hem te bewegen in zijne bediening, in strijd met zijn plicht, iets te doen of na te laten*” en “*hij die een ambtenaar eene gift doet ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door dezen in zijne bediening, in strijd met zijn plicht, is gedaan of nagelaten*”.

De memorie van toelichting bij de bepaling is summier. Nadere invulling aan de gebruikte begrippen is in de loop der jaren gegeven door de rechtspraak, al is het aantal arresten van de Hoge Raad over dit misdrijf ook niet heel groot. Toch kan op basis van de wettekst van 1886 zelf reeds het één en ander geconcludeerd worden.

Vooraf en achteraf

Zowel het doen van een gift voorafgaand aan de gedraging van de ambtenaar (welke in strijd is met diens plicht) als het doen van een gift achteraf is strafbaar. Ook gevallen waarin de gift achteraf nog niet gevolgd is, maar wel vóóraf een belofte is gedaan, leveren strafbare omkoping op. Het enkele doen van een belofte nádat de ambtenaar de in strijd met zijn plicht zijnde gedraging heeft verricht, was tot 1967 niet voldoende voor strafbaarheid wegens actieve omkoping. De wetgever van 1886 meende dat een dergelijke belofte achteraf straffeloos kon blijven zo lang de belofte niet werd nagekomen en dus nog geen sprake was van een gift. Een loze belofte waarvoor geen tegenprestatie wordt geleverd – de prestatie van de ambte-

¹¹ De term komt wel in het Wetboek voor: in artikel 126 Sr wordt van omkopen gesproken in verband met het kopen van stemmen bij wettelijke verkiezingen.

¹² H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 166.

naar is immers reeds geleverd voordat de belofte werd gedaan – heeft immers geen schadelijk gevolg. Als de belofte wel werd ingelost, volgde alsnog een gift (achteraf) en dat was wel strafbaar.

In 1967 was de wetgever kennelijk tot een nieuw inzicht gekomen en werd het doen van een belofte achteraf toegevoegd aan de strafbaarstelling van actieve omkoping.¹³

In zijn bediening

Voorts is slechts strafbaar de persoon die een ambtenaar verleidt tot een doen of nalaten *in zijn bediening*. De gedraging die de ambtenaar verricht, moet er dus wel één zijn die hij verricht in zijn hoedanigheid als ambtenaar. De omstandigheid dat de omgekochte persoon een ambtenaar is, maakt het mogelijk de gedraging te verrichten. Hij die een ambtenaar met een gift verleidt tot het stelen van een auto, maakt zich wel schuldig aan strafbare uitlokking (artikel 47, eerste lid onder 2° Sr), maar in beginsel niet aan omkoping. Iedereen (die weet hoe het moet) kan immers een auto stelen. Daarvoor hoeft je geen ambtenaar te zijn. Anders is het wanneer de uitlokker een politieambtenaar iets aanbiedt ten einde hem te verleiden om een inbeslaggenomen auto te leveren. In dit geval maakt de uitlokker zich schuldig aan actieve omkoping.

De woorden ‘in zijn bediening’ zijn gekoppeld aan het doen of nalaten van de ambtenaar, niet aan het aannemen van een gift of belofte. Immers behoort het aannemen van giften en beloften als bedoeld in artikel 362 en 363 per definitie niet tot de bediening van een ambtenaar.

Met deze passage wordt niet bedoeld dat de ambtenaar op dat moment aan het werk moet zijn als ambtenaar.¹⁴ Omkoping zal in veel gevallen juist buiten diensttijd plaatsvinden. Ook willen de woorden niet zeggen dat de ambtenaar krachtens wettelijke of administratieve bepalingen *bevoegd* moet zijn om de door de omkoper van hem verlangde gedraging te verrichten. Reeds in 1916 bepaalde de Hoge Raad dat met ‘in zijn bediening’ slechts de voorwaarde wordt gesteld dat het ambt de ambtenaar in staat stelt de van hem (door de omkoper) verlangde gedraging te verrichten.¹⁵ Omdat hij ambtenaar is, heeft hij de mogelijkheid de betreffende gedraging te verrichten – bijvoorbeeld omdat hij toegang heeft tot een bepaalde ruimte – maar niet is vereist dat hij bevoegd is tot het verrichten van die gedraging.

¹³ *Stb.* 1967, 565. Bij dezelfde wetswijziging werd ook het achteraf aannemen door ambtenaren van beloften aan de strafbaarstelling van het hierna te bespreken artikel 362 Sr toegevoegd. De wijziging maakte deel uit van een wetswijziging die de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping (artikel 328ter Sr) introduceerde.

¹⁴ HR 10 april 1893, W 6333.

¹⁵ HR 26 juni 1916, *NJ* 1916, p. 916-918.

Het bestanddeel ‘in zijn bediening’ is bij de herziening van de omkopingsbepalingen ongewijzigd gebleven. Bij de bespreking van de nieuwe wetgeving komt dit derhalve niet opnieuw aan de orde.

In strijd met de plicht

Een andere voorwaarde voor strafbaarheid van de omkoper is dat het handelen of nalaten van de daartoe omgekochte ambtenaar in strijd is met diens plicht. Volgens de wetgever van 1881 ging het niet aan om de omkoper te straffen die een ambtenaar uitlokt om gewoon zijn werk te doen. Een dergelijke omkoping belemmert de geregelde werking der organen van het staatsgezag immers niet, was de opvatting van de wetgever. De omkoper wil gewoon dat de ambtenaar zijn werk doet, meer niet.

Maar handelt een ambtenaar, die een aanvraag van een burger voor een vergunning voorrang geeft vanwege een door die burger betaalde steekpenning, nu in strijd met zijn plicht of niet? Is het niet zijn plicht om aanvragen naar chronologie (of urgentie, afhankelijk van het beleid dat gevoerd wordt) te verwerken en te behandelen? Sinds de wetsherziening in 2001 speelt deze vraag in mindere mate een rol omdat sindsdien actieve omkoping in beide gevallen strafbaar is. Maar nog steeds wordt onderscheiden tussen het wel en niet strijdig zijn van het handelen of nalaten van de ambtenaar met diens plicht. Hierna in paragraaf 5.5.1.1 wordt ingegaan op de – in mijn ogen – onnodige moeilijkheid die dit oplevert.

5.2.2.2 Passieve omkoping door ambtenaren vanaf 1886

Het Wetboek van 1886 kende een uitgebreidere regeling voor wat betreft de gedraging van de ambtenaar die werd omgekocht, welke was neergelegd in twee artikelen.

Artikel 362 (oud) stelde strafbaar “*de ambtenaar die eene gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt teneinde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten*”.

In artikel 363 (oud) werd strafbaar gesteld “*de ambtenaar: 1°. die eene gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijne bediening iets te doen of na te laten; 2°. die eene gift aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijne bediening is gedaan of nagelaten.*”

Bij de eerdergenoemde wetswijziging in 1967¹⁶ is artikel 363 onder 2° (oud) zodanig gewijzigd dat sindsdien ook strafbaar was het achteraf aannemen van een *belofte* door een ambtenaar (die in zijn bediening in strijd met zijn plicht iets had gedaan of nagelaten).

¹⁶ *Stb.* 1967, 565. Zie paragraaf 5.2.2.1.

Strijd met de plicht, vooraf en achteraf

Meteen valt op dat in plaats van een enkele strafbaarstelling zoals bij actieve omkoping, met betrekking tot passieve omkoping meer verschillende situaties strafbaar zijn geteld dan bij actieve omkoping het geval is. De ‘tegenpool’ of het equivalent van de strafbaarstelling van artikel 177 (oud) is terug te vinden in artikel 363. Maar in tegenstelling tot de omkoper, die alleen strafbaar was wanneer hij met zijn gedraging een ambtenaar bewoog of trachtte te bewegen iets te doen of na te laten wat in strijd was met diens plicht, was ingevolge artikel 362 (oud) de ambtenaar daarnaast ook strafbaar wanneer hij omgekocht werd om iets te doen of na te laten wat *niet* in strijd was met zijn plicht. Dit delict werd wel met een aanzienlijk minder zware straf bedreigd.¹⁷

De strafbaarheid van omkoping tot een gedraging die niet in strijd was met de plicht van de ambtenaar, was wel beperkt. Slechts de situatie waarin de ambtenaar de gift of belofte had ontvangen *voordat* hij de wederdienst – die niet in strijd was met zijn plicht – had verleend, werd als strafbaar aangemerkt. De ambtenaar die een gift of belofte achteraf – ten gevolge of naar aanleiding van een gedraging die niet in strijd was met zijn dienst – aannam, was niet strafbaar. Artikel 362 (oud) richtte zich dus puur op ‘smeergeld’, bedoeld om de ambtelijke motor iets soepeler te laten lopen. Het was wel toegestaan – het was althans niet bij wet verboden¹⁸ – een ambtenaar zulk smeergeld aan te bieden, het was voor ambtenaren echter verboden om het aan te nemen.

Wetende dat

Voorwaarde voor strafbaarheid wegens passieve omkoping was onder de oude wetgeving voorts dat een verband bestond tussen de gift of belofte en het doen of nalaten door de ambtenaar, al dan niet in strijd met zijn plicht. Bovendien moest de ambtenaar *weten* dat dat verband bestond. Als een ambtenaar een gift of belofte aannam terwijl hij niet wist dat die gift of belofte hem gedaan werd met genoemde reden, was geen sprake van passieve omkoping.

Deze vereiste wetenschap van het verband kon een bewijsprobleem opleveren, want een ambtenaar kon zich eenvoudig van de domme houden en dan was het lastig de wetenschap uit andere bewijsmiddelen af te leiden. Daarnaast impliceert de formule ‘wetende dat’ dat de ambtenaar de betreffende wetenschap moest hebben *op het moment dat* hij de gift of belofte aannam. Dit zou kunnen betekenen dat een ambtenaar niet strafbaar is wanneer hij op het moment van het aannemen van een

¹⁷ In het Wetboek van 1886 stond op het delict van artikel 362 een gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden, terwijl bij artikel 363 de strafbedreiging een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren was.

¹⁸ Zie hierboven, paragraaf 5.2.2.1.

gift niet weet waar die gift toe dient, maar daar later pas van op de hoogte geraakt en de gift dan houdt.

Inmiddels zijn in de jurisprudentie nadere regels gegeven met betrekking tot deze kwesties. De uitleg van de term 'wetende dat' is hierdoor opgerekt. In paragraaf 5.5.1.5.1 wordt hierop ingegaan, waarbij tevens de wijziging van de wetgeving in 2001 met betrekking tot het opzetvereiste bij passieve omkoping wordt besproken.

5.2.2.3 Wijzigingen vóór 2001

Deze strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping zijn na 1886 tot aan de 'grote' herziening van 2001 viermaal gewijzigd, waarvan slechts eenmaal inhoudelijk.¹⁹ De overige wijzigingen hadden betrekking op de sanctie en enkele formaliteiten. In 1954 werd de maximum geldboete bij artikel 177 en artikel 362 verdubbeld, van 300 naar 600 gulden.²⁰ Een andere wijziging van ondergeschikt belang was die in 1984, waarbij de boetecategorieën werden ingevoerd.²¹ In 1986 ten slotte werd de mogelijkheid actieve omkoping te bestraffen met de ontzetting uit het kiesrecht (artikel 28 lid 1 onder 3° Sr) geschrapt uit artikel 177.²² Voor het overige zijn de bepalingen sinds 1886 ongewijzigd gebleven, totdat ruim honderd jaar na de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafrecht een voorstel tot ingrijpende herziening van de omkopingsbepalingen werd voorgelegd aan het parlement. In de hiernavolgende paragraaf worden kort de Nederlandse ontwikkelingen besproken die de aanloop vormden naar deze wetsherziening.

5.3 Groeiende aandacht voor integriteit in Nederland

In voorgaande hoofdstukken is de groei besproken van de internationale aandacht voor de bestrijding van corruptie. De grensoverschrijdende aspecten van corruptie maakten een internationale aanpak noodzakelijk. Nederland is uiteraard beïnvloed door de internationale ontwikkelingen,²³ maar heeft daarnaast ook zelf een ontwikkeling doorgemaakt die niet in de eerste plaats door het internationale kader is opgelegd of gestimuleerd. Het accent van de Nederlandse benadering lag (in eerste instantie) ook niet zozeer op de bestrijding van corruptie als wel op de bevordering van integriteit van de overheid. De gegroeide aandacht voor integriteit in Nederland werd toegeschreven aan de veranderende maatschappelijke rol van het openbaar

¹⁹ Dit betrof de hiervoor besproken wijziging uit 1967 waarbij het achteraf (dus nadat de ambtenaar een gedraging heeft verricht) doen van een belofte aan een ambtenaar en het achteraf aannemen van een belofte door een ambtenaar strafbaar werd gesteld.

²⁰ *Stb.* 1954, 169.

²¹ *Stb.* 1984, 91.

²² *Stb.* 1986, 139.

²³ Voor wat betreft het strafrecht blijkt dat hierna in paragraaf 5.5.

bestuur.²⁴ De overheid was niet langer de ouderwetse vaderfiguur die boven alles staat, maar steeds meer ‘partner in de samenleving’²⁵ die, met behoud van haar verantwoordelijkheden, samenwerkt met de andere actoren in de samenleving. Daar ligt een risico van integriteitsinbreuken.

Het beginpunt van de aandacht van de Nederlandse overheid voor integriteitsbevordering en bestrijding van corruptie wordt in het algemeen gelegd bij de toespraak die toenmalig Minister Dales van Binnenlandse Zaken in 1992 hield op een congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten.²⁶ De integriteit van de overheid werd al langer niet meer als vanzelfsprekend gezien, maar discussie over het onderwerp bleef lastig vanwege de taboesfeer die hing om woorden als ‘machtsbederf’ en ‘corruptie’. Met name door de toespraak van de Minister werd de discussie omtrent de integriteit van de overheid in Nederland uit die taboesfeer gehaald en aangewakkerd. Dit kwam vooral door de harde stellingname aan het slot van Dales’ toespraak: “De overheid is óf wel óf niet integer. Een beetje integer kan niet.” Deze uitspraak zette de discussie op scherp. Overigens spreekt men ook na dit omslagpunt nog steeds liever van de bevordering van ‘integriteit’ en ‘ethisch handelen’, in plaats van de bestrijding van corruptie en machtsbederf.

5.3.1 Integriteitsbeleid overheid

De toespraak van Minister Dales in juni 1992 markeerde zoals gezegd het begin van een actief integriteitsbeleid van de overheid. Dales ondernam meteen actie en noemde drie maanden later in de begroting voor 1993 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken een actieve waarborging en handhaving van de integriteit van het bestuur als één van de vier voorwaarden voor een verbeterde verhouding tussen overheid en burger.²⁷ Sindsdien vormt de bevordering van de integriteit van het openbaar bestuur jaarlijks een belangrijk onderdeel van de begroting van dat ministerie.²⁸ De voortrekkersrol die het Ministerie van Binnenlandse Zaken wilde spelen – het Ministerie vervulde naar eigen zeggen een initiërende en stimulerende rol²⁹ –

²⁴ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VII, nr. 2, p. 6.

²⁵ *Idem*.

²⁶ C.I. Dales, ‘Om de integriteit van het openbaar bestuur’, toespraak gehouden het congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in juni 1992 te Apeldoorn, opgenomen in: L.W.J.C. Huberts, *Machtsbederf ter discussie*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1994, p. 7-13.

²⁷ Memorie van toelichting bij de begrotingsvaststelling van het Ministerie van Binnenlandse zaken voor 1993, *Kamerstukken II 1992/93*, 22 800 VII, nr. 2, p. 3.

²⁸ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 23 400*, VII, nr. 2 (1994), 23 900, VII, nr. 2 (1995), 24 400 VII, nr. 2 (1996), 25 000 VII, nr. 2 (1997), 25 600 VII, nr. 2 (1998), 26 200 VII, nr. 2 (1999), 26 800 VII, nr. 2 (2000), 27 400 VII, nr. 2 (2001), 28 000 VII, nr. 2 (2002), 28 600 VII, nr. 2 (2003), 29 200 VII, nr. 2 (2004), 29 800 VII, nr. 2 (2005), 30 300 VII, nr. 2 (2006), 30 800 VII, nr. 2 (2007), 31 200 VII, nr. 2 (2008) en 31 700 VII, nr. 2 (2009).

²⁹ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VII, nr. 11, p. 3.

kwam tot uiting in de Circulaire Integriteit sector Rijk³⁰ die in januari 1995 werd rondgestuurd aan alle departementen. Sindsdien zijn alle departementen betrokken in het beleid en hebben ze alle een eigen verantwoordelijkheid in de voorkoming van corruptie. Waar het de algehele integriteit van het Nederlandse ambtenarenapparaat betreft, is het voornamelijk het Ministerie van Binnenlandse Zaken dat verantwoordelijk is.

Eerder (hoofdstuk één) is aan de orde gekomen dat de term ‘integriteit’, evenals ‘corruptie’, een zeer ruim begrip is. Het integriteitsbeleid van de overheid gaat uit van drie aanknopingspunten om de integriteit van de overheid te bevorderen, te weten de persoonlijke integriteit van ambtenaren, bestuurders en politici, de interne integriteit binnen overheidsorganisaties (m.b.t. processen en procedures) en de externe integriteit in de relatie tussen openbaar bestuur en burgers.³¹ Inmiddels heeft dit beleid in alle sectoren van de overheid navolging gekregen en ook op het niveau van de formele wetgever zijn maatregelen genomen om de integriteit in brede zin te verbeteren en te waarborgen.³²

Wanneer onverhoopt een integriteitsinbreuk plaatsvindt, moet daar een passende reactie voor bestaan. Het strafrecht komt daarbij pas in het uiterste geval en als laatste oplossing om de hoek kijken. Bij omkoping wordt de inzet van het strafrecht noodzakelijk geacht. De strafbaarstelling van omkoping sluit aan bij het eerste en derde aanknopingspunt ter verbetering van de integriteit van de overheid: de persoonlijke integriteit van ambtenaren, bestuurders en politici en de integriteit van de relatie tussen het openbaar bestuur en de burger.

In de praktijk was echter gebleken dat de wettelijke strafbaarstelling van omkoping niet toereikend was om gevallen van omkoping effectief aan te pakken. Als onder-

³⁰ ‘Integriteit sector Rijk; systematisch ontwikkelen van preventief beleid’, Circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken van 6 december 1994, *Stcrt.* 1995, 19.

³¹ Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 2, p. 1.

³² Als voorbeeld kan de Ambtenarenwet genoemd worden, die meermalen aangevuld is met integriteitsbepalingen. Zo werden in 1997 bepalingen toegevoegd omtrent de verplichte melding en registratie van nevenwerkzaamheden en een verbod van sommige werkzaamheden (*Stb.* 1997, 224). Een wetswijziging in 2003 ging een stap verder en zorgde dat de geregistreerde nevenwerkzaamheden van bepaalde ambtenaren openbaar werden gemaakt. Bovendien werd een bepaling betreffende belangenverstremgeling geïntroduceerd en diende de overheid een procedure voor het melden van misstanden op te stellen en de rechtspositie van klokkenluiders te beschermen (*Stb.* 2003, 60). In 2006 ten slotte werden overheden verplicht een integriteitsbeleid te voeren, scholing in dat beleid aan te bieden, een gedragscode voor goed ambtelijk handelen op te stellen, en zich te gedragen als een goed werkgever. De ambtenaar dient zich sindsdien uiteraard op zijn beurt ook als goed werknemer te gedragen en bij zijn aanstelling dient hij de eed of de belofte af te leggen (*Stb.* 2005, 695).

deel van de algehele integriteitsimpuls bij de overheid dienden derhalve ook de strafbaarstellingen van de verschillende vormen van omkoping tegen het licht te worden gehouden. Dit initiatief tot herziening werd echter ingehaald door de internationale ontwikkelingen op het gebied van corruptiebestrijding.

In de navolgende paragraaf wordt de herziening van de Nederlandse corruptiewetgeving besproken en wordt duidelijk hoe de nationale en internationale ontwikkelingen van invloed zijn geweest op deze herziening.

5.4 Goedkeuring corruptieverdragen en de Wet herziening corruptiewetgeving 2001

5.4.1 Goedkeuringswet

Op de laatste dag van 1998 werd bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een voorstel van rijkswet tot goedkeuring van een viertal op corruptiebestrijding betrekking hebbende internationale overeenkomsten, te weten:

- de op 26 juli 1995 te Brussel totstandgekomen Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (hierna: *EU-fraudeovereenkomst*);
- het op 27 september 1996 te Dublin totstandgekomen Protocol, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (hierna: *EU-corruptieprotocol*);
- het op 29 november 1996 te Brussel totstandgekomen Protocol, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (hierna: *hofprotocol*);
- en het op 17 december 1997 totstandgekomen Verdrag inzake de bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties (hierna: *OECD-corruptieverdrag*).

De andere autonome landen van het Koninkrijk der Nederlanden

Hoewel het voorstel tot goedkeuring als rijkswet werd aangeboden en daarmee dus werd voorgelegd aan de parlementen van alle (destijds drie)³³ landen van het Koninkrijk, werd slechts voor wat betreft het OECD-corruptieverdrag ook goedkeuring voor de Caribische delen van het

³³ Aruba, Nederland en de Nederlandse Antillen. Sinds 10 oktober 2010 zijn dat Aruba, Curaçao, Nederland en Sint Maarten.

Koninkrijk gevraagd. De regelgeving van de EU heeft immers alleen betrekking op het Europese deel van het Koninkrijk (Nederland). Dat niet gekozen is voor een aparte *wet* tot goedkeuring van de regelgeving van de EU en een *rijkswet* tot goedkeuring van het OECD-corruptieverdrag, is het directe gevolg van de sterke onderlinge inhoudelijke samenhang die bestaat tussen het EU-corruptieprotocol en het OECD-corruptieverdrag, aldus de Minister van Justitie.³⁴ De Rijkswet heeft dus slechts gedeeltelijk de strekking van een rijkswet, maar toch diende de Raad van State *van het Koninkrijk* en de parlementen van alle landen over de wet te oordelen. En de parlementen van de Nederlandse Antillen en Aruba kregen dus een goedkeuringswet voorgelegd die zij slechts gedeeltelijk konden behandelen.

De implementatie van het OECD-verdrag in de strafwetgeving van de Nederlandse Antillen en Aruba liet lang op zich wachten en is uiteindelijk meegenomen in een gehele herziening van de Wetboeken van Strafrecht van deze landen. Bij sluiting van dit manuscript was alleen het nieuwe Wetboek van het (nieuwe) land Curaçao in werking getreden.

In de memorie van toelichting wordt het belang van de goedkeuring door Nederland benadrukt door te wijzen op de “duidelijke samenhang” die in de afgelopen jaren is gebleken tussen georganiseerde criminaliteit, fraude en corruptie.³⁵ De bestrijding van corruptie moet volgens de Minister van Justitie dus voornamelijk geplaatst worden in het grotere kader van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Ook de Minister van Binnenlandse Zaken plaatste eerder corruptiebestrijding in relatie tot de bestrijding van georganiseerde criminaliteit.³⁶

Het wetsvoorstel werd op 10 april 1999 aan de Tweede Kamer gezonden, waar het op 6 juli behandeld werd door de vaste commissie voor Justitie, welke belast was met het voorbereidend onderzoek van het voorstel. Opmerkelijk is dat in het verslag vrijwel niet inhoudelijk wordt ingegaan op het OECD-corruptieverdrag, hoewel dat verdrag toch dwingt tot behoorlijke uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht, tot over de Europese grenzen. De EU-regelgeving krijgt daarentegen wel

³⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 468, nr. B, p. 2.

³⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 468, nr. 3, p. 3.

³⁶ Reeds in de in september 1992 gepubliceerde nota “De georganiseerde criminaliteit in Nederland. Dreigingsbeeld en plan van aanpak” (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 2) werd het verband tussen corruptie en georganiseerde criminaliteit gelegd. In latere brieven van de Minister van Binnenlandse Zaken over integriteit werd corruptie steeds als vorm of instrument van de georganiseerde criminaliteit beschouwd. Men ging en gaat ervan uit dat een verband bestaat, maar hoe sterk dat verband nu eigenlijk is, is tot op de dag van vandaag onduidelijk. In 2008 besloot de Europese Commissie een onderzoek te laten verrichten om nu eindelijk meer inzicht te krijgen in dit verband.

een behoorlijke aandacht. Alle partijen nemen met instemming kennis van het voornemen de verdragen goed te keuren.

De goedkeuringswet is door de Staten-Generaal voor het overige steeds in samenhang behandeld met de hierna te bespreken wet tot herziening van de corruptiewetgeving. Relevante onderdelen van deze goedkeuringswet komen derhalve waar nodig aan de orde bij de bespreking van de herzieningswet.

5.4.2 Herziening corruptiewetgeving

5.4.2.1 Inleiding

Reeds in 1995 is, naar aanleiding van in de Nederlandse (nationale) praktijk van omkopingsbestrijding gerezen behoefte, op het Ministerie van Justitie een begin gemaakt met de voorbereidingen voor een wijziging van de wettelijke strafbaarstellingen van omkoping. De herziening van deze bepalingen was voor een groot deel ingegeven door problemen waar de opsporende en vervolgende instanties tegenaan liepen bij de opsporing en vervolging van (Limburgse) bouwfraudezaken die vanaf eind jaren tachtig langzamerhand op gang kwam. Door de enge strekking van de strafbaarstellingen van omkoping konden te veel zaken niet tot vervolging wegens omkoping leiden,³⁷ terwijl wel vaststond dat een ambtenaar bevoordeeld was door een omkoper teneinde een voor die omkoper gunstige gedraging te verrichten of na te laten. De honderd jaar lang vrijwel ongewijzigde omkopingsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht bleken derhalve niet toereikend om als grondslag te dienen voor een effectieve bestrijding van ambtelijke omkoping.

De voorbereidingen voor de wetswijziging kwamen echter nagenoeg stil te liggen toen duidelijk werd dat in internationaal verband ook instrumenten werden ontwikkeld die zouden nopen tot wijziging van de Nederlandse corruptiewetgeving. Die ontwikkelingen werden afgewacht, zodat die konden worden meegenomen in de voorgenomen wetswijziging.³⁸ Toen de internationale instrumenten van de OECD en de EU tot stand waren gekomen en ondertekend door Nederland, werden de werkzaamheden op het departement van justitie weer opgepakt, met inachtneming van de wijzigingen die noodzakelijk waren in verband met de goedkeuring van deze verdragen. De finalisering van het in voorbereiding zijnde corruptieverdrag van de Raad van Europa werd niet afgewacht.³⁹

³⁷ In dergelijke gevallen kon soms wel valsheid in geschrifte ten laste worden gelegd.

³⁸ Zo verklaarde de Minister van Justitie de trage gang van zaken in 1999, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 469, nr. 5, p. 4.

³⁹ Dit verdrag werd overigens wel reeds ter goedkeuring voorgelegd aan de Staten-Generaal voordat de Nederlandse wetswijziging in werking trad (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 509), maar is niet meegenomen in die wetswijziging. De Minister vond

De departementale werkzaamheden mondden uit in een wetsvoorstel dat tegelijkertijd met het bovengenoemde voorstel voor de goedkeuringswet aanhangig werd gemaakt bij de Raad van State.

5.4.2.2 Voorstel Van Oven en Van Heemst

De van regeringswege voorgestelde herziening was niet het eerste wetsvoorstel tot herziening van de omkopingsbepalingen dat aan de Raad van State en daarna aan de Tweede Kamer was voorgelegd. In april 1998 – bijna een jaar voordat het regeringsvoorstel bij de Tweede Kamer werd ingediend – zonden de Kamerleden mr. G.J.W. van Oven en mr. E.P. van Heemst (beiden PvdA) de Tweede Kamer een voorstel van wet “tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht, alsmede in verband daarmee wijziging van het Wetboek van Strafvordering”.⁴⁰ Het voorstel kwam op veel punten overeen met het regeringsvoorstel. Na de nota van wijziging van dat regeringsvoorstel,⁴¹ waren de overeenkomsten nog groter.

Een punt dat de bespreking van het voorstel van Van Oven en Van Heemst in het kader van dit onderzoek minder relevant maakt, is het feit dat Van Oven en Van Heemst in hun voorstel geen rekening hebben gehouden met de internationale verdragen op het gebied van corruptiebestrijding. Deze internationale regelgeving vormt nu juist de kern van dit proefschrift.

Een ander verschil betrof de bestraffing van politieke ambtsdragers die zich schuldig hadden gemaakt aan passieve omkoping. Uiteindelijk werd het regeringsvoorstel zodanig geamendeerd⁴² dat ook op dit punt de voorstellen niet meer van elkaar verschilden. Het aanvankelijke verschil komt hierna nog aan de orde bij het bespreken van de sancties onder de huidige wetgeving in paragraaf 5.5.1.9.

Slechts een laatste verschil – Van Oven en Van Heemst stelden een artikel 361a voor dat het aannemen door ambtenaren van giften zonder het vereiste van causaal verband met een wederprestatie door de ambtenaar reeds strafbaar maakte – is niet in de uiteindelijke wet gekomen. Aangezien dit punt tevens als amendement is voorgesteld op het regeringsvoorstel en is verworpen, komt dit hierna nader aan de orde bij de bespreking van het regeringsvoorstel.⁴³ Op het voorgestelde artikel 361a na werden Van Oven en Van Heemst dus geheel gevolgd.

aanpassing van de Nederlandse wet naar aanleiding van het verdrag van de Raad van Europa bovendien niet nodig. Zie paragraaf 5.5.2.

⁴⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 26 002, nr. 1-3.

⁴¹ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 6.

⁴² *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 13.

⁴³ Het betreft hier het (ingetrokken) amendement van Kamerlid Kant (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 7) en het (verworpen) amendement van Kamerlid Duijkers (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 14). Het voorstel van Van Oven en Van Heemst

5.4.2.3 Regeringsvoorstel (herziening corruptie-wetgeving)

Zoals gezegd vertoont het voorstel dat de Minister van Justitie in 1998 aanbood aan de Tweede Kamer, veel overeenkomsten met het voorstel van Van Oven en Van Heemst, maar heeft het tevens een internationale grondslag. Volgens de memorie van toelichting liggen aan het voorstel drie redenen ten grondslag.⁴⁴ Ten eerste moet het wetsvoorstel gezien worden als een uiting van het actieve integriteitsbeleid dat de overheid reeds sinds het begin van de jaren negentig voert.⁴⁵ Het strafrecht speelt een rol bij twee van de drie aanknopingspunten van dit beleid ter bevordering van de integriteit van de overheid,⁴⁶ te weten de waarborging van de persoonlijke integriteit van ambtenaren, bestuurders en politici en van de externe integriteit in de relatie tussen openbaar bestuur en burgers. Het wetsvoorstel moet worden gezien als bevordering van het eerste en het derde aanknopingspunt van het beleid. Het strafrecht geldt hier wel als sluitstuk, als laatste oplossing bij een integriteitsschending van een zekere ernstige aard, meent de Minister. Daaraan vooraf gaan preventieve maatregelen die integer handelen beogen te bevorderen en welke in de eerste plaats tuchtrechtelijk gehandhaafd moeten worden. Pas wanneer zonder het strafrecht geen afdoende oplossing kan worden gevonden, mag gebruik worden gemaakt van dit instrument.

De tweede en derde reden die ten grondslag liggen aan het wetsvoorstel zijn, zo schrijft de Minister, een stuk concreter van aard en vormen de feitelijke aanleiding voor het voorstel. Als eerste feitelijke aanleiding noemt de Minister de behoefte die vanuit de praktijk was ontstaan aan een 'uitgebreider strafrechtelijk instrumentarium om gevallen van omkoping aan te pakken'.⁴⁷ Zoals gezegd bleken de bestaande strafbepalingen in de praktijk niet in alle opzichten goed te hanteren en in enkele gevallen niet toegepast te kunnen worden. Een intern advies van het College van procureurs-generaal aan de Minister van 3 maart 1998 is uitgangspunt geweest voor een groot deel van de inhoud van het voorstel tot wetsherziening.

De andere feitelijke reden die de Minister noemt, betreft het internationale aspect dat direct voortvloeide uit het tegelijkertijd aan de Tweede Kamer voorgelegde wetsvoorstel strekkende tot goedkeuring van een aantal internationale verdragen op het gebied van corruptiebestrijding. Om aan de verdragsverplichtingen te voldoen, moest onder andere een aantal bepalingen van het Wetboek van Strafrecht gewijzigd en verruimd worden.

Een deel van de wijzigingen die het wetsvoorstel meebracht is terug te voeren op beide feitelijke redenen die hiervoor genoemd zijn. De Minister lijkt blijkens de

is vrijwel letterlijk overgenomen in deze voorgestelde amendementen op het regeringsvoorstel.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 1 e.v.

⁴⁵ Zie hiervoor in paragraaf 5.3.

⁴⁶ Zie hiervoor in paragraaf 5.3.1.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 2.

memorie van toelichting de noodzaak van de meeste voorgestelde wijzigingen echter voornamelijk te baseren op het advies en aanzienlijk minder op de internationale verplichtingen. Het nationaal perspectief dat het uitgangspunt vormt van het advies van het College van procureurs-generaal, biedt kennelijk volgens de Minister meer rechtvaardiging voor uitbreiding van de wettelijke strafbepalingen dan het internationale perspectief van de verdragen. In ieder geval zijn de meeste pagina's van de memorie van toelichting aan eerstgenoemd perspectief besteed.

Behandeling Staten-Generaal

Zoals gezegd werden het goedkeuringswetsvoorstel en het herzieningswetsvoorstel tegelijkertijd behandeld door de vaste Tweede Kamercommissie voor Justitie en daarna plenaire vergadering. Tijdens de behandeling door de Tweede Kamer van het wetsvoorstel werd een aantal amendementen voorgesteld.

Een interessant voorstel voor een amendement werd aanvankelijk door mevrouw Kant (SP)⁴⁸ gedaan en vervolgens door mevrouw Duijkers (PvdA) vrijwel identiek herhaald.⁴⁹ Het betrof een voorstel om na artikel 361 Sr een nieuw artikel 361a op te nemen. Strafbaar zou moeten worden gesteld de ambtenaar die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat die gift, belofte of dienst hem in zijn hoedanigheid van ambtenaar werd gedaan.

De twee amendementen verschillen slechts in de nauwkeurigheid van de beschrijving van de aan te nemen gift, belofte of dienst. Volgens het voorstel van Kamerlid Kant moet het aannemen van 'een gift, belofte of dienst *van enige betekenis*' strafbaar zijn, in het voorstel van Duijkers is dit gepreciseerd tot 'een gift of belofte daartoe ter waarde van meer dan 100 gulden, of een niet op geld waardeerbare belofte of dienst waarbij sprake is van een substantieel voordeel'.

De aanvullingsvoorstellen kwamen niet uit de lucht vallen; het eerdergenoemde initiatiefwetsvoorstel van de leden Van Oven en Van Heemst bevatte letterlijk dezelfde bepaling als die werd voorgesteld door Kant. De toelichting bij het amendement van Kant was uiterst summier,⁵⁰ maar Van Oven en Van Heemst weidden er in hun wetsvoorstel meer over uit. Ze constateerden destijds dat het kleine aantal strafzaken op het gebied van omkoping en het grote aantal septs voornamelijk te wijten was aan problemen bij de bewijsvoering. "*Veelal is het verband tussen de verleende gunst en de geleverde prestatie bijzonder moeilijk te bewijzen, ook wanneer de verleende gunst zodanig is dat een onbaatzuchtig motief voor het verlenen ervan naar erva-*

⁴⁸ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469 nr. 7. Een gelijk voorstel deed zij met betrekking tot de omkoping van rechters, zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469 nr. 9. De omkoping van rechters komt hierna in paragraaf 5.6 aan de orde.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469 nr. 14.

⁵⁰ "Dit amendement beoogt om passieve omkoping, waarbij de wederprestatie niet op het eerste gezicht is vast te stellen, strafbaar te stellen", aldus Kant.

*ringsregelen is uit te sluiten.*⁵¹ In de toelichting bij het initiatiefwetsvoorstel (dat door Duijkers vrijwel letterlijk werd overgenomen in haar amendement) benadrukten Van Oven en Van Heemst dat de voorgestelde strafbaarstelling slechts zag op het aannemen van gunsten van enige betekenis die kennelijk in verband stonden met de functie van de ambtenaar. Gunsten die een ambtenaar in persoon had ontvangen en waarvan kon worden aangenomen dat zij niets met zijn functie van ambtenaar van doen hadden, vielen er dus buiten, evenals zogenoemde ‘bagatelgunsten’⁵². “*Beslis-send is de vraag of de ambtenaar door aanvaarding van de gunst naar objectieve maatstaven gemeten in de uitoefening van zijn functie wordt beperkt*”, aldus Van Oven en Van Heemst. Zij meenden, in tegenstelling tot Duijkers, dat een criterium daartoe – bijvoorbeeld in de vorm van een maximum geldwaarde – niet kon worden vastgelegd in de wet, omdat dat willekeurig zou aandoen. Duijkers lijkt de grens van 100 gulden te hebben overgenomen van een voorstel door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in een circulaire aan de overige ministers als grens van toelaatbaarheid van giften aan rijksambtenaren.⁵³

De voorgestelde amendementen beoogden een strafbaarstelling van het enkele aannemen van giften, beloften en diensten die een bepaalde waarde overstijgen, zonder dat enig verband hoeft te bestaan met een eventueel door de ambtenaar te verrichten wederprestatie. Een kennelijk verband met de functie en rol als ambtenaar was voldoende. Dit is wezenlijk anders en verdergaand dan wat bij de (normale) omkopingsbepalingen gebruikelijk is. Dan is steeds op zijn minst een los of indirect verband tussen de gedragingen van omkoper en omgekochte vereist voor strafbaarheid van elk van beiden.⁵⁴

De Minister meende dat een dergelijke strafbepaling veel te onbepaald is. De ‘quit-pro-quostructuur’ (of: voor-wat-hoort-wat-structuur) die steeds bij omkoping aanwezig dient te zijn, wordt verlaten en dat brengt rechtsonzekerheid met zich mee, aldus de Minister.⁵⁵

Kamerlid Kant trok haar voorstel in, het voorstel van Duijkers werd door de Kamer weggestemd. Het bestaan van een zeker verband tussen het aannemen van een gift door een ambtenaar en een door hem geleverde (weder)prestatie blijft dus een voorwaarde voor strafbaarheid. Het beleid dat onder ambtenaren wordt gevoerd en

⁵¹ *Kamerstukken II 1997/98*, 26 002, nr. 3, p. 2.

⁵² Hiermee wordt bedoeld op kleine gunsten als een consumptie, een bos bloemen of eenvoudige diensten als een lift naar huis.

⁵³ Circulaire van 14 juni 1999 aan de ministers betreffende het ‘Aanvaarden van geschenken door rijksambtenaren’, *Stcrt.* 1999, 154, p. 5.

⁵⁴ Om die reden moest het voorgestelde artikel 361a dan ook door Van Oven, Van Heemst en Duijkers als een minder ernstig strafbaar feit worden aangemerkt dan ‘omkopinggericht-op-een-bepaalde-prestatie’. Het voorgestelde strafmaximum was derhalve veel lager dan bij laatstgenoemde omkoping.

⁵⁵ *Handelingen II 1999/2000*, nr. 93, p. 6099. Er wordt uiteraard ‘quid pro quo’ bedoeld.

volgens welke zij geen – althans, niet zomaar – giften mogen aannemen die de grens van (meestal rond)⁵⁶ 50 euro overstijgen, kan tot op heden dus niet strafrechtelijk worden gehandhaafd.

Het is ook de vraag of een strafrechtelijke reactie op een relatief zo kleine integriteitsschending wenselijk is. Een waarschuwing door het bevoegde gezag, bij recidive gevolgd door een tuchtrechtelijke bestraffing lijkt mij wenselijker en bovendien effectiever. Wenselijker, omdat dan de ambtelijke organisatie waarvoor de ‘corrupte’ ambtenaar werkzaam is niet onnodig op negatieve wijze in de publiciteit komt. Effectief, omdat veelal de betrokken ambtenaar ook zo zijn les wel zal leren en hij zonder de strafrechtelijke veroordeling aan zijn broek gewoon kan blijven functioneren.

5.5 Wijzigingen van de Nederlandse wet, toetsing aan internationale verplichtingen

Door de inwerkingtreding in 2001 van de huidige omkopingsbepalingen,⁵⁷ voldeed Nederland volgens de regering aan de (destijds) meest recente verdragsverplichtingen. Grotendeels is dat waar; Nederland is soms zelfs verder gegaan dan internationaal geëist wordt. Toch zijn op bepaalde punten nog op- en aanmerkingen te maken. In deze paragraaf wordt de huidige Nederlandse regeling nader bekeken en wordt getracht een eerste beeld te geven over de verenigbaarheid ervan met de verplichtingen die voortvloeien uit de verdragen waar Nederland aan deelneemt. In het volgende hoofdstuk komt die vraag nader aan de orde wanneer de rapporten van de in hoofdstuk vier besproken evaluatiemechanismen betreffende de Nederlandse situatie aan een beschouwing worden onderworpen.

De sinds 1 februari 2001 geldende wetgeving kent een toepassingsbereik dat vele malen ruimer is dan dat van de oude bepalingen. Deze verruiming was deels noodzakelijk vanwege moeilijkheden bij de vervolgbaarheid van deze bepalingen in de praktijk en deels vanwege Nederlandse deelname aan een aantal Europese en internationale verdragen. Hieronder wordt aan de hand van een bespreking van de bestanddelen van de omkopingsdelictsomschrijvingen ingegaan op de facetten van deze verruiming.

⁵⁶ Tegenwoordig dienen ministeries, gemeentes en andere overheidsinstellingen elk over een integriteitsbeleid te beschikken. Deze verplichting is neergelegd in artikel 125 quater van de Ambtenarenwet. De meeste overheidsinstellingen hebben de grens vastgesteld op 50 euro. Zie bijvoorbeeld G.J.J.J. Heetman e.a. (red.), *Handreiking integriteit van politiek ambtsdragers bij gemeenten, provincies en waterschappen*, 2011, te raadplegen via <www.integriteitoverheid.nl/fileadmin/BIOS/data/Toolbox/Handreikingen/Handreiking_integriteit_politieke_ambtsdragers_01.pdf>, p. 35.

⁵⁷ De huidige wettekst is als bijlage na deze dissertatie opgenomen.

5.5.1 Bestanddelen van de omkopingsdelicten

De wetgever heeft niet gedurfd de omkopingsbepalingen in 2001 van een geheel nieuwe redactie te voorzien. Derhalve zijn de gebruikte bewoordingen van de omkopingsbepalingen grotendeels gelijk gebleven ten opzichte van de tekst van 1886 en zijn voornamelijk slechts toevoegingen gedaan, met de bedoeling het toepassingsbereik van de artikelen te vergroten. De wetgever heeft zoveel mogelijk denkbare varianten van omkoping strafbaar willen stellen en de uitzonderingen op strafbaarheid die voor 2001 bestonden zoveel mogelijk weg willen nemen. Tevens is getracht de strafbaarstelling van actieve omkoping zoveel mogelijk het spiegelbeeld te laten worden van die van passieve omkoping, zodat geen gevallen meer denkbaar zijn waarin wel de omgekochte ambtenaar, maar niet de omkoper strafbaar is.⁵⁸

Hieronder wordt ingegaan op de bestanddelen die bij de herziening van de corruptiewetgeving zijn aangepast, uitgebreid of breder toegepast.

5.5.1.1 Strijd met de plicht

De al dan niet strijdigheid van de wederdienst van de ambtenaar met zijn plicht is nog steeds als voorwaarde voor strafbaarheid terug te vinden in de omkopingsbepalingen, maar toch heeft hier een belangrijke uitbreiding plaatsgevonden. Hierboven kwam aan de orde dat de wetgeving tot februari 2001 niet voorzag in een strafbaarstelling van de gedraging van de omkoper die een ambtenaar omkocht teneinde die ambtenaar tot een gedraging te verleiden welke niet in strijd was met diens plicht. Op grond van artikel 177 (oud) Sr was de omkoper slechts strafbaar wanneer zijn oogmerk was gericht op het doen verrichten door een ambtenaar van een gedraging welke in strijd was met diens plicht.⁵⁹ Het enkele 'smeren' van de stroeve ambtelijke machine met een beetje (of veel) smeergeld om die wat soepeler te laten lopen, was derhalve niet strafbaar. De ambtenaar zelf was in dat geval overigens wel strafbaar op basis van (het oude) artikel 362 Sr.

Nu kon het voorkomen dat een omkoper een gift of belofte deed aan een ambtenaar teneinde een bepaald resultaat te verkrijgen. De omkoper meende dat de ambtenaar niet in strijd met zijn plicht hoefde te handelen om dat resultaat te bereiken. Hij had dan dus niet het oogmerk de ambtenaar te bewegen een gedraging te verrichten die in strijd is met diens plicht en was derhalve niet strafbaar. Als de ambtenaar vervolgens toch in strijd met zijn plicht handelde of moest handelen om het gewenste resultaat te bereiken, bleef de omkoper in beginsel straffeloos. De omkoper had de strijdigheid met de plicht immers niet beoogd. Hij wilde slechts de machine smeren, maar geen plichtschending veroorzaken.

⁵⁸ Dit spiegelbeeld is niet geheel volmaakt, zie paragraaf 5.5.1.9.

⁵⁹ Voor een nadere beschouwing van het oogmerkvereiste en van andere opzet- en schuldvarianten in de omkopingsbepalingen, zie hieronder paragraaf 5.5.1.5.

Of het oogmerk van de omkoper daadwerkelijk gericht was op de plichtschending, kon volgens de Hoge Raad worden afgeleid uit de omstandigheden waaronder de gift of belofte was gedaan. Dat oogmerk mocht niet enkel worden aangenomen op grond van het aanbieden van de gift of belofte zelf.⁶⁰

Voor de strafbaarheid van de ambtenaar is het bestaan van de wetenschap bij de omkoper omtrent de strijd met de plicht geen voorwaarde.⁶¹ Van belang is slechts de wetenschap van de ambtenaar. Het gaat er om dat *hij* weet dat de gift of belofte die hij aanneemt in verband staat met een doen of nalaten van zijn kant dat wel of niet in strijd is met zijn plicht.

Sinds 2001 doet het probleem van de niet-strafbare omkoper zich minder snel voor, aangezien door invoeging van het nieuwe artikel 177a Sr nu zowel de omkoping tot een gedraging in strijd met de plicht als de omkoping tot een gedraging die niet in strijd is met de plicht strafbaar is.

De memorie van toelichting bij de nieuwe omkopingsbepalingen is niet erg uitgebreid met betrekking tot de uitleg waarom een bepaling als artikel 177a moet worden ingevoerd. Uitbreider wordt ingegaan op de beperkingen van het oude artikel 362 Sr, dat alleen passieve omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht strafbaar stelde voor zover de gift of belofte werd gedaan *voorafgaande* aan de wederprestatie van de ambtenaar. De situatie in omgekeerde volgorde was voorheen niet strafbaar en dat diende gewijzigd te worden. De invoeging van het nieuwe artikel 177a is bedoeld om een actieve pendant te creëren voor artikel 362, aldus de memorie van toelichting. Er was volgens de Minister geen rechtvaardiging aan te wijzen waarom diegenen straffeloos moesten blijven die zich schuldig maakten aan de feiten zoals die tegenwoordig in artikel 177a strafbaar zijn gesteld.⁶²

Over de vraag wat de plicht van de ambtenaar inhoudt, is niet veel geschreven. De wetsgeschiedenis biedt geen uitsluitel. In de literatuur worden ‘plicht’ en ‘ambtsplicht’ door elkaar gebruikt⁶³ en bestaat weinig discussie over de betekenis van de term, hetgeen doet vermoeden dat geaccepteerd is dat met plicht in feite de ambtsplicht wordt bedoeld. Volgens de Hoge Raad hebben de woorden ‘in strijd met zijn plicht iets te doen of na te laten’ voldoende feitelijke betekenis.⁶⁴

Sikkema meent dat het onderscheid tussen wat wel en wat niet in strijd is met des ambtenaars plicht moeilijk te hanteren is. In paragraaf 6.4.1.1 wordt ingegaan op de

⁶⁰ HR 13 november 1893, WvHR, nr. 6427, p. 1.

⁶¹ HR 9 april 1946, NJ 1946, 324, HR 4 februari 1947, NJ 1947, 170, en HR 20 juni 1967, NJ 1968, 67.

⁶² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 8.

⁶³ Zie bijvoorbeeld A.J. Machielse, ‘art. 177 Sr’, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon/Langemeijer/Remmelink)*, losbladig.

⁶⁴ HR 19 juni 2001, LJN ZD2851, r.o. 5.1-5.2.

(on)houdbaarheid van het onderscheid tussen gedragingen in strijd en gedragingen niet in strijd met de plicht.

Internationale invloeden

Behalve uit bovengenoemde overweging is de invoeging van artikel 177a Sr voortgevloeid uit internationale verplichtingen, met name uit het OECD-corruptieverdrag. Ook het RvE-corruptieverdrag en het VN-corruptieverdrag vereisen een strafbaarstelling als in artikel 177a, maar die verdragen speelden bij de herziening van de Nederlandse corruptiewetgeving nog geen rol. Ze komen hieronder wel kort aan de orde.

Het OECD-corruptieverdrag stelt strafbaar, kort gezegd, het geven van een voordeel aan een buitenlandse ambtenaar “in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties”. In het Tractatenblad is dit vertaald in het Nederlands als “teneinde te bewerkstelligen dat de ambtenaar handelt of nalaat te handelen (met)⁶⁵ in de uitoefening van overheidstaken”. Een betere vertaling van de laatste woorden is mijns inziens ‘*met betrekking tot de uitoefening van overheidstaken*’. De vertaling van het Tractatenblad laat ruimte voor de suggestie dat een doel van de omkoping kan zijn dat de ambtenaar nalaat te handelen in de uitoefening van overheidstaken en dus handelt in strijd met die overheidstaken. Dat is echter niet wat beoogd is met deze passage. Zoals in paragraaf 3.2.2.3.1 is besproken, gaat het erom dat het (door de omkoper beoogde) handelen of nalaten van de ambtenaar betrekking heeft op de uitoefening van overheidstaken. In de Nederlandse strafbaarstellingen is deze voorwaarde voor strafbaarheid verwoord met ‘in zijn bediening’.

Het OECD-corruptieverdrag noemt de strijdigheid van handelen of nalaten met de plicht van de ambtenaar dus in het geheel niet als voorwaarde voor strafbaarheid. Uit het officiële commentaar bij het OECD-corruptieverdrag blijkt dat nationale strafbaarstellingen, waarin als voorwaarde voor strafbaarheid is opgenomen dat de omkoping gericht moet zijn op een handelen of nalaten in strijd met de plicht van de ambtenaar, nog wel in overeenstemming kunnen zijn met wat het verdrag eist, wanneer die voorwaarde zo wordt begrepen dat iedere ambtenaar een plicht heeft om op onpartijdige wijze zijn bevoegdheden uit te oefenen en besluiten te nemen en deze plicht niet steeds wettelijk onderbouwd hoeft te zijn en in rechte bewezen hoeft te worden.⁶⁶ Als dit het geval is, dan levert immers iedere vorm van omkoping wel een strijdigheid met de plicht van de ambtenaar op. Derhalve vormt de voorwaarde dan geen belemmering. Wanneer dit niet het geval is, dan is deze voorwaarde voor strafbaarheid wel een belemmering die een aantal vormen van omkoping

⁶⁵ In het Tractatenblad is – waarschijnlijk per abuis – de vertaling “met in” afgedrukt (*Trb.* 1998, 219).

⁶⁶ Paragraaf 3 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag.

uitsluit van strafbaarheid en dat is in strijd met het verdrag. In dat geval geldt de hoofdregel, die luidt dat strijdigheid van het doen of nalaten van de ambtenaar met diens plicht geen voorwaarde mag zijn voor strafbaarheid.

Voor Nederland, waar een algemene plicht tot onpartijdigheid van ambtenaren niet bestaat, betekent het bovenstaande dat de strafbaarstelling van actieve omkoping in artikel 177 (oud) Sr te beperkt was en zodanig verruimd diende te worden dat actieve omkoping ook strafbaar werd als deze betrekking had op een handelen of nalaten van de ambtenaar dat niet strijdig was met diens plicht.⁶⁷

Anders dan het OECD-corruptieverdrag verplichten het EU-corruptieprotocol en de EU-corruptieovereenkomst slechts tot het strafbaar stellen van omkoping waarbij het betreffende handelen of nalaten van de ambtenaar in strijd is met diens (ambts)plicht. Van omkoping tot een handelen of nalaten dat niet in de strijd is met de plicht wordt geheel niet gesproken, dat wordt in EU-verband kennelijk als een te licht vergrijp ervaren, zodat een verplichting op Europees niveau tot strafbaarstelling ervan niet haalbaar was. De toelichting bij het EU-corruptieprotocol poogt nog wel de werking van strafbaarstellingen uit te breiden door te stellen dat het in bepaalde lidstaten reeds in strijd met de ambtsplicht *tot onpartijdigheid* van een ambtenaar is om een voordeel te ontvangen “als tegenprestatie om overeenkomstig zijn ambt te handelen (bijv. door via een voorkeursbehandeling de behandeling van een dossier te bespoedigen of te schorsen)”.⁶⁸ In die lidstaten is het EU-corruptieprotocol (en ook de EU-corruptieovereenkomst) wel op die gevallen van toepassing.⁶⁹ Wellicht is deze opmerking in de toelichting bedoeld om lidstaten aan te moedigen sneller de strijdigheid van een doen of nalaten door een ambtenaar in strijd te achten met diens ambtsplicht.

Het RvE-corruptieverdrag stelt bij actieve omkoping de voorwaarde dat het onverschuldigde voordeel aan de ambtenaar wordt beloofd, aangeboden of gegeven “opdat hij een handeling verricht of nalaat te verrichten in de uitoefening van zijn taken.”⁷⁰ Bij passieve omkoping geldt de soortgelijke voorwaarde dat de ambtenaar het onverschuldigde voordeel moet hebben ontvangen of hebben gevraagd “om een handeling te verrichten of na te laten te verrichten in de uitoefening van zijn ta-

⁶⁷ Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 468, nr. 3, p. 21.

⁶⁸ Zie paragraaf 2.6 van het toelichtend rapport bij het EU-corruptieprotocol.

⁶⁹ De opmerking lijkt op die welke in de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag is opgenomen, maar de hoofdregels zijn andersom: de EU-regelgeving vereist strijdigheid, het OECD-corruptieverdrag juist niet.

⁷⁰ Nederlandse vertaling uit *Trb.* 2000, 130 van “for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions”.

ken.”⁷¹ Met ‘in de uitoefening van zijn taken’ wordt wederom slechts bedoeld wat in de Nederlandse wetgeving ‘in zijn bediening’ wordt genoemd. Strijdigheid met de plicht wordt in het verdrag geheel niet als voorwaarde voor strafbaarheid genoemd. In de toelichting bij het verdrag wordt hier nader op ingegaan. Geconstateerd wordt dat sommige RvE-lidstaten strijdigheid met de plicht als voorwaarde voor strafbaarheid stellen. Op basis van onderzoek door haar Multidisciplinary Group on Corruption (GMC) voor een Europese ‘code of conduct’ voor ambtenaren ter voorkoming van corruptie⁷² concludeerde de Raad van Europa echter dat een ambtenaar zich ook reeds schuldig maakt aan een strafbaar feit wanneer hij een voordeel ontvangt in ruil voor een doen of nalaten dat niet strijdig is met zijn plicht. Wanneer dat doen of nalaten wel in strijd is met de plicht van de ambtenaar, of wanneer de ambtenaar een zaak geheel niet behandelt door bijvoorbeeld een vergunning niet af te geven, dan maakt hij zich schuldig aan een zwaarder delict, aldus de toelichting.⁷³ Dit lijkt erg op de Nederlandse constructie. De toelichting vervolgt echter dat de opstellers van het RvE-corruptieverdrag bewust hebben besloten dat “such an extra-element of ‘breach of duty’ was, however, not considered to be necessary for the purposes of this Convention”. De omstandigheid dat de ambtenaar al dan niet in strijd met zijn plicht handelt, mag geen beslissende voorwaarde zijn, immers weet een omkoper vaak niet eens hoe ver de discretionaire bevoegdheid van de ambtenaar reikt. Een ambtenaar wordt uit publieke gelden betaald en niet direct door de burgers. Het aanbieden van voordelen door individuele burgers en aannemen daarvan door ambtenaren is ongewenst, ongeacht de aard van de wederdienst van de ambtenaar die tegenover het voordeel staat.

Voor wat betreft de omkoping van buitenlandse en internationale ambtenaren en van rechters en ambtenaren bij internationale gerechtshoven biedt het RvE-corruptieverdrag partijstaten de mogelijkheid dat slechts strafbaar te stellen “voor zover de overheidsfunctionaris of de rechter een handeling verricht of nalaat te verrichten in strijd met zijn plichten.”

Het VN-corruptieverdrag stelt als voorwaarde voor strafbaarheid van zowel actieve als passieve omkoping dat het voordeel beloofd, verstrekt, aangeboden, dan wel aangenomen is “opdat de functionaris een handeling verricht of nalaat bij de uitoefening van zijn of haar officiële taken”. Hier is dus geen sprake van strijdigheid met de plicht als voorwaarde voor strafbaarheid.

⁷¹ Nederlandse vertaling uit *Trb.* 2000, 130 van “to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions”.

⁷² Zie paragraaf 2.3.4.1.

⁷³ Paragraaf 39 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat nu met uitzondering van de EU-regelgeving geen van de corruptieverdragen strijdigheid van het doen of nalaten van de ambtenaar met diens plicht als voorwaarde voor strafbaarheid stelt, beide varianten strafbaar dienen te zijn. Invoeging van artikel 177a Sr was dus noodzakelijk om aan de verdragsrechtelijke verplichtingen te voldoen.

De vraag kan echter worden gesteld of de wet wel onderscheid tussen de twee vormen zou moeten maken. Slechts in de EU-regelgeving wordt strijdigheid met de ambtsplicht als voorwaarde voor strafbaarheid gesteld. De verdragen van de OECD en de VN zien beide vormen van omkoping kennelijk als even verwijtbaar, immers wordt niet van een onderscheid gesproken. Ook bij het RvE-corruptieverdrag speelt het onderscheid bij de omkoping van binnenlandse ambtenaren geen rol.

In de Nederlandse literatuur en ook in de politiek is wel gepleit voor afschaffing van onderscheid tussen omkoping tot een doen of nalaten dat in strijd is met de plicht van de ambtenaar en omkoping tot een doen of nalaten dat dat niet is. In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de bezwaren tegen het onderscheid en volgt een voorstel om deze bezwaren weg te nemen.

5.5.1.2 Tijdstip van omkoping (vooraf en achteraf)

Zoals hiervoor in paragraaf 5.2.2 aan de orde gekomen is, waren onder de oude wetgeving minder varianten van actieve en passieve omkoping strafbaar. Onder meer werd onderscheiden naar het tijdstip waarop de gift of belofte werd aangenomen.⁷⁴ Bij de herziening van de omkopingsbepalingen is, zoals gezegd, getracht de strafbaarstelling van actieve omkoping zoveel mogelijk het spiegelbeeld te laten zijn van die van passieve omkoping, zodat er geen gevallen meer zijn waarin wel de ambtenaar die een gift aanneemt, maar niet de omkoper die de gift doet strafbaar is, of andersom.⁷⁵ Bovendien heeft de wetgever zoveel mogelijk denkbare varianten van omkoping strafbaar willen stellen. Dientengevolge zijn sinds 2001 actieve en passieve omkoping, ongeacht of de betreffende gedraging van de ambtenaar in strijd is met zijn plicht, beide strafbaar, zowel wanneer de gift, belofte of dienst *vooraf* wordt gedaan, verleend of aangeboden ('met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening [...] iets te doen of na te laten'), of wordt aangenomen of gevraagd ('teneinde hem te bewegen om [...] in zijn bediening iets te doen of na te laten'), als wanneer de gift, belofte of dienst *achteraf* wordt gedaan, verleend of aangeboden ('ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door deze in zijn huidige of

⁷⁴ Onder de oude wetgeving was niet strafbaar het aannemen door een ambtenaar van giften achteraf, ten gevolge of naar aanleiding van een handeling van die ambtenaar, wanneer die handeling niet in strijd was met de plicht. De omkoper was in dat geval ook niet strafbaar en dat was hij ook niet als hij de gift of belofte vooraf deed.

⁷⁵ Dat door bijzondere, zaakspecifieke omstandigheden het altijd kan voorkomen dat de ene partij wel en de andere partij niet strafbaar is, wordt hier buiten beschouwing gelaten.

vroegere bediening [...] is gedaan of nagelaten') of wordt aangenomen of gevraagd ('ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem [...] in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten').

Hiermee gaat Nederland verder dan alle internationale instrumenten die in dit onderzoek aan de orde zijn. Het EU-corruptieprotocol, de EU-corruptieovereenkomst, het OECD-corruptieverdrag⁷⁶, het RvE-corruptieverdrag en het VN-corruptieverdrag verplichten elk slechts tot de strafbaarstelling van omkoping *vooraf*, waarbij dus de wederprestatie van de ambtenaar volgt nadat is omgekocht. De reden voor de uitbreiding van de Nederlandse strafbepaling in 2001 moet dus gezocht worden in de nationale behoefte aan verruiming en niet in de internationale verplichtingen.

5.5.1.3 Omkopingsmiddelen: gift, belofte en dienst

Tot februari 2001 waren volgens de wet slechts strafbaar het doen en aannemen van een *gift* of een *belofte* (tot een gift). De wet maakt niet duidelijk wat onder deze termen begrepen moet worden en al helemaal niet of bepaalde giften of beloften wellicht toch toelaatbaar zijn. De invulling van wat wel en wat niet onder gift en belofte verstaan moet worden en de grenzen aan de toelaatbaarheid van giften en beloften, hebben in de periode tot 2001 nader vorm gekregen in de rechtspraak. Hieronder wordt door een korte bespreking hiervan aangetoond dat de toevoeging in 2001 van de dienst aan de omkopingsmiddelen niet alleen onnodig was, maar zelfs een stap in de verkeerde richting was.

Gift

De Hoge Raad bepaalde in 1916 dat het bestanddeel 'gift' elke overdracht omvat van iets dat waarde heeft voor de verkrijger.⁷⁷ De Hoge Raad besepte kennelijk dat er geen harde grens is te trekken tussen wat nog wel en wat niet meer als toelaatbaar kan worden beschouwd. Die grens is dan ook eerder een kwalitatieve dan een kwantitatieve grens. Hoewel dus de centrale overheid een grens van vijftig euro (voorheen honderd gulden)⁷⁸ aanhoudt als de maximale waarde van giften die rijksambtenaren mogen aannemen, is dit geen grens tussen strafbaar en niet-strafbaar handelen. De reden hiervoor is niet zozeer dat vele kleine giften wel degelijk tezamen een grote gift vormen, welke de grens van toelaatbaarheid te boven gaat. Het gaat

⁷⁶ De verplichting uit dit verdrag heeft uiteraard slechts betrekking op actieve omkoping van buitenlandse ambtenaren.

⁷⁷ HR 25 april 1916, *NJ* 1916, p. 551.

⁷⁸ Deze grens is geïntroduceerd in eerder genoemde circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken 'Aanvaarden van geschenken door rijksambtenaren', *Stcrt.* 1999, 154, p. 5. Lagere overheden hebben hun eigen beleid dat veelal ook een maximum van vijftig euro inhoudt. Ook steeds meer bedrijven voeren een soortgelijk beleid met betrekking tot hun werknemers.

namelijk bij omkoping niet in de eerste plaats om een overschreden grens van toelaatbaarheid, maar om het feit dat een ambtenaar iets doet of nalaat ten gunste van een individu *omdat* dat individu hem daar een gift voor verstrekt. Een gift van kleine (financiële) waarde kan wel degelijk de reden voor een ambtenaar vormen om een bepaalde (weder)gunst te verlenen aan de omkoper.⁷⁹

Volgens Machielse kan “het geven of beloven van iets dat absoluut en voor eenieder waardeloos is [...] gift noch belofte heten.”⁸⁰ Dat is slechts deels in lijn met hetgeen de Hoge Raad in 1916 bepaalde, namelijk dat gift een waarde dient te vertegenwoordigen *voor de ontvanger* ervan.⁸¹ Want hoe zit het als de geveer meent dat hetgeen hij geeft iets van waarde is, maar de ambtenaar – die de gift weliswaar uit respect voor de geveer aanneemt – tegelijkertijd denkt: “Wat is dit voor prul” en de gift meteen na het vertrek van de omkoper weggooit? Maken geveer en ontvanger zich schuldig aan strafbare omkoping, aangenomen dat aan de andere voorwaarden voor strafbaarheid is voldaan?⁸² Als de regel die de Hoge Raad gaf in bovengenoemd arrest (‘iets, dat *voor dezen* waarde heeft’ (cursief van mij, GS)) strikt wordt gevolgd, dan maakt de ambtenaar zich in dit geval niet schuldig aan passieve omkoping, aangezien de gift geen waarde *voor hem* heeft. Hoewel hij wist met welk doel die gift hem aangeboden werd, heeft hij de gift toch aangenomen. De ambtenaar is dus op de hoogte van de kwade wil van de omkoper, maar alleen omdat hij de gift als waardeloos beschouwt,⁸³ is de ambtenaar volgens de regel van de Hoge Raad niet strafbaar. Wanneer de redenering van Machielse wordt gevolgd, is echter de ambtenaar wel strafbaar aangezien de gift waarschijnlijk voor de omkoper wel een waarde vertegenwoordigde, waarmee de gift dus niet absoluut en voor eenieder waardeloos is. Het is in deze visie dus wel degelijk een gift die de ambtenaar aanneemt en bovendien een gift met kwade bedoelingen.

Ook voor wat betreft de omkoper is het lastig. Nu hij in de veronderstelling is dat hij de ambtenaar iets van waarde heeft gegeven, zou men kunnen menen dat hij de intentie heeft de delictsomschrijving te vervullen. Maar nu blijkt dat de gift van de omkoper geen waarde heeft voor de ambtenaar, is strikt genomen geen sprake meer

⁷⁹ Een soortgelijke redenering volgt het College van procureurs-generaal in de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland’, *Stcrt.* 2007, 124, p. 15. Zie ook hoofdstuk zeven.

⁸⁰ A.J. Machielse, ‘art. 177 Sr, aant. 2’, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon|Langemeijer|Rimmelink)*, losbladig.

⁸¹ Het doen van een gift “omvat elk overdragen aan een ander van iets dat voor dezen waarde heeft, mits gedaan met het [in artikel 177 Sr] omschreven oogmerk”, aldus de Hoge Raad in genoemd arrest uit 1916.

⁸² De omkoper deed de gift met het oogmerk om iets van de ambtenaar gedaan te krijgen en de ambtenaar wist dat.

⁸³ En om die reden is de ambtenaar ook niet van plan de wederdienst aan de omkoper te leveren.

van een gift, maar slechts van iets waarvan de omkoper dacht en hoopte dat het door de ambtenaar als gift zou worden aangemerkt. Nu geen sprake meer is van een gift, vervalt daarmee de strafbaarheid van de omkoper? Volgens de redenering van Machielse is de omkoper wel strafbaar.⁸⁴ Omgekeerd geredeneerd kan men immers stellen dat, nu de omkoper verwachtte en hoopte dat de gift van waarde zou zijn voor de ambtenaar, de gift kennelijk wel een waarde vertegenwoordigt voor die omkoper. Dat betekent dat de gift dus niet absoluut en voor een ieder waardeloos is. Volgens de redenering van de Hoge Raad zou ook de omkoper de dans echter ontspringen, omdat in feite de gift géén waarde vertegenwoordigt voor de ontvangende ambtenaar, waardoor geen sprake meer is van het doen van een gift – elk overdragen aan een ander van iets dat voor dezen (deze ander) waarde heeft – zodat voltooide actieve omkoping niet bewezen kan worden. Dit is een onwenselijke uitkomst, aangezien de omkoper wel degelijk, door de ambtenaar iets te geven, deze heeft willen verleiden tot een bepaald handelen of nalaten in zijn bediening. De ondeugdelijkheid van het omkopingsmiddel doet daaraan niet af. In de opvatting van Machielse is het, om aan te nemen dat sprake is van het doen van een gift, voldoende dat ten minste één van de twee partijen de gift van enige waarde acht. In het geval van actieve omkoping kan dat ook slechts de omkoper zijn, dat is mijns inziens voldoende om de strafbaarheid van zowel de omkoper als de omgekochte aan te nemen (mits aan de overige voorwaarden voor strafbaarheid is voldaan).

Belofte

Over wat een belofte inhoudt, is Machielse mijns inziens volstrekt duidelijk. “Gift staat tot belofte als: het gegevene tot hetgeen waarvan het geven in uitzicht wordt gesteld.”⁸⁵ De belofte is derhalve niets meer dan het in het vooruitzicht stellen, oftewel het beloven van een gift. Je zou kunnen zeggen dat het doen van een gift een (fysiek) overdragen van iets inhoudt, terwijl bij een belofte dat overdragen slechts in het vooruitzicht wordt gesteld. Maar het geven van een vliegreis is reeds voltooid bij het overdragen van het ticket, terwijl de reis zelf pas later plaatsvindt. Toch is dit een gift en geen belofte, omdat de gever zijn aandeel in het overdragen heeft voltooid. De gever heeft er geen invloed meer op of de vliegreis daadwerkelijk plaats zal vinden. Bij het beloven van een vliegreis is dit anders, de belover kan immers zijn belofte breken en besluiten de in het vooruitzicht gestelde vliegreis toch niet over te dragen.

⁸⁴ De omkoper maakt zich dan zelfs schuldig aan een voltooid delict en blijft niet steken op een poging. Zoals hierna in paragraaf 5.5.1.6 nader aan de orde komt, is voor voltooiing van het delict van actieve omkoping voldoende dat een gift of belofte wordt gedaan (of een dienst wordt aangeboden) met ‘corruptie intenties. Wat de ambtenaar met die gift, belofte of dienst doet of wat hij ervan vindt, doet niet ter zake.

⁸⁵ A.J. Machielse, ‘art. 177 Sr, aant. 2’, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon|Langemeijer|Rimmelink)*, losbladig.

Voor de strafbaarheid maakt dit onderscheid overigens niet uit. De gever is net zo strafbaar als de belover en de ambtenaar die een gift aanneemt net zo strafbaar als de ambtenaar die een belofte aanneemt.

Hiervoor is het voorbeeld van een vliegreis als gift genoemd. De vraag of dit nu eigenlijk wel een gift is, oftewel de vraag of de gift nu een fysiek, stoffelijk, tastbaar ding dient te zijn, heeft nog weleens voor onduidelijkheid gezorgd. De Hoge Raad gaf hierop pas in 1994 (ruim 100 jaar na inwerkingtreding van de omkopingsbepalingen) een volkomen duidelijk en ondubbelzinnig antwoord. De Raad oordeelde dat niet slechts het accepteren van stoffelijk voordeel, maar ook het ontvangen van een voordeel bestaande uit seksuele gunsten kan worden gezien als het aannemen van een gift als bedoeld in artikel 363 (oud) Sr.⁸⁶ Het ‘verlenen van diensten’, zoals het schilderen van een huis, of het aanbieden van een vakantie, kan derhalve worden gebracht onder het omkopingsmiddel ‘het doen van een gift’ en wanneer de dienst beloofd wordt onder ‘het doen van een belofte’.

Herziening 2001: Uitbreiding van het voordeelsbegrip met “dienst”

Hoewel uit het bovenstaande reeds zonder moeite kan worden begrepen dat ook het aanbieden of verlenen van een dienst kan worden aangemerkt als het doen van een gift of belofte, is bij de herziening van de omkopingsbepalingen toch besloten de dienst expliciet op te nemen als omkopingsmiddel in de strafbaarstellingen van zowel actieve als passieve omkoping. Uit de praktijk was naar voren gekomen dat het aannemen of aanbieden van diensten ondanks de uitleg in de jurisprudentie hieromtrent niet zonder meer kon worden begrepen als omkopingsmiddel. Rechter bleken het lastig te vinden “de deelname aan zgn. snoepreispjes, het voor een ‘vriendenprijs’ ter beschikking stellen van een vakantiebungalow of het aanbieden van een commissariaat voor bewezen diensten” te kwalificeren als gift of belofte.⁸⁷ Sikkema meent dat door toevoeging van de dienst aan de omkopingsmiddelen meer duidelijkheid is ontstaan, hetgeen de rechtszekerheid heeft bevorderd. De gift moet nu (“weer”)⁸⁸ beperkter worden uitgelegd, zodat daarmee slechts “geldbedragen of stoffelijke zaken” worden bedoeld, terwijl de dienst ziet op “subjectieve of immateriële voordelen”, aldus Sikkema. Hij meent dat toevoeging van de dienst aan de omkopingsmiddelen in feite neerkomt op een codificatie van de rechtspraak over de gift en de belofte.⁸⁹

⁸⁶ HR 31 mei 1994, *NJ* 1994, 673, r.o. 5.2-5.3.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 4.

⁸⁸ Waarom hij hier over “weer” spreekt, is niet duidelijk, aangezien de rechtspraak nooit de door hem bedoelde beperkte uitleg van de gift heeft gevolgd.

⁸⁹ E. Sikkema, ‘Over ambtelijke omkoping. Het wetsvoorstel herziening corruptiewetgeving’, *DD* 30 (2000), afl. 9, p. 896.

Ik ben van mening dat noch meer duidelijkheid is ontstaan, noch de heersende rechtspraak is gecodificeerd door toevoeging van de dienst. De heersende rechtspraak – in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever – hield immers in dat alles wat gegeven wordt, materieel en immaterieel, als gift kan worden aangemerkt en alles wat in het vooruitzicht wordt gesteld als belofte. De wetgever had bij de herziening in 2001 mijns inziens kunnen volstaan met de constatering in de memorie van toelichting dat dit de uitleg is die aan de formulering ‘gift en belofte’ moet worden gegeven. De driedeling in gift, belofte en dienst maakt de strafbaarstellingen nodeloos ingewikkeld.

Sikkema merkt voorts op dat de strafrechtelijke betekenis van de gift weer in overeenstemming is gebracht met de taalkundige betekenis.⁹⁰ Ook Roording meent dat de nieuwe formulering beter aansluit bij ‘het normale spraakgebruik’.⁹¹ Ik vind dat geen overtuigend argument voor wijziging van de wet, nu het Wetboek – inclusief de huidige, moderne omkopingsbepalingen – vol staat met termen waarvan de betekenis niet overeenkomt met de taalkundige betekenis ervan. De autonome betekenis die het strafrecht aan veel van deze termen verbindt, is uitvoerig beschreven door Demeersseman.⁹² Zo heeft bijvoorbeeld het begrip ‘ambtenaar’ dat elders in dit onderzoek aan de orde komt, in het strafrecht een betekenis die meer omvat dan de taalkundige betekenis. Het normale spraakgebruik is al helemaal geen richtsnoer voor de tekst van de wet.

Men kan zich afvragen of de wetgever in 1881 niet reeds tevens diensten als omkopingsmiddel wilde aanmerken, maar er niet aan gedacht heeft dat de term “gift” weleens beperkter uitgelegd zou gaan kunnen worden. De wetgever heeft weinig uitleg gegeven op dit punt. Ik ben van mening dat de wetgever met de term “gift” de onverschuldigdheid wilde uitdrukken van hetgeen aangeboden of aangenomen werd. De term “belofte” is in die gedachte de toezegging in ruime zin van een in de toekomst aan te bieden of aan te nemen gift (in ruime zin).

Rechters maakten het moeilijk terwijl de wetgever in feite gewoon ieder aanboden of aangenomen voordeel als omkopingsmiddel wilde aanmerken. De oplossing die in 2001 voor dit in de praktijk gerezen probleem is gegeven – de toevoeging van de dienst aan de omkopingsmiddelen – heeft mijns inziens de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever van 1881 om zeep geholpen en de bepalingen minder leesbaar en slechter bruikbaar gemaakt. In het volgende hoofdstuk⁹³ wordt een voorstel gedaan voor verbetering hiervan.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ J.F.L. Roording, ‘Corruptie in het Nederlandse strafrecht’, *DD* 32 (2002), afl. 2, p. 120.

⁹² H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1985.

⁹³ Zie paragraaf 6.4.1.3.

5.5.1.4 Het vragen naar een voordeel

Onder de oude wetgeving gingen de strafbaarstellingen in artikel 362 en 363 Sr uit van een passieve ambtenaar die benaderd werd door een kwaadwillende omkoper en daarvoor bezweek. Er kon nog echt van *passieve* omkoping gesproken worden, nu van de ambtenaar volgens de wet een passieve houding werd verwacht bij omkoping. Hij werd benaderd, niet andersom. De ambtenaar die zelf het initiatief nam en de omkoper benaderde met een vraag naar een gift, leek niet onder bovengenoemde bepalingen te vallen. In de praktijk blijken echter vaker ambtenaren (actief) naar gunsten te vragen dan dat omkopers die gunsten (uit zichzelf) aanbieden.

Bij de wetsherziening in 2001 is de strafbaarheid van het vragen naar voordelen door een ambtenaar expliciet vastgelegd in de wetgeving. De verplichting hiertoe was afkomstig uit het EU-corruptieprotocol, waarin lidstaten wordt opgedragen als strafbare passieve omkoping aan te merken “het feit dat een ambtenaar [...] voordelen [...] aanneemt of vraagt, dan wel ingaat op een desbetreffende toezegging”. Met het ingaan op een desbetreffende toezegging wordt bedoeld op het aannemen van een belofte.

Het OECD-corruptieverdrag bevat een dergelijke verplichting niet, maar dat is begrijpelijk nu dat verdrag zich slechts richt op de strafbaarheid van de omkoper en niet die van de ambtenaar.⁹⁴ De later door Nederland geratificeerde EU-corruptieovereenkomst, het RvE-corruptieverdrag en het VN-corruptieverdrag verplichten net als het EU-corruptieprotocol wel tot strafbaarstelling van het vragen (verzoeken) van voordelen door ambtenaren.

5.5.1.5 Opzet en schuld

5.5.1.5.1 Passieve omkoping

Onder het oude recht van voor 2001 was voor strafbaarheid van passieve omkoping vereist dat de ambtenaar die werd omgekocht *wist* met welk doel de gift of belofte hem werd gedaan. Hiervoor is aan de orde gekomen dat dit bewijsproblemen kon opleveren, aangezien (aanvankelijk) strikt genomen onder de term ‘wetende dat’ geen voorwaardelijk opzet kon worden begrepen. In de nieuwe wetgeving is het opzetvereiste voor strafbare passieve omkoping aanzienlijk ruimer geformuleerd. Hierna wordt daarop ingegaan.

Het opzetvereiste heeft wel reeds voor de herziening van de wetgeving een ruimere invulling gekregen in de jurisprudentie, al is tot aan de wetsherziening de reikwijdte van het opzet ook in de rechtspraak nimmer geheel duidelijk geweest. De vraag of

⁹⁴ Overigens komt in het commentaar bij dit verdrag het vragen door ambtenaren om giften aan de orde, maar dan alleen om aan te geven dat het voor de strafbaarheid van de omkoper niet uitmaakt wie het initiatief tot de omkoping nam. Wanneer de ambtenaar vroeg om een gift en de omkoper daarop in ging, pleit hem dat niet vrij van actieve omkoping. Zie paragraaf 1 van het officiële commentaar bij het OECD-corruptieverdrag.

voorwaardelijk opzet voldoende was om het wetenschapsvereiste van artikel 362 en 363 (oud) Sr te vervullen is door verschillende schrijvers verschillend uitgelegd. Een uitspraak van de Hoge Raad uit 1999 bracht daarin geen verandering.⁹⁵ In die zaak stelde de requirant dat het Hof ten onrechte voorwaardelijk opzet voldoende had geacht voor de invulling van ‘wetende dat’ in artikel 363 (oud). A-G Machielse concludeerde dat in het algemeen bij wettelijke constructies met ‘wetende dat’ voorwaardelijk opzet altijd de ondergrens vormt en dat Hof dus zo had mogen oordelen. De A-G meende dus dat voorwaardelijk opzet reeds voldoende is om wetenschap in de zin van artikel 363 (oud) te bewijzen en concludeerde derhalve tot verwerping van het middel. Een arrest met deze strekking zou een hoop duidelijkheid geven, maar de Hoge Raad oordeelde anders.

De Raad kwam weliswaar tot dezelfde slotsom, namelijk verwerping van het middel, maar gooide het over een andere boeg. In de aangevochten overweging van het Hof die voorwaardelijk opzet leek in te houden, las de Hoge Raad dat de verdachte het doel van de gift moest hebben begrepen en derhalve ook had begrepen (het kan niet anders dan dat hij het had begrepen). De Raad oordeelde dus dat het cassatiemiddel rustte op een verkeerde lezing van het arrest van Hof en dat het Hof helemaal geen voorwaardelijk opzet had aangenomen. Hoewel de slotsom van de Hoge Raad dezelfde was als die van de A-G, ging de Hoge Raad niet mee in hetgeen de A-G daartoe concludeerde. De Raad gebruikte niet de formule die hij voor voorwaardelijk opzet had vastgesteld.⁹⁶ Dat biedt grond voor de conclusie dat de Hoge Raad in de overwegingen van het Hof helemaal geen aanwijzingen vond dat het Hof voorwaardelijk opzet zou accepteren om artikel 363 onder 1° (oud) Sr bewezen te achten. Volgens Sikkema moet het arrest zo begrepen worden dat de Hoge Raad meende dat het Hof was uitgegaan van een opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn, hetgeen een ‘zwaardere graad’ van wetenschap betekent dan voorwaardelijk opzet (opzet als mogelijkheidsbewustzijn).⁹⁷ Daarmee kwam de Hoge Raad, in tegenstelling tot de A-G, derhalve niet toe aan een beoordeling van de vraag of bij artikel 363 onder 1° (oud) voorwaardelijk opzet voldoende is voor strafbaarheid. De Hoge Raad koos een gemakkelijker weg en bepaalde gewoonweg dat het Hof meer dan voorwaardelijk opzet had bedoeld en dat was voldoende, zo was eerder in de rechtspraak bepaald. Dat ‘begrijpen’ voldoende was voor wetenschap waarop gedoeld

⁹⁵ HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 370.

⁹⁶ HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55.

⁹⁷ Sikkema gaat uit van drie gradaties van opzet, waarbij de sterkste vorm (het zeker weten) wordt uitgedrukt als opzet als zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn, de zwakste vorm (voorwaardelijk opzet) als opzet als mogelijkheidsbewustzijn en de middenvorm als opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn. Onder deze laatste vorm kan dan ‘begrijpen’ worden gebracht.

werd met ‘wetende dat’ in artikel 363 (oud) (en 362 (oud)) had de Hoge Raad immers reeds in 1932 vastgesteld.⁹⁸

De rechtsvraag of voorwaardelijk opzet voldoende is voor wetenschap als in artikel 363 (en 362), waar de Hoge Raad hier op had kunnen ingaan (en mijns inziens had moeten ingaan), werd ontweken en is met dit arrest onbeantwoord gebleven. Sikkema meent dat door de gekunstelde omzeiling van de rechtsvraag door de Hoge Raad steun kan worden gevonden voor de opvatting dat de Hoge Raad (in 1999) voorwaardelijk opzet niet toereikend achtte voor wetenschap in de strafbaarstellingen van passieve omkoping.⁹⁹ Hij is van mening dat ‘begrijpen’ meer is dan voorwaardelijk opzet, immers “een ‘redelijke mate van zekerheid’ of ‘een grote mate van waarschijnlijkheid’ is nog altijd meer dan een ‘aanmerkelijke kans’”, aldus Sikkema.¹⁰⁰

De Doelder vraagt zich echter af of ‘begrijpen’ slechts een synoniem is voor een *grote* mate van waarschijnlijkheid of dat een kleinere mate ook volstaat.¹⁰¹ Hij meent anderzijds dat voorwaardelijk opzet zich heeft “opgewarderd tot een waarschijnlijkheidsbewustzijn”, immers heeft de Hoge Raad dat feitelijk zo bepaald door voorwaardelijk opzet uit te leggen als het bewust aanvaarden van de *aanmerkelijke* kans.¹⁰² De bewustheid van slechts de (eenvoudige) mogelijkheid of kans dat het gevolg intreedt is onvoldoende voor voorwaardelijk opzet. De kans moet groter zijn, namelijk aanmerkelijk. En daarmee komt voorwaardelijk opzet wel heel dichtbij – en volgens De Doelder komt het zelfs overeen met – de ‘grote mate van waarschijnlijkheid’ waarop ‘begrijpen’ ziet.

Men kan zich dus afvragen wat nu werkelijk het verschil is tussen ‘heeft moeten begrijpen en heeft (dus) begrepen’ en voorwaardelijk opzet en derhalve wat de werkelijke uitleg van het arrest van de Hoge Raad uit 1999 moet zijn. Als de redenering van De Doelder wordt gevolgd, dan heeft de Hoge Raad met de formule ‘heeft moeten begrijpen en heeft (dus) begrepen’ in feite niets anders dan voorwaardelijk opzet bedoeld. Niet ondenkbaar is echter dat de Hoge Raad bewust de beantwoording van deze rechtsvraag voor zich uit heeft willen schuiven, niet in de laatste plaats met het oog op de nieuwe wetgeving die op handen was en die een verruiming van het

⁹⁸ HR 20 juni 1932, W 12 562. Ook in HR 22 februari 2000, NJ 2000, 557 liet de Hoge Raad de overweging van het Hof dat de verdachte “heeft begrepen dat de giften aan hem werden gedaan met dat doel, waaruit het Hof heeft geconcludeerd dat de verdachte daarvan dus heeft geweten” (r.o. 5.2.2) in stand.

⁹⁹ E. Sikkema, ‘Weten en begrijpen: onbegrijpelijke begrippen?’, *DD* 29 (1999), afl. 10, p. 1014.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 1007.

¹⁰¹ H. de Doelder, ‘Wetende dat’, in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber Amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 23.

¹⁰² HR 9 november 1954, NJ 1955, 55.

schuldvereiste zou inhouden. Een nadere uitleg van het arrest is er dan eenvoudigweg niet.

Bij passieve omkoping deed zich nog een ander probleem voor met betrekking tot het vereiste opzet. Zoals hiervoor is gebleken,¹⁰³ was (en is) voor het bepalen of artikel 362 dan wel 363 van toepassing is niet van belang wat het oogmerk of de wetenschap van de geveer was omtrent de strijdigheid met de plicht van de ambtenaar van diens gedrag. In zijn noot onder genoemd arrest van 20 juni 1968 schreef Van Eck dat het zelfs zo kan zijn, “dat de geveer niet weet, of het gedrag van de ambtenaar waartoe hij deze door zijn gift beweegt, al dan in strijd is met diens plicht”.¹⁰⁴ Van belang voor de strafbaarheid van de ambtenaar op grond van ofwel artikel 362 ofwel artikel 363 is slechts de wetenschap *bij de ambtenaar* omtrent de strijdigheid met de plicht van zijn (of het van hem gewenste) doen of nalaten. Enerzijds is voor die constructie gekozen omdat een ambtenaar over het algemeen een beter inzicht heeft in wat niet en wat wel in strijd is met zijn plicht dan de aanbieder van de gift, belofte of dienst. Anderzijds is het de wetenschap van de ambtenaar en niet die van de aanbieder, die van belang is voor de mate van verwijtbaarheid van het aannemen van de gift, belofte of dienst door die ambtenaar. Het wordt een ambtenaar zwaarder aangerekend wanneer hij weet (ongeacht of die wetenschap juist blijkt te zijn) dat voordeel hem wordt aangeboden teneinde in strijd met zijn plicht te handelen en vervolgens dat voordeel toch aanneemt.

Kan in het verlengde hiervan worden gesteld dat de ambtenaar die veronderstelt (te weten) dat hij wordt omgekocht – anders gezegd: de ambtenaar die er zeker van is dat iemand hem een gift, belofte of dienst aanbiedt met het doel hem te bewegen tot een doen of nalaten in zijn bediening – reeds strafbaar is wanneer hij die gift, belofte of dienst aanneemt, *ook* wanneer (achteraf) blijkt dat de gift, belofte of dienst hem geheel niet werd aangeboden met het doel hem om te kopen en dat dus blijkt dat veronderstelde wetenschap van de ambtenaar onjuist was?

Uit twee arresten die de Hoge Raad in 1946 en 1947 wees, zou een bevestigend antwoord hierop kunnen worden afgeleid.¹⁰⁵ In het arrest uit 1946 was het een undercoveragent die zich ten overstaan van een ambtenaar (ook een politieagent) voordeed als omkoper en hem in de val lokte. In het arrest van 1947 was het een burger die reeds aangifte had gedaan van de slechte bedoelingen van een ambtenaar en die in samenspraak met de politie deze ambtenaar een gift aanbood. In beide gevallen was het dus niet de bedoeling van de ‘omkopers’ om daadwerkelijk om te kopen (al kan wel gesteld worden dat ze de ambtenaar uitlokten tot passieve omkoping). Het feit dat de ambtenaar de gift aannam in de door hem veronderstelde

¹⁰³ Zie paragraaf 5.5.1.1.

¹⁰⁴ HR 20 juni 1967, *NJ* 1968, 67.

¹⁰⁵ HR 9 april 1946, *NJ* 1946, 324 en HR 4 februari 1947, *NJ* 1947, 170.

wetenschap dat de gift tot zijn omkoping diende, maakt hem strafbaar, ongeacht het feit dat die wetenschap onjuist bleek te zijn. De ambtenaar vertoont immers corrupt, niet integer gedrag, en dat is nu juist hetgeen waartegen de strafbaarstelling de samenleving beoogt te beschermen.¹⁰⁶

In genoemde arresten hadden de aanbidders van de giften wel de bedoeling de ambtenaar tot een strafbaar feit te bewegen. Kan ook, wanneer de aanbieder deze bedoeling niet heeft en geheel geen bedoeling tot omkoping heeft, maar de ambtenaar de gift wel als zodanig opvat en de gift aanneemt, gezegd worden dat de ambtenaar zich schuldig maakt aan passieve omkoping? Ik meen van wel. De onjuistheid van de wetenschap van de ambtenaar doet niet af aan zijn strafbaarheid. Hij neemt een gift belofte (of dienst) aan in de veronderstelde wetenschap dat die dienen tot verkrijging van een bepaalde wederdienst van hem.

De wetgever grijpt in

Om aan de onzekerheid over het bereik van het opzet bij passieve omkoping een einde te maken, is bij de wetsherziening in 2001 in de passieve omkopingsbepalingen het redelijkerwijs vermoeden opgenomen als ondergrens voor de wetenschap. Dit deed de wetgever door aan het bestanddeel 'wetende dat' de woorden 'of redelijkerwijs vermoedende' toe te voegen. Hiermee is de drempel van wetenschap zodanig verlaagd "dat voor de strafbaarheid [van de ambtenaar, GS] voldoende is dat komt vast te staan dat de ambtenaar *heeft moeten begrijpen* dat het voordeel hem met een bepaald doel is verschaft (cursief van mij, GS)", zo licht de Minister toe.¹⁰⁷

Bij de nieuw ingevoegde variant van passieve omkoping waarbij de ambtenaar *vraagt* naar een gift, belofte of dienst (artikel 363 lid 1 onder 3° en 4° Sr), doet het hiervoor besproken probleem zich geheel niet voor. Bij het vragen door een ambtenaar (aan een potentiële actieve omkoper), hetgeen een gewilde handeling van die ambtenaar inhoudt, is een culpoze variant onmogelijk. Het opzet is ingeblikt in 'vragen'.¹⁰⁸

Na de wetswijziging

Na de wijziging in 2001 van het opzetvereiste, werd nog een aantal arresten gewezen die betrekking hadden op feiten die voor de wetswijziging gepleegd waren. Opvallend daarbij is dat de rechter toen wel een ruimer opzetbegrip durfde aan te nemen. Zo overwoog het Gerechtshof van Arnhem in 2005 over feiten van voor 1 februari 2001 het volgende.

"Het hof is van oordeel dat om tot een bewezenverklaring van het onder 1 tenlastegelegde te komen is vereist dat komt vast te staan dat verdachte wist of behoorde te weten dat hij

¹⁰⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 1-2.

¹⁰⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 7.

¹⁰⁸ P.A.M. Mevis, 'Omkoping', in: H.J.B. Sackers & P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 93.

werd begunstigd. [...], terwijl overigens in het dossier onvoldoende bewijs is te vinden dat verdachte die wetenschap heeft gehad of behoorde te hebben"¹⁰⁹ (onderstreping van mij, GS). Het Hof gaat hier onmiskenbaar uit van een lagere drempel en accepteert een schuldvorm voor de invulling van 'wetende dat'.

In 2008 heeft de Hoge Raad aan de discussie over de reikwijdte van 'wetende dat' in de strafbaarstellingen van passieve omkoping definitief een einde gemaakt door ondubbelzinnig te bepalen dat onder dit bestanddeel van artikel 362 en 363 (oud) Sr mede voorwaardelijk opzet moet worden begrepen.¹¹⁰ De Raad overweegt dat hij in verscheidene gevallen heeft aangenomen dat het bestanddeel 'wetende dat' opzet in voorwaardelijke vorm omvat en dat, hoewel de eerdere rechtspraak betrekking heeft op andere wetsartikelen, de wetsgeschiedenis bij de omkopingsbepalingen geen aanleiding geeft daarover ten aanzien van de artikelen 362 en 363 (oud) anders te oordelen. Nog steeds geeft de Raad geen algemene regel dat overal waar 'wetende dat' in een strafbepaling staat voorwaardelijk opzet de ondergrens vormt, maar wel lijkt hij te zeggen dat in beginsel dit mag worden aangenomen, tenzij uit de wetsgeschiedenis bij de specifieke bepaling iets anders blijkt.

Het arrest van de Hoge Raad was op het moment dat het gewezen werd niet meteen achterhaald, maar was met betrekking tot passieve omkoping wel slechts nog relevant voor zaken die feitencomplexen betroffen welke vóór 1 februari 2001 speelden, aangezien per die datum zoals gezegd de graad van verwijtbaarheid die vereist is voor strafbare passieve omkoping wettelijk een trede lager is gelegd.

Caribische oplossing

De kwestie rond de reikwijdte van 'wetende dat' speelt bij de omkopingsbepalingen weliswaar geen rol meer, maar voor wat betreft andere delictomschrijvingen bestaat nog steeds geen volledige duidelijkheid. In het eerdergenoemde nieuwe Wetboek van Strafrecht, dat in Curaçao bij sluiting van dit manuscript reeds van kracht was en dat in Aruba en Sint Maarten spoedig van kracht zou moeten worden, is gekozen voor een redenering die mogelijke onzekerheid op dit punt moet weg nemen. Hoewel het ontwerp van dat Wetboek stamt van voor bovengenoemd arrest van de Hoge Raad uit 2008, is voor een redenering gekozen die veel lijkt op hetgeen de Hoge Raad bepaalde. Bij delicten waar naar de mening van de wetgever voorwaardelijk opzet reeds voldoende is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, is de term 'wetende dat' of vergelijkbare bewoordingen vervangen door het begrip 'opzet'. In andere gevallen is in de memorie van toelichting steeds afzonderlijk toegevoegd dat de wetgever met 'wetenschap' doelt op 'onvoorwaardelijk opzet', hetgeen voorwaardelijk opzet uitsluit.

¹⁰⁹ Hof Arnhem, 25 maart 2005, LJN AT2539.

¹¹⁰ HR 30 mei 2008, NJ 2008, 318.

In een beperkt aantal gevallen, waaronder de omkopingsbepalingen, is voor een andere oplossing gekozen. Het gaat hierbij om gevallen waarin zowel opzet als een vorm van schuld kan leiden tot vervulling van de delictsomschrijving. In deze gevallen is de formulering meestal onveranderd gebleven (of de Nederlandse formulering overgenomen). Bij de omkopingsbepalingen in het ‘Caribische’ Wetboek van Strafrecht is derhalve net als in de Nederlandse bepalingen de formulering ‘wetende of redelijkerwijs vermoedende dat’ gebruikt.¹¹¹

5.5.1.5.2 Actieve omkoping

Onder het oude recht gold als voorwaarde voor strafbaarheid van de omkoper, dat hij wist dat de ambtenaar in strijd met diens plicht zou moeten handelen om de wederdienst te verrichten. Het oogmerk uit artikel 177 (oud) Sr van de omkoper moest dus de strijdigheid van het doen of nalaten van de ambtenaar met diens plicht mede omvatten.

Dit oogmerkvereiste is bij de herziening van artikel 177 Sr per 1 februari 2001 ongewijzigd gebleven, al heeft de invoeging van het nieuwe artikel 177a Sr ervoor gezorgd dat de omkoper nu ook strafbaar kan zijn wanneer hij een ambtenaar wil omkopen tot een doen of nalaten dat *niet* in strijd is met diens plicht. Het doet er voor de strafbaarheid van de omkoper niet toe of het doen of nalaten gevolgd is, het is het oogmerk van de omkoper dat bepalend is voor zijn strafbaarheid.

Tot februari 2001 was zoals gezegd de persoon die een ambtenaar een gift of belofte deed met het oogmerk die ambtenaar te bewegen in zijn bediening iets te doen of na te laten zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, niet strafbaar. Dat betekende dat omkoper O die ambtenaar A een geldbedrag betaalde, opdat A een beetje zou opschieten met de behandeling van een vergunningaanvraag van O, hetgeen niet in strijd was met de plicht van A, nooit strafbaar kon zijn. Zelfs wanneer A in de uitvoering van de wederdienst ietwat enthousiast werd, lekker gemaakt door het extra zakcentje dat O hem had gegeven zijn boekje te buiten ging en een handeling verrichtte ten gunste van O die wel in strijd is met zijn plicht in de hoop nog meer geld bij O los te kunnen peuteren, was O nog steeds niet strafbaar. Het oogmerk van O was immers gericht op een doen of nalaten dat *niet* in strijd is met de plicht van de ambtenaar. Dit was slechts anders wanneer O, geconfronteerd met deze extra service van A, een extra gift of belofte deed aan A naar aanleiding van diens handelen of nalaten in strijd met de plicht. In dat geval ‘betaalde’ hij immers ook voor dat handelen of nalaten in strijd met de plicht. Ook dan gold bovendien dat de omkoper moest weten dat het handelen of nalaten een strijdigheid met de plicht van de ambtenaar opleverde.

¹¹¹ H. de Doelder, ‘Wetende dat’, in: H. de Doelder (red.), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 148-149.

Na 2001 staat weliswaar het niet strijdig zijn van de wederdienst van de ambtenaar niet langer in de weg aan de strafbaarheid van de omkoper, maar de officier van justitie zal wel voor de keuze staan of artikel 177 dan wel 177a Sr van toepassing is. Beide bepalingen overlappen elkaar namelijk niet. Bij de keuze welke van de twee strafbare feiten ten laste zal worden gelegd, moet nagegaan worden wat de intentie was van de omkoper, dus wat hetgeen was dat de omkoper beoogde als wederdienst te ontvangen van de ambtenaar. Onvermijdelijk zal dan toch gekeken moeten worden naar de gedraging die de ambtenaar in ruil voor het aangeboden of beloofde voordeel heeft verricht of zou moeten verrichten (ongeacht of hij de gedraging daadwerkelijk zou gaan verrichten). De aard van die (beoogde) gedraging bepaalt de mate van strafbaarheid van de omkoper. Op basis van de letterlijke wettekst kan het ten laste leggen van de verkeerde vorm van actieve omkoping leiden tot vrijspraak van de verdachte. Het mag echter niet zo zijn dat een omkoper, die omkoping ex artikel 177a Sr ten laste krijgt gelegd, de dans weet te ontspringen door zich erop te beroepen dat zijn oogmerk gericht was op een doen of nalaten van de ambtenaar dat in strijd was met diens plicht. Het is om deze reden dat het OM vrijwel altijd zowel artikel 177 (primair) als artikel 177a (subsidiair) ten laste legt aan verdachten van actieve omkoping.¹¹² Zo wordt de keuze bij de rechter gelegd.

5.5.1.6 Poging tot omkoping

Poging tot actieve omkoping

Zoals eerder aangegeven, is voor de strafbaarheid wegens actieve omkoping van iemand die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt (hierna: een voordeel aanbiedt) met het oogmerk die ambtenaar te bewegen tot een bepaald handelen of nalaten, niet vereist dat dat handelen of nalaten (hierna: de wederdienst) van de ambtenaar ook is gevolgd. Het doet er voor de strafbaarheid van de omkoper zelfs niet toe of de ambtenaar het voordeel daadwerkelijk aanneemt.¹¹³ Ook wanneer de omkoper er niet in slaagt de ambtenaar 'te bewegen' is hij strafbaar. Voldoende voor een voltooid delict ex artikel 177 en 177a is dus eigenlijk reeds een poging tot omkoping. Het gedrag dat de omkoping-poging verweten wordt, is het proberen te verleiden van de ambtenaar. Of de ambtenaar ingaat op zijn 'avances', staat los van het verwijtbare gedrag van de omkoper en is dus niet relevant voor zijn strafbaarheid. De wetgever heeft, hoewel dit niet blijkt uit de memorie van toelichting, door de strafbaarstellingen van actieve en passieve

¹¹² Zie hierover nader paragraaf 6.4.1.1.

¹¹³ HR 24 november 1890, WvHR, nr 5969, p. 2. Het aannemen van een belofte is bovendien praktisch niet aan te tonen. Hoe wordt een belofte aangenomen? Stel dat A tegen B zegt: "Ik beloof je dat ik je iets zal geven als je iets voor me doet." Moet B nog een handeling verrichten om te kunnen zeggen dat hij de belofte heeft aangenomen? Ook als B gauw zijn oren dicht doet, kan A nog de belofte doen.

omkoping zo ver uit elkaar te plaatsen in de wet, deze onafhankelijkheid ten opzichte van elkaar nog eens extra benadrukt.

Een ‘echte’ poging, zoals in artikel 45 Sr strafbaar is gesteld, is ook wel denkbaar, maar zal niet gauw voorkomen. Volgens Machielse is een poging omkoping mogelijk, maar dan praktisch alleen in de vorm van poging tot het doen van een gift.¹¹⁴ Het mislukken van het doen van een gift zou kunnen worden aangemerkt als poging. Hij geeft geen voorbeelden hiervan. Gedacht kan worden aan een gift die per post wordt verstuurd aan de ambtenaar, maar die haar bestemming niet bereikt (en niet omdat de omkoper zich op tijd bedenkt). Het doen van de gift is dan niet voltooid.

Bij een belofte is dit volgens Machielse anders. Wanneer de brief waarin de omkoper zijn belofte heeft geschreven zijn bestemming niet bereikt, is niet slechts een poging tot het doen van een belofte, maar een voltooide belofte. *“Immers dat de belofte niet vernomen wordt door hem voor wie zij bestemd is, neemt niet weg dat zij gedaan is”*, meent Machielse. Ook een poging tot het doen van een mondelinge belofte laat zich moeilijk denken, aldus Machielse. Wanneer een mondelinge belofte de ontvanger van die belofte niet bereikt, kan toch van een volwaardige belofte worden gesproken. De belofte is gedaan, dat de ontvanger die niet heeft gehoord, doet daar niets aan af. Wel als strafbare poging aan te merken acht hij de situatie waarin de omkoper er slechts in slaagt een aanvang te maken met het uitspreken van de mondelinge belofte jegens de ambtenaar, omdat op dat moment hem de mond wordt gesnoerd.

Wanneer de omkoper de ambtenaar wil opbellen om hem een mondelinge belofte te doen, maar het verkeerde nummer belt en de belofte dus aan een ander doet (die wellicht dezelfde naam heeft als de ambtenaar), dan is weliswaar een belofte gedaan maar niet aan de juiste persoon. Is dan sprake van een poging? De belofte is geheel uitgesproken, maar is niet voltooid, want is immers nooit aangevangen, althans niet jegens de ambtenaar, al dacht de omkoper dat het wel jegens de ambtenaar was. En maakt het dan nog enig verschil of de verkeerde persoon die opgebeld is toevallig ook een ambtenaar is? Nog steeds geldt dan dat de omkoper in de veronderstelling is dat hij de juiste ambtenaar tracht om te kopen, maar dat het in werkelijkheid een ander is, nu namelijk een andere ambtenaar met dezelfde naam. Mijns inziens is ook in dit geval noch sprake van een voltooid delict, noch van een poging. Het geval is niet vergelijkbaar met het geval waarin A tracht B te vermoorden door hem neer te schieten, maar daarbij per ongeluk C raakt. Weliswaar was het oogmerk van A dan gericht op het vermoorden van B, maar voor de opzettelijke doodslag van C kan A nog steeds worden veroordeeld.

¹¹⁴ A.J. Machielse, ‘art. 177 Sr, aant. 4’, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon/Langemeijer/Remmelink)*, losbladig.

In het geval waarin A tracht ambtenaar B een belofte te doen maar per ongeluk C die belofte doet, kan mijns inziens A in het geheel niet strafrechtelijk worden aangesproken voor strafbare omkoping van C. Het maakt daarbij niet uit of C toevallig ook een ambtenaar is.¹¹⁵

Poging tot passieve omkoping

De artikelen 362 eerste lid, onder 1° en 2° en 363 eerste lid, onder 1° en 2° stellen het *aannemen* van een gift, belofte of dienst (hierna: voordeel) strafbaar (met de bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid dat de ambtenaar bij dat aannemen weet of redelijkerwijs vermoedt dat het voordeel verband houdt met een wederdienst).¹¹⁶ Een poging tot het aannemen van een voordeel laat zich mijns inziens nog moeilijker denken dan een poging tot het aanbieden of geven van een voordeel. Zelfs wanneer het aannemen mislukt, bijvoorbeeld doordat de dure vaas die de omkoper aan de ambtenaar wil geven tijdens het (fysieke) aannemen op de grond kapot valt, dan is geen sprake van een poging tot aannemen. Er zijn dan twee mogelijkheden. Het kan zijn dat de ambtenaar de vaas geweigerd heeft en dus niet zijn handen heeft uitgestoken om de vaas aan te pakken, waardoor de vaas kapot viel. De andere mogelijkheid is dat de ambtenaar de vaas wel accepteert, maar dat de vaas toch valt door een motorische storing bij gever of ontvanger of een andere, los van de wil van gever en ontvanger staande omstandigheid (bijvoorbeeld een aardbeving). In het eerste geval is geheel geen sprake van aannemen, zelfs niet van een poging daartoe. In het tweede geval is sprake van voltooid aannemen en is eveneens geen sprake van een poging. De ambtenaar heeft, doordat hij zijn armen uitstak met de bedoeling de vaas in ontvangst te nemen, de vaas in feite reeds aangenomen. Een betere term dan ‘aannemen’ is mijns inziens dan ook ‘accepteren’. Het gaat om de *beslissing* van de ambtenaar om de vaas aan te nemen, niet zo zeer om het fysieke aannemen zelf. In het accepteren zit het bewust aannemen van een voordeel, in de wetenschap of het redelijke vermoeden met welk doel dat voordeel wordt gegeven, reeds besloten. Andersom bezien: wanneer een ambtenaar een gift aanneemt terwijl hij niet weet waar de gift toe dient, maar hij de gift direct teruggeeft zodra hij op de hoogte is geraakt van de werkelijk reden van de gift, dan heeft hij de gift aanvaard wel aangenomen. Hij maakt zich dan echter niet schuldig aan passieve omkoping, hoewel hij wel voldoet aan de term ‘aannemen’ uit de delictomschrijving. De delictomschrijving is echter niet vervuld omdat opzet of schuld ten aanzien van zijn handelen ontbreekt. Door het terugsturen van de gift laat hij blijken dat hij de gift (alsnog) niet accepteert.

¹¹⁵ Overigens moet opgemerkt worden dat in de gepubliceerde rechtspraak tot op heden nog nooit een poging tot actieve omkoping aan de orde is geweest.

¹¹⁶ Het aannemen van een voordeel zonder wetenschap of redelijk vermoeden van de (corrupte) reden van die gift, belofte of dienst, levert geen poging tot passieve omkoping op, maar is geheel niet strafbaar.

Dit accepteren kan niet plaatsvinden zonder dat het voordeel wordt aangeboden. De bovengenoemde bepalingen gaan dus uit van een passieve ambtenaar die giften en beloften aangeboden krijgt en daar al dan niet op ingaat. Tot februari 2001 was dit de enige vorm van passieve omkoping die strafbaar was.¹¹⁷ De situatie waarin niet de omkoper maar de ambtenaar het initiatief tot omkoping neemt, oftewel het vragen naar giften en beloften door een ambtenaar, was niet strafbaar volgens de oude omkopingsbepalingen. Ook een poging tot het vragen naar een voordeel kon dus onmogelijk strafbaar zijn. Onder de nieuwe wetgeving kan zich evenwel gemakkelijker een poging tot passieve omkoping voordoen juist door de toevoeging van de onderdelen 3° en 4° aan de eerste leden van de artikelen 362 en 363 Sr.

Men neme het geval waarin een ambtenaar zijn diensten (die hij kan leveren dankzij zijn hoedanigheid van ambtenaar) aanbiedt aan een potentiële omkoper. De ambtenaar zegt vanuit het niets: “Ik kan alle vergunningen die je maar wenst gemakkelijker en sneller voor je regelen.” De persoon tot wie hij deze woorden richt, blijkt echter niet gediend van deze opmerking en schakelt direct de politie in. De ambtenaar was aan het daadwerkelijke vragen nog niet toegekomen, maar wel kan gemeend worden dat “het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard”, hetgeen voldoende is om een poging ex artikel 45 Sr aan te nemen. Bewijstechnisch zal dit overigens zeer lastig zijn, niet slechts omdat niets is gedocumenteerd, maar tevens omdat de ambtenaar nog niets heeft gevraagd. Voor een duidelijker voorbeeld van een poging tot het vragen naar een voordeel moet dan toch weer terug worden gevallen op het snoeren van de mond tijdens het vragen.

Hierna in paragraaf 5.5.4.2.1 wordt bij de bespreking van toekomstige ambtenaren – die vanwege de herziening van de omkopingsbepalingen ook onder het in die bepalingen gebruikte begrip ambtenaar vallen, mits hun aanstelling als ambtenaar volgt – duidelijk dat ten aanzien van deze ‘ambtenaren in spe’ wel een poging tot actieve en passieve omkoping mogelijk is.

5.5.1.7 Uitzonderingen: facilitation payments?

In paragraaf 3.2.2.4 kwam aan de orde dat het OECD-corruptieverdrag bepaalde lichtere vormen van omkoping buiten het bereik van de strafbaarstelling plaatst. Deze ‘facilitation payments’ worden oogluikend toegestaan door het OECD-corruptieverdrag omdat zonder (een beetje) smeergeld de ambtelijke machine in bepaalde landen simpelweg geheel niet draait. Zoals in voornoemde paragraaf opgemerkt komt de OECD inmiddels terug van dit gedoogbeleid.

Het RvE-corruptieverdrag noemt deze uitzondering niet, maar volgens de officiële toelichting hebben de opstellers van het verdrag met de toevoeging van ‘undue’ aan

¹¹⁷ Afgezien van andere variaties die mogelijk waren, zoals omkoping vooraf en achteraf, en al dan niet strijdigheid met de plicht van de wederdienst.

‘advantage’, waarmee in artikel 2 het omkopingsmiddel wordt aangeduid, willen aangeven dat “*advantages permitted by the law or by administrative rules as well as minimum gifts, gifts of very low value or socially acceptable gifts*” buiten het bereik van de strafbaarstelling dienen te vallen.¹¹⁸

In de Nederlandse strafbaarstellingen is deze uitzondering niet terug te vinden. Er wordt eenvoudigweg gesproken van giften, beloften en diensten, zonder nadere afbakening. Dit betekent dat wettelijk gezien alle giften, beloften en diensten onder dit bestanddeel van de strafbaarstellingen geschaard kunnen worden, ongeacht de grootte of waarde ervan. Dit was onder de oude wetgeving zo en dit is onveranderd gebleven.

De Minister van Justitie heeft ondanks adviezen die anders luiden, ervoor gekozen geen wettelijke grens te stellen aan wat nog wel en wat niet meer geaccepteerde giften zijn, maar beslissingen hieromtrent over te laten aan het OM dat op grond van het opportuniteitsbeginsel kan bepalen welke steekpenning een vervolging waard is. In dezelfde periode had de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties echter in een circulaire een acceptatiegrens van 100 gulden vastgesteld.¹¹⁹ Dit lijkt in te gaan tegen hetgeen de Minister van Justitie in gedachten had en beperkt de mogelijkheid tot afweging op grond van de opportuniteit door het OM. Desondanks is door het OM een tweetal aanwijzingen opgesteld voor de beoordeling van de opportuniteit van opsporing en vervolging van (vermoedens van) omkoping. Een bespreking hiervan volgt in paragraaf 7.3.3.4.

5.5.1.8 Rechtsmacht

Met betrekking tot de strafbaarstellingen van actieve en passieve omkoping geldt een aantal bijzondere rechtsmachtbepalingen. Deze zijn in het bijzonder van belang voor de aanpak van buitenlandse omkoping. Door de uitbreiding van het begrip ambtenaren naar buitenlandse ambtenaren¹²⁰ hebben de strafbaarstellingen in beginsel een onbeperkte internationale reikwijdte gekregen. Deze reikwijdte wordt vervolgens weer beperkt door de rechtsmachtbepalingen zoals neergelegd in de eerste titel van het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht. De bepalingen in deze titel zijn de laatste jaren vele malen uitgebreid en aangevuld, veelal naar aanleiding van verdragsrechtelijke verplichtingen. Door de weinig systematische wijze waarop dit is gebeurd,¹²¹ zijn de rechtsmachtbepalingen niet heel eenvoudig te doorgronden. Dat vond ook de commissie van de GRECO die Nederland in 2007

¹¹⁸ Paragraaf 38 van het ‘Explanatory Report’ bij het RvE-corruptieverdrag. Zie ook paragraaf 3.4.2.1.1.

¹¹⁹ Zie hiervoor in paragraaf 5.4.2.3.

¹²⁰ Door de invoeging van de artikelen 178a lid 1 en 364a lid 1 Sr.

¹²¹ Zie ook R. van Elst & A.M.M. Orié, ‘2. Strafrechtsmacht’, in: E. van Sliedrecht, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orié (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 60 en A.H. Klip, ‘Rechtsmacht heroverwogen’, *DD* 2011, 42.

bezocht voor de derde evaluatieronde.¹²² In de artikelen 2 tot en met 6 zijn regels opgenomen die van belang zijn voor toepasselijkheid van de omkopingsbepalingen. Voor de toepasselijkheid van de omkopingsbepalingen wordt aangeknoopt behalve bij het territorialiteitsbeginsel (en het vlaggenbeginsel) ook bij het actief en passief nationaliteits- en personaliteitsbeginsel.

5.5.1.8.1 Het Nederlandse territoir

De belangrijkste (en vanzelfsprekendste) grond voor rechtsmacht wordt gevormd door het territorialiteitsbeginsel, dat sinds 1886 is neergelegd in artikel 2 (en 3)¹²³ Sr. Een ieder die zich binnen het Nederlandse territoir schuldig maakt aan enig strafbaar feit, valt op grond van deze bepaling(en) in beginsel onder de reikwijdte van het Nederlandse strafrecht, ongeacht zijn nationaliteit of woon- of verblijfplaats.

De plaats waar het strafbare feit is begaan is bepalend bij het vaststellen of Nederland op basis van het territorialiteitsbeginsel rechtsmacht heeft. Derhalve kan reeds op basis van dit beginsel een Nederlandse strafbepaling een ruime werking hebben, aangezien niet wettelijk is bepaald of beperkt hoe de plaats waar het feit is begaan (hierna: 'locus delicti') dient te worden vastgesteld. De locus delicti kan dan ook ruim worden geïnterpreteerd en zelfs kunnen meer plaatsen worden aangemerkt als locus delicti van één enkel strafbaar feit.¹²⁴

¹²² 'Third Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands on „Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)“, Straatsburg, 13 juni 2008 (Greco Eval III Rep (2007) 8E, Theme I), paragraaf 92, p. 25.

¹²³ Eigenlijk is het territorialiteitsbeginsel ook deels neergelegd in artikel 3 Sr, dat het Nederlands grondgebied uitbreidt naar al hetgeen kan worden beschouwd als zijnde 'aan boord van' Nederlandse vaartuigen of luchtvaartuigen. Ten behoeve van de leesbaarheid is deze uitbreiding in de hoofdtekst weggelaten. Het in artikel 3 Sr bepaalde wordt ook wel aangeduid als het vlagbeginsel, in feite is het een uitbreiding van het Nederlandse territoir.

¹²⁴ De wetgever van 1881 liet het ontwikkelen van voorschriften voor het bepalen van de locus delicti over aan de wetenschap omdat anders 'een groote reeks nieuwe artikelen' zou moeten worden ingelast (zie H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 122). Hierop zijn verscheidene leren voor het bepalen van de locus delicti ontwikkeld welke elkaar niet uitsluiten, maar bieden elk aanknopingspunten voor het bepalen van de locus delicti bij verschillende typen delicten. Zie hierover onder andere uitvoerig H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998, in het bijzonder het vijfde hoofdstuk.

Voor wat betreft actieve omkoping betekent dit dat een ieder – dus ook iedere buitenlander – die op Nederlands grondgebied een Nederlandse of buitenlandse¹²⁵ ambtenaar omkoopt zoals beschreven in artikel 177 of 177a Sr, in beginsel strafbaar en vervolgbaar is in Nederland. Maar ook de persoon die vanuit het buitenland een gift of belofte doet of een dienst aanbiedt of verleent aan een zich op Nederlands grondgebied bevindende Nederlandse of buitenlandse ambtenaar (bijvoorbeeld per post, telefoon, e-mail of enig ander communicatiemiddel) valt onder de Nederlandse rechtsmacht. Als locus delicti kan immers behalve de plaats waar de omkoper zich bevindt ook worden aangemerkt de plaats waar de ambtenaar tot wie de omkoping is gericht zich bevindt.¹²⁶ De plaats van de beoogde wederprestatie die van de ambtenaar verlangd wordt, is (uiteraard) geenszins van belang voor het bepalen van de locus delicti van de actieve omkoping en dus niet relevant voor het bepalen van de Nederlandse rechtsmacht.

Voor passieve omkoping betekent artikel 2 (en 3) Sr dat zowel iedere Nederlandse als iedere buitenlandse¹²⁷ ambtenaar die zich binnen het Nederlandse grondgebied laat omkopen zoals beschreven in artikel 362 of 363 Sr, vervolgbaar is in Nederland. De plaats van het aannemen of vragen door de ambtenaar is bepalend voor het vaststellen van de locus delicti.

In het geval dat een ambtenaar een golfreisje aannam naar Schotland en Ierland werden in de tenlastelegging als pleegplaats – de plaats dus waar de gift was aangenomen – mede deze landen aangemerkt.¹²⁸ Als locus delicti werden aangemerkt de plaats waar de vliegtickets werden aangenomen en de plaatsen die tijdens de reis werden aangedaan. Gedurende de gehele reis werd ‘aangenomen’ door de ambtenaar. Andersom betekent dit dat een buitenlandse ambtenaar die in het buitenland een snoepreisje naar Nederland aanneemt, bezig is met dat aannemen terwijl hij op die snoepreis in Nederland is. De in het buitenland door een buitenlander omgekochte buitenlandse ambtenaar is reeds in Nederland vervolgbaar vanwege het feit dat de reis Nederland aandoet. Strafbaar voor de Nederlandse wet is dan niet slechts

¹²⁵ Voor de inwerkingtreding van artikel 178a Sr op 1 februari 2001 was de omkoping van een buitenlandse ambtenaar niet strafbaar, ook wanneer deze omkoping plaats had op Nederlands grondgebied.

¹²⁶ Volgens de leer van het instrument kan als locus delicti worden aangemerkt de plaats waar het gebruikte instrument zijn uitwerking heeft. Nu is een brief houdende een gift of belofte aan een ambtenaar niet geheel gelijk aan een bombrief waarvan de plaats van ontploffing zonder twijfel als (één van de) pleegplaats(en) geldt, maar mijns inziens lijdt het evenmin enige twijfel dat de plaats waar de ambtenaar de inhoud van de omkopingsbrief verneemt kan worden gezien als de plaats waar de actieve omkoping (hetgeen een poging daartoe mede omvat) plaats heeft.

¹²⁷ Ingevolge artikel 364a Sr.

¹²⁸ HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 318. Na terugverwijzing behandeld door Hof 's-Gravenhage op 5 december 2008, LJN: BG6141.

de periode dat de ambtenaar daadwerkelijk in Nederland bezig is met aannemen. Hoewel het Nederlandse deel van de pleegduur ten opzichte van de gehele omkoping zeer kort is en de omkoping voornamelijk in een ander land zijn schadelijke effect zal hebben, kan Nederland zijn rechtsmacht doen gelden over de gehele omkoping en niet alleen over de periode dat de ambtenaar in Nederland aan het aannemen is.¹²⁹ In een arrest uit 1997 overwoog de Hoge Raad als volgt: “Indien naast in ook buiten Nederland gelegen plaatsen kunnen gelden als plaats waar een strafbaar feit is gepleegd, is op grond van de hiervoor genoemde wetsbepaling [artikel 2 Sr] vervolging van dat strafbare feit in Nederland mogelijk, ook ten aanzien van de van dat strafbare feit deel uitmakende gedragingen die buiten Nederland hebben plaatsgevonden.”¹³⁰

Uit artikel 3 Sr volgt nog dat Nederland rechtsmacht kan hebben in het geval dat een persoon uit een land X (niet zijnde Nederland) een ambtenaar van land Y (niet zijnde Nederland) omkoopt, terwijl zij zich ergens boven de Grote Oceaan in een vliegtuig bevinden dat op weg is van X naar Y. Wanneer die vlucht immers wordt uitgevoerd met een Nederlands luchtvaartuig, kan ingevolge artikel 3 jo. artikel 86a Sr dit strafbare feit in Nederland worden vervolgd.

5.5.1.8.2 Buiten Nederland: nationaliteits- en personaliteitsbeginsel

In beginsel strekt het Nederlandse strafrecht tot de bescherming van de Nederlandse rechtsorde. Daartoe biedt het strafrecht de mogelijkheid bepaalde gedragingen die als strafbaar zijn aangemerkt, aan te pakken. Het meest voor de hand liggen de strafbare gedragingen die binnen het Nederlandse territorium worden verricht. Dat deze de Nederlandse rechtsorde kunnen schaden, spreekt voor zich. Maar zoals ook hiervoor bij de bespreking van het territorialiteitsbeginsel aan de orde kwam, stopt de bescherming van de Nederlandse rechtsorde niet bij de landsgrenzen. Ook buiten Nederland kunnen immers strafbare feiten worden begaan die de Nederlandse rechtsorde (mogelijk) schaden of in gevaar brengen. Het territorialiteitsbeginsel wordt dan wel ruim uitgelegd, maar toch is steeds een zekere binding met het Nederlandse grondgebied vereist. Sommige strafbare feiten hebben die binding echter niet, hoewel ze de Nederlandse rechtsorde toch (kunnen) schaden. Het Wetboek van Strafrecht biedt een aantal aanknopingspunten om dan toch Nederlandse rechtsmacht te vestigen.

¹²⁹ Het ligt niet erg voor de hand dat Nederland in een dergelijk geval zijn rechtsmacht daadwerkelijk zal doen gelden, alleen al vanwege de praktische onmogelijkheid het bewijs in een zaak als deze rond te krijgen.

¹³⁰ HR 30 september 1997, NJ 1998, 117, r.o. 5.5. Zie hierover ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 195-196.

Actieve omkoping: Nederlandse dader

Een ander aanknopingspunt voor Nederlandse rechtsmacht kan zijn de Nederlandse nationaliteit van de (mogelijke) dader. In dit geval wordt de rechtsmacht van Nederland ontleend aan het actief nationaliteitsbeginsel, zoals dat is neergelegd in artikel 5 Sr. Het eerste lid van dat artikel noemt in onderdeel 1° expliciet de artikelen 177 en 177a Sr. De Nederlander¹³¹ die zich in het buitenland schuldig maakt aan actieve omkoping is zonder meer vervolgbaar in Nederland voor zover die omkoping gericht is *‘tegen de rechtspleging van het Internationaal Strafhof, als bedoeld in artikel 70, eerste lid, van het op 17 juli 1998 te Rome tot stand gekomen Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof (Trb. 2000, 120)’*, aldus deze wetsbepaling.

De bepaling heeft deze redactie gekregen in 2002, ter aanpassing van het recht aan de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof.¹³² De toevoeging strekt tot de bescherming van het in Den Haag gevestigde Internationaal Strafhof tegen een aantal strafbare feiten die omschreven zijn in artikel 70, eerste lid van het Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof en welke gericht zijn tegen rechtspleging van dat gerecht. In eerste instantie behandelt het Internationaal Strafhof zelf deze zaken, maar blijkens onderdeel a van het vierde lid van artikel 70 dienen staten die partij zijn bij het Statuut de werking van hun nationale strafrecht met betrekking tot misdrijven tegen de integriteit van (de eigen) opsporing en rechtspleging uit te breiden tot misdrijven tegen de rechtspleging van het Internationaal Strafhof, voor zover begaan op het grondgebied van de betreffende partijstaat of door één van zijn onderdanen. Ter uitvoering van dit laatste deel van de verplichting uit het Statuut – met betrekking tot eigen onderdanen – is artikel 5 lid 1 onder 1° Sr gewijzigd. Nederlanders die waar ook ter wereld de rechtspleging van het Internationaal Strafhof willen schaden door middel van het plegen van een in het tweede deel van onderdeel 1° van artikel 5 lid 1 Sr genoemd misdrijf, kunnen in Nederland worden vervolgd en berecht, zelfs wanneer de betreffende gedraging niet strafbaar was in het land waar die plaats had. Het vereiste van dubbele strafbaarheid, dat hieronder nog aan de orde komt, geldt immers niet in dit geval.

De redactie van artikel 5 lid 1 onder 1° Sr is mijns inziens onnodig ingewikkeld geworden door toevoeging van de passage betreffende het Internationaal Strafhof. Destijds was het incorporeren van de passage in onderdeel 1° nog enigszins begrijpelijk aangezien de wetgever (kennelijk) wilde vasthouden aan de oorspronkelijke indeling van lid 1, waarbij in onderdeel 1° het actief nationaliteitsbeginsel *zonder* eis van dubbele strafbaarheid en in onderdeel 2° het actief nationaliteitsbeginsel *met* eis

¹³¹ Wie wel en wie geen Nederlander is, is geregeld in de Rijkswet op het Nederlanderschap (Stb. 1984, 628).

¹³² Stb. 2002, 316, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 099. De aanvulling was dus geen onderdeel van de herziening van de corruptiewetgeving in 2002 en had derhalve ook niet het doel te voldoen aan (één van) de in dit onderzoek besproken corruptieverdragen.

van dubbele strafbaarheid was neergelegd. Het toegevoegde laatste zinsdeel van onderdeel 1° wijkt echter af van het eerste zinsdeel, nu het geclausuleerd is in die zin dat het alleen betrekking heeft op misdrijven die de rechtspleging van het Internationaal Strafhof schaden. Bij latere aanvullingen op dit artikellid is alsnog afgestapt van de verdeling tussen onderdeel 1° en 2°. Gekozen is om geclausuleerde uitbreidingen van het actief nationaliteitsbeginsel in aparte onderdelen op te nemen, waarschijnlijk omdat toevoeging ervan aan onderdeel 1° de bepaling helemaal onleesbaar zou maken.¹³³ De indeling van het huidige eerste lid van artikel 5 Sr is daarvoor rommelig geworden. Het zou overzichtelijker zijn geweest wanneer het laatste zinsdeel van onderdeel 1° was opgenomen in een apart onderdeel.¹³⁴

In de praktijk zal mijns inziens uiteindelijk toch het algemene onderdeel 2° van het eerste lid van artikel 5 Sr het belangrijkste blijken te zijn voor de aanpak van buitenlandse omkoping.¹³⁵ Die bepaling verklaart de Nederlandse strafwet van toepassing op *'de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een feit hetwelk door de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld.'* Deze bepaling is, anders dan de overige onderdelen van artikel 5, eerste lid, niet beperkt tot een aantal specifieke delicten, maar is van toepassing op alle misdrijven. Nederlanders die in het buitenland strafbare feiten begaan die volgens de Nederlandse strafwet als misdrijven zijn aangemerkt, zijn strafbaar en vervolgbaar in Nederland, mits het feit dat de Nederlander heeft begaan strafbaar is gesteld door de wet van het land waar dat feit begaan is. Deze eis van 'dubbele strafbaarheid' betekent overigens niet dat het feit in beide landen hetzelfde delict oplevert. Beslissend is of de strafbaarstelling in het andere land in essentie hetzelfde rechtsgoed beschermt.¹³⁶

Het vereiste houdt ook niet in dat strafbaarheid van een feit in Nederland wegvalt wanneer het feit in het buitenland is verjaard vanwege de ter plaatse geldende verjaaringbepalingen.¹³⁷ Ook het ontbreken van de mogelijkheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in bepaalde landen vormt geen belemmering. Wanneer een Nederlandse rechtspersoon in een dergelijk land een strafbaar feit

¹³³ De later toegevoegde onderdelen 3°, 4° en 5° komen wat betreft vorm overeen met het tweede deel van onderdeel 1°: dubbele strafbaarheid is geen vereiste en steeds is een bijzondere voorwaarde opgenomen welke de werking van de bepaling beperkt.

¹³⁴ Dat zou dan onderdeel 1° geworden zijn. De later toegevoegde onderdelen 3°, 4° en 5° zouden dan alle een nummer zijn opgeschoven.

¹³⁵ De toekomstige tijdsvorm in deze zin is bewust gekozen aangezien van enige praktijktoepassing van de strafbaarstellingen van buitenlandse omkoping tot op heden weinig tot geen sprake is. Deze praktijktoepassing komt nader aan de orde in hoofdstuk zeven.

¹³⁶ Deze lijn wordt gevolgd in de jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HR 30 augustus 2005, *NJ* 2005, 541.

¹³⁷ HR 18 december 2001, *NJ* 2002, 300.

pleegt, dan kan die rechtspersoon weliswaar niet in dat land worden vervolgd, maar wel in Nederland.¹³⁸

Echter, de eis van dubbele strafbaarheid kan een belemmering vormen voor een effectieve bestrijding van buitenlandse omkoping, zo merkte de GRECO op in zijn derde evaluatierapport van Nederland uit 2008. De GRECO wilde dat Nederland het voorbehoud dat het had gemaakt op basis van artikel 17 lid 2 jo. lid 1 onder b van het RvE-corruptieverdrag ten aanzien van de eis van dubbele strafbaarheid zou heroverwegen, nu geen jurisprudentie beschikbaar was waaruit bleek dat Nederland – zoals het zelf stelde – het vereiste daadwerkelijk heel soepel toepaste. Nederland had ook geen argumenten weten aan te voeren die het handhaven van het vereiste van dubbele strafbaarheid rechtvaardigen.¹³⁹

(Mede) naar aanleiding van dit verzoek van de GRECO besloot de Nederlandse regering tot het laten verrichten van een onderzoek door het WODC “naar de positie die (extraterritoriale) strafrechtelijke rechtsmacht toekomt in het Nederlandse strafrecht”, zo schreef de Minister van Justitie in 2009 aan de Tweede Kamer.¹⁴⁰ Bij dit onderzoek zou ook de vraag naar het vereiste van dubbele strafbaarheid bij het actief personaliteitsbeginsel worden betrokken. De Minister voegde voorzichtig toe dat de uitkomsten van dit onderzoek een rol zullen kunnen spelen bij een heroverweging van het gemaakte voorbehoud. Over de notitie over dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht die in 2004 door de Minister van Justitie werd aangeboden aan de Tweede Kamer¹⁴¹ wordt met geen woord gerept in de brief uit 2009. Uit die notitie blijkt dat het vereiste van dubbele strafbaarheid mede (en mijns inziens: voornamelijk) een praktisch belang dient. Voor een succesvolle vervolging in Nederland van een in het buitenland gepleegd misdrijf is immers in de meeste gevallen de medewerking nodig van de autoriteiten van het land waar het feit gepleegd is. Die medewerking is veelal zeer lastig te verkrijgen wanneer het feit niet strafbaar is in het desbetreffende land. Het is dan makkelijker om te besluiten dat Nederland geen rechtsmacht heeft ten aanzien van een dergelijk in het buitenland gepleegd strafbaar feit.

Het WODC-rapport¹⁴² dat de Minister had aangekondigd, werd op 22 september 2010 aangeboden aan de Tweede Kamer¹⁴³ en behelsde het advies om in ieder geval

¹³⁸ HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 496.

¹³⁹ ‘Third Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands on „Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)’’, Straatsburg, 13 juni 2008 (Greco Eval III Rep (2007) 8E, Theme I), paragraaf 92, p. 26.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 101, p. 3.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1.

¹⁴² A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht. Onderzoek naar de grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-) praktijk*, Maastricht: Universiteit Maastricht, WODC 2010.

voor rechtsmacht over feiten gepleegd in de Europese Unie het vereiste van dubbele strafbaarheid te doen vervallen. Het rapport had bij sluiting van dit manuscript nog niet tot wijzigingen van de vereisten van dubbele strafbaarheid voor in het buitenland gepleegde omkoping geleid.

Actieve omkoping: niet-Nederlandse dader

Wanneer de (vermoedelijke) dader van een in het buitenland gepleegd strafbaar feit niet de Nederlandse nationaliteit bezit kan hij in bepaalde gevallen toch in Nederland worden vervolgd en veroordeeld. Deze gevallen zijn opgesomd in onderdelen 7° tot en met 15° van artikel 4 Sr. Dat kan bij sommige feiten, bijvoorbeeld wanneer dat feit gericht is tegen een persoon met de Nederlandse nationaliteit (op basis van het passief nationaliteitsbeginsel) of met een bijzonder verband met Nederland (passief personaliteitsbeginsel). Voor dit onderzoek zijn van belang de onderdelen 9° en 10°. ¹⁴⁴ Deze onderdelen zijn bij de wetsherziening van 2001 nieuw ingevoegd (als onderdelen 10° en 11°) en per 1 april 2010 gewijzigd in hun huidige vorm.

Onderdeel 9° verklaart de Nederlandse strafwet van toepassing op een ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan actieve omkoping (ex artikel 177 of 177a Sr), maar slechts *‘voor zover het feit is gepleegd tegen een Nederlander of een Nederlandse ambtenaar en daarop door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld’*. In paragraaf 3.3.1.6 is reeds opgemerkt dat deze formulering van de rechtsmachtbepaling verwarrend is. De bepaling spreekt van een strafbaar feit – namelijk actieve omkoping – dat (buiten Nederland) gepleegd is *tegen* een Nederlander of een Nederlandse ambtenaar. Deze formulering met ‘tegen’ suggereert dat de genoemde Nederlander of de Nederlandse ambtenaar het slachtoffer is van het strafbare feit, te weten actieve omkoping. In dit onderzoek is echter nu juist naar voren gekomen dat het slachtoffer van actieve omkoping in het algemeen *niet* de omgekochte ambtenaar is. De wetgever doelt (uiteraard) met deze bepaling op gevallen waarin een Nederlander of buitenlander in het buitenland een Nederlandse ambtenaar omkoopt of tracht om te kopen, ¹⁴⁵ maar uit de wettekst wordt dit niet goed duidelijk. Artikel 4 onder 9° Sr is gebaseerd op artikel 6 lid 1 onder c van het EU-corruptieprotocol, dat – onder verwijzing naar artikel 3 van hetzelfde protocol –

¹⁴³ Als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VI, nr. 3.

¹⁴⁴ Dat onderdeel 10° een vreemde eend in artikel 4 Sr is, wordt hierna duidelijk.

¹⁴⁵ Dit is niet af te leiden uit de memorie van toelichting bij de bepaling, maar wel uit de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van onder meer het EU-corruptieprotocol (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 468 (R1637), nr. 3), waarin één keer gesproken wordt over de actieve omkoping waarbij een ambtenaar ‘betrokken’ is.

lidstaten dwingt tot het vestigen van rechtsmacht over door een ieder gepleegde actieve omkoping *tegen* een bepaalde groep ambtenaren en ambtenaar-achtigen.¹⁴⁶ Overigens gebiedt het protocol ook tot het creëren van rechtsmacht over (in binnen- en buitenland gepleegde) *passieve* omkoping gepleegd ‘tegen’ een ambtenaar die valt in de eerdergenoemde groep. Artikel 6 lid 1 van het EU-corruptieprotocol en dus ook onderdeel c daarvan verwijst namelijk tevens naar artikel 2 van het protocol, waarin de strafbaarstelling van passieve omkoping is neergelegd. De vermelding in de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van het protocol dat het slechts actieve omkoping betreft,¹⁴⁷ is niet juist. Passieve omkoping die gepleegd wordt – noodzakelijkerwijs door een ambtenaar – ‘tegen’ een ambtenaar laat zich echter nog moeilijker denken dan actieve omkoping. Het moet dan in ieder geval gaan om het *vragen* naar voordelen, want ik zie niet in hoe het *aannemen* van voordelen kan worden gepleegd *tegen* iemand. Die situatie moet dan bovendien nog zien op het vragen van voordelen door een ambtenaar *aan een ambtenaar*. Maar ondanks dat de situatie zich moeilijk laat denken, is ook deze ongetwijfeld niet onmogelijk.

De passage ‘of een Nederlandse ambtenaar’ is in artikel 4 onder 9° Sr ingevoegd per 1 april 2010.¹⁴⁸ De wetgever leek inmiddels te hebben ingezien dat de term ‘tegen’ nogal ongelukkig is en meende dat door toevoeging van deze passage meer duidelijkheid zou ontstaan.

“De bepaling lijkt echter niet helemaal correct geformuleerd. Zij is namelijk primair een uitwerking van het passief nationaliteitsbeginsel, dat de nationale belangen in het buitenland beoogt te beschermen tegen strafbare aantastingen (in dit geval omkoping van ambtenaren). Bij actieve omkoping is echter niet de ambtenaar «tegen wie» het feit is gepleegd slachtoffer – hij is veeleer medepleger of medeplechtige –, maar de overheidsdienst waarvoor hij werkt. De schending van de Nederlandse belangen is dan ook niet in de eerste plaats gelegen in het feit dat een persoon met de Nederlandse nationaliteit (in het buitenland) is omgekocht maar in het feit dat een persoon met een Nederlands-ambtelijke status aldaar is omgekocht. De voorgestelde toevoeging dient ter verduidelijking hiervan,” aldus de wetgever.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Het EU-protocol noemt nationale en communautaire ambtenaren en leden van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, het Europees Parlement, het Hof van Justitie en de Rekenkamer van de Europese Gemeenschappen voor zover die onderdaan zijn van de betrokken lidstaat. Zie nader paragraaf 3.3.1.2.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 468 (R1637), nr. 3, p. 16.

¹⁴⁸ Wet van 26 november 2009, houdende partiële wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met rechtsontwikkelingen, internationale verplichtingen en geconstateerde wetstechnische gebreken en leemten, *Stb.* 2009, 525 (inwerkingtreding: *Stb.* 2010, 139).

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 3, p. 4 (MvT).

Onduidelijk is echter hoe de genoemde aanvulling van de wet de verduidelijking meebrengt die de wetgever beoogt. Nog steeds lijkt de wet te doelen op omkoping die gepleegd wordt *tegen* een Nederlander of een Nederlandse ambtenaar, terwijl dat niet zo is en zij eigenlijk als medeplegers of medeplichtigen moeten worden gezien. Mijns inziens is de toevoeging weliswaar begrijpelijk – het slechts noemen van de Nederlander is te beperkt – maar is deze geen verduidelijking, omdat nog altijd de verwarrende term ‘tegen’ wordt gebruikt. Dit wordt weliswaar in de hierboven geciteerde memorie van toelichting uitgelegd, maar beter zou het zijn geweest als de term was vervangen door een term die de rol van de Nederlander of Nederlandse ambtenaar beter weergeeft.¹⁵⁰

Er is nog een reden waarom de toevoeging de bepaling niet duidelijker maakt. Wanneer onder ‘tegen’ in relatie met actieve omkoping moet worden begrepen de ambtenaar tot wie de omkoping zich richt, oftewel de ambtenaar die wordt omgekocht, dan moet onder de ‘Nederlander’ als bedoeld in artikel 4 onder 9° Sr worden verstaan een persoon met de Nederlandse nationaliteit die werkzaam is als ambtenaar. De toevoeging ‘Nederlandse ambtenaar’ is wel een uitbreiding, want hierdoor heeft de bepaling ook betrekking op personen die niet de Nederlandse nationaliteit bezitten maar die wel werkzaam zijn als Nederlands ambtenaar. De omkoping van deze personen is schadelijk voor de Nederlandse belangen. Maar had dan de ‘Nederlander’ niet weggestreept kunnen worden uit de bepaling? Kan niet worden volstaan met ‘Nederlandse ambtenaar’, nu daar reeds ook Nederlandse ambtenaren met de Nederlandse nationaliteit onder vallen? Ik meen van wel. Het laten staan van ‘Nederlander’ in artikel 4 onder 9° Sr heeft geen toegevoegde waarde en betekent zelfs dat Nederland rechtsmacht heeft over feiten waarover het helemaal geen rechtsmacht moet willen hebben. ‘Nederlander’ ziet namelijk ook op personen met de Nederlandse nationaliteit die in openbare dienst van een vreemde staat (of van een volkenrechtelijke organisatie) zijn, zo blijkt uit artikel 178a lid 1 Sr.

Dit betekent dat een ieder die in het buitenland een ambtenaar van een vreemde staat tracht om te kopen, vervolgbaar is in Nederland wanneer blijkt dat die ambtenaar (al dan niet toevallig) de Nederlandse nationaliteit heeft. De Nederlander die in een ander land in dienst van de lokale overheid is, kan dus in Nederland aangifte doen wanneer een onderdaan van dat andere land hem in dat andere land heeft trachten om te kopen. Weliswaar is een Nederlander betrokken bij dit delict, maar Nederlandse belangen zijn geheel niet geschaad. Om deze reden dient de term ‘Nederlander’ te worden geschrapt uit artikel 4 onder 9° Sr.

Voor wat betreft de Nederlander die in de openbare dienst van een volkenrechtelijke organisatie werkzaam is, geldt mijns inziens hetzelfde. Men zou nog kunnen menen dat Nederland wel belang heeft bij rechtsmacht over de in het buitenland gepleegde actieve omkoping van een dergelijke internationale ambtenaar, wanneer

¹⁵⁰ Zie ook mijn betoog hierover in paragraaf 3.3.1.6.

de volkenrechtelijke organisatie waartoe hij behoort in Nederland gevestigd is. Maar niet is duidelijk waarom onderdeel 9° dan slechts ziet op internationale ambtenaren met de Nederlandse nationaliteit. Beter zou het zijn aan onderdeel 9° toe te voegen de woorden ‘tegen een persoon in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie’. Dit omvat dan ook de in Nederland werkzame internationale ambtenaren die niet de Nederlandse nationaliteit hebben.

Artikel 4 aanhef en onder 10° Sr luidt als volgt.

De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt:

10° aan een der misdrijven, omschreven in de artikelen 177, 177a, 225, 227b en 323a, voor zover het feit is gepleegd door een Nederlandse ambtenaar of door een persoon in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie en daarop door de wet van het land waar het is begaan, straf is gesteld;¹⁵¹

Evenals onderdeel 9° had onderdeel 10° bij de introductie ervan in 2001 (als onderdeel 11°) een andere redactie. Artikel 177 en 177a Sr werden er niet in genoemd. Slechts de in het buitenland gepleegde valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr), het opzettelijk nalaten van het verstrekken van verplichte gegevens (artikel 227b Sr) en de fraude met subsidies van de Europese Gemeenschappen (nu Europese Unie; artikel 323a Sr), waren vervolgbaar in Nederland. Bovendien betrof de bepaling slechts feiten gepleegd door personen in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie. Nederlandse ambtenaren werden niet genoemd.

Tijdens de wettelijke goedkeuringsprocedure van een aantal nieuwe aan corruptiebestrijding gerelateerde verdragen besloot de wetgever tot wijziging van deze bepaling.¹⁵² De wijziging was reeds aangekondigd in de memorie van antwoord bij de wetsvoorstellen 26 468 en 26 469.¹⁵³ De Minister van Justitie was daarin tot de conclusie gekomen dat de Nederlandse rechtsmacht met betrekking tot omkoping niet helemaal voldeed aan de vereisten die met name het EU-corruptieprotocol hieraan stelt.¹⁵⁴ Onderdeel 10° van artikel 4 Sr is direct afgeleid van artikel 6 van het

¹⁵¹ De redactie is enigszins verwarrend. De aanhef van het artikel spreekt van ‘een ieder’, maar onderdeel 10° blijkt toch niet een ieder, maar slechts Nederlandse ambtenaren en personen in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie te bedoelen.

¹⁵² *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R1671), nr. 8, p. 2.

¹⁵³ *Kamerstukken I* 2000/01, 26 468 (R1637) en 26 469, nr. 13a, p. 3.

¹⁵⁴ Nederland had in de goedkeuringswet (*Stb.* 2000, 615) verklaard de bepaling te zullen overnemen in de nationale wetgeving, zij het dat Nederland verklaarde in een aantal

EU-corruptieprotocol, maar ook artikel 7 van de later tot stand gekomen EU-corruptieovereenkomst en artikel 17 van het RvE-corruptieverdrag bevatten een dergelijke verplichting.

Nederland heeft ingevolge het huidige artikel 4 onder 10° Sr rechtsmacht over gevallen van actieve omkoping, in het buitenland gepleegd door een Nederlandse ambtenaar,¹⁵⁵ die niet noodzakelijkerwijs de Nederlandse nationaliteit hoeft te hebben,¹⁵⁶ of door een persoon die werkzaam is in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie. Dit betreft dus vrij uitzonderlijke gevallen, aangezien ambtenaren eerder in verband worden gebracht met *passieve* omkoping dan actieve. Maar nogmaals, uitzonderlijk betekent niet ondenkbaar.

De redactie van onderdeel 10° is in combinatie met de aanhef van artikel 4 Sr enigszins verwarrend. Anders dan in de rest van artikel 4 Sr wordt in onderdeel 10° rechtsmacht ontleend aan het actief personaliteitsbeginsel. Hangt in de andere onderdelen van het artikel de aanwezigheid van rechtsmacht af van degene *tegen* wie het delict wordt gepleegd¹⁵⁷ of van de plaats waar de verdachte zich bevindt¹⁵⁸, in onderdeel 10° is degene *door* wie het delict wordt gepleegd bepalend voor de vraag of rechtsmacht bestaat. Dat verhoudt zich slecht met de aanhef van het artikel, waarin wordt gesproken van ‘een ieder’ die zich aan de in de onderdelen genoemde misdrijven schuldig maakt. Voor onderdeel 10° blijkt een ieder dan toch niet een ieder te betreffen, maar slechts Nederlandse ambtenaren en personen in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie. Mijns inziens is dit nodeloos ingewikkeld en hoort onderdeel 10° derhalve eigenlijk niet thuis in artikel 4 Sr. Aangezien de wetgever zichtbaar niet terugdeinst om extra artikelen op te nemen in de eerste titel van het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht,¹⁵⁹ is het niet duidelijk waarom onderdeel 10° toch in artikel 4 moest worden ingevoegd.

gevallen het vereiste van dubbele strafbaarheid te zullen opnemen. Deze mogelijkheid biedt het tweede lid van artikel 6 van het EU-corruptieprotocol.

¹⁵⁵ De Nederlandse ambtenaar die wel de Nederlandse nationaliteit heeft, valt reeds onder artikel 5 lid 1 onder 2° Sr en is dus ook strafbaar in Nederland wanneer in het buitenland actieve omkoping pleegt.

¹⁵⁶ De persoon die zich schuldig maakt aan de in onderdeel 10° genoemde delicten valt reeds onder de Nederlandse rechtsmacht op grond van artikel 5 lid 1 onder 2° Sr.

¹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld onderdeel 9°.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld onderdeel 7°, dat (onder meer) rechtsmacht creëert wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 5b Sr, waarvan in ieder geval onderdeel 1° prima had kunnen worden ingepast in artikel 4. De aanhef van artikel 4 Sr bevat dan wel de voorwaarde ‘buiten Nederland’ terwijl artikel 5b Sr die voorwaarde niet stelt, maar dat vormt geen

Onderdeel 9° en 10° bevatten elk het vereiste van dubbele strafbaarheid. De GRECO heeft, net zoals met betrekking tot artikel 5 Sr (zie hiervoor), Nederland gevraagd de noodzaak van dit vereiste te herzien, maar vooralsnog is Nederland nog niet tot een gewijzigd inzicht gekomen.

Passieve omkoping

Laatste uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht met betrekking tot omkoping is geregeld in artikel 6 Sr. Ook hier wordt het actief personaliteitsbeginsel aangevend om rechtsmacht te vestigen met betrekking tot buiten Nederland gepleegde omkoping. Artikel 6 Sr is exclusief gericht op ambtsmisdriven zoals strafbaar gesteld in Titel 28 van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht. Het in 2001 ingevoegde onderdeel 2° richt zich weer slechts op een onderdeel van die titel, namelijk de misdrijven als omschreven in artikelen 362 tot met 364a Sr.

Onderdeel 1° is reeds sinds 1886 opgenomen in het Wetboek en verklaart de Nederlandse strafwet van toepassing op gevallen waarin het ambt buiten Nederland wordt uitgeoefend. In 1886 was het aantal gevallen waarin een ambtenaar in het buitenland kwam al beperkt, laat staan het aantal gevallen dat de ambtenaar in het buitenland zijn (Nederlandse) ambt uitoefende. Na 1886 is het aantal buitenlandse dienststreizen van de gemiddelde ambtenaar echter sterk toegenomen en derhalve is het belang van deze bepaling aanzienlijk toegenomen.

De gedachte achter de bepaling is dat een ambtmisdrijf, gepleegd door een Nederlandse ambtenaar, altijd schade toebrengt (of kan toebrengen) aan de Nederlandse belangen, ongeacht waar ter wereld het feit gepleegd wordt. Bij alle ambtsmisdriven wordt immers (het vertrouwen in) het ambt en daarmee de Staat beschadigd.

Nederlandse ambtenaren dienen zich derhalve waar ook ter wereld te onthouden van enig ambtsmisdrijf en ingevolge artikel 6 onder 1° Sr kan de Nederlandse ambtenaar die zich toch schuldig maakt aan enig in Titel 28 van het Tweede boek van het Wetboek van Strafrecht genoemd strafbaar feit, daarvoor vervolgd worden in Nederland, ook als hij dat misdrijf in het buitenland heeft gepleegd.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt niet voor artikel 6 Sr, hetgeen de bepaling een ruim bereik geeft. De ambtenaar is zelfs te vervolgen in Nederland wanneer het misdrijf dat hij in het buitenland pleegde daar ter plaatse niet strafbaar is.

Met 'Nederlandse ambtenaar' wordt evenals in het in 2010 gewijzigde artikel 4 onder 9° Sr niet bedoeld de ambtenaar met de Nederlandse nationaliteit, maar de ambtenaar in Nederlandse dienst.¹⁶⁰ Wanneer immers vereist zou zijn dat de amb-

bepanking nu voor binnen Nederland gepleegde feiten reeds rechtsmacht bestaat op grond van het territorialiteitsbeginsel van artikel 2 Sr.

¹⁶⁰ 't Hooft bestempelde dit in 1890 als eigenaardig: "Daarentegen zal de Nederlandsche ambtenaar, zelfs indien hij een vreemdeling is, die zich in het buitenland schuldig maakt aan een der misdrijven van titel XXVIII van het II^e Boek, volgens art. 6 Swb. Onder het bereik van de

tenaar de Nederlandse nationaliteit heeft, dan zou deze bepaling niet anders zijn dan artikel 5 lid 1 Sr. Volstaan had dan kunnen worden met het toevoegen van Titel 28 aan het eerste zinsdeel van onderdeel 1° van artikel 5 lid 1 Sr, het zinsdeel zonder de voorwaarde dat het een misdrijf gericht tegen de rechtspleging van het Internationaal Strafhof moet betreffen.¹⁶¹

Overigens kan met recht gesteld worden dat de toevoeging ‘Nederlandse’ in artikel 6 onder 1° Sr en ook in artikel 4 onder 9° Sr eigenlijk overbodig is, nu in het gehele Wetboek van Strafrecht de term ‘ambtenaar’ slechts doelt op Nederlandse ambtenaren. De enige uitzondering hierop zijn de in artikel 178a en 364a Sr genoemde bepalingen.

Onderdeel 2° ziet zoals gezegd slechts op in het buitenland gepleegde passieve omkoping en dan alleen wanneer die gepleegd is door een ‘*persoon in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie*’. Ook deze bepaling is een uitwerking van verplichtingen uit artikel 6 van het EU-corruptieprotocol. Nederland gaat echter verder dan het protocol eist door de Nederlandse rechtsmacht niet te beperken tot communautaire ambtenaren in dienst van een Instelling van de Europese Gemeenschappen of van een overeenkomstig de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen ingesteld orgaan dat zijn zetel in Nederland heeft. Voor de daaruit voortvloeiende rechtsongelijkheid ten opzichte van overige in Nederland werkzame internationale ambtenaren was rechtvaardiging te vinden, aldus de wetgever.¹⁶² Inmiddels is deze ruimere werking ook verplicht op grond van het later tot stand gekomen RvE-corruptieverdrag (artikel 9 jo. artikel 17) en het VN-corruptieverdrag (artikel 16 jo. artikel 42). De proactieve houding van Nederland voorkwam de noodzaak van een nieuwe wetswijziging op dit punt.

5.5.1.9 Sancties

5.5.1.9.1 Vrijheidsstraffen en geldboetes

De maximumstraffen die het Wetboek van Strafrecht vóór 1 februari 2001 stelde op omkoping, liepen uiteen voor wat betreft actieve en passieve omkoping. Passieve omkoping tot een gedraging in strijd met de plicht van de ambtenaar werd met een

Nederlandsche strafwet vallen [...]”, zie H.P. ‘t Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Ijdo 1890, p. 16.

¹⁶¹ R. van Elst, Aant. 2 bij art. 6, in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 60.

¹⁶² *Kamerstukken II 1998/99*, nr. 3, p. 11.

aanzienlijk hogere gevangenisstraf bedreigd (vier jaren) dan de equivalente actieve omkoping (twee jaren).¹⁶³

Dit verschil in strafmaximum had tot gevolg dat tegen een van passieve omkoping verdachte ambtenaar verdergaande opsporingsmiddelen konden worden ingezet dan tegen de van actieve omkoping verdachte persoon. Actieve omkoping was immers geen feit waarvoor voorlopige hechtenis was toegelaten. Om deze onmogelijkheid te omzeilen werd actieve omkoping uitgelegd als het uitlokken van passieve omkoping.¹⁶⁴ Zo konden tegen een van actieve omkoping verdachte persoon toch het dwangmiddel voorlopige hechtenis en de bijzondere opsporingsmiddelen uit artikel 126l Sv en verder worden ingezet.

Bij de wetswijziging in 2001 heeft de wetgever deze ongelijkheid willen wegnemen “omdat er in het huidige tijdsgewricht onvoldoende redenen zijn voor de bestaande verschillen voor de bestraffing van actieve en passieve omkoping”.¹⁶⁵ Zowel actieve als passieve omkoping tot een gedraging in strijd met de plicht van de ambtenaar wordt sindsdien bedreigd met een maximum gevangenisstraf van vier jaren. Actieve en passieve omkoping tot een gedraging die niet in strijd is met de plicht van de ambtenaar worden elk met een maximum gevangenisstraf van twee jaren bedreigd. Een verschil dat niet werd weggenomen betrof de geldboetecategorieën. Het nieuw ingevoegde artikel 177a Sr stelde aanvankelijk op actieve omkoping tot een gedraging niet in strijd met des ambtenaars plicht een geldboete van de vierde categorie, terwijl voor de passieve variant een geldboete van de vijfde categorie geldt, hetgeen gelijk is aan de geldboete op actieve en passieve omkoping tot een gedraging in strijd met de plicht van de ambtenaar. Het streven van de wetgever om de actieve en passieve varianten van omkoping elkaars spiegelbeeld te laten zijn, was hier niet goed uitgewerkt. Ook de GRECO bemerkte deze onvolkomenheid in zijn tweede evaluatie van de Nederlandse situatie in 2005.¹⁶⁶

De GRECO ging het er echter niet om dat een schoonheidsfoutje was gemaakt, maar om de consequentie van dat foutje. De mogelijkheid van toepassing van bepaalde maatregelen, zoals de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, maar ook de mogelijkheid van het openen van een strafrechtelijk financieel onderzoek (sfo) is afhankelijk gesteld van de boetecategorie die staat op het delict waarvoor verdachte of dader wordt vervolgd respectievelijk is veroordeeld.¹⁶⁷

¹⁶³ Bij omkoping tot een gedraging die niet in strijd was met de plicht van de ambtenaar, was het verschil nog groter; de actieve variant daarvan was geheel niet strafbaar, terwijl de passieve variant dat wel was. Zie hiervoor paragraaf 5.2.2.

¹⁶⁴ Zie ook hierna paragraaf 5.5.3.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 9.

¹⁶⁶ ‘Second Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands’, Straatsburg 14 oktober 2005 (Greco Eval II Rep (2005) 2E), paragraaf 26, p. 9.

¹⁶⁷ Zie artikel 36e lid 2 Sr en artikel 126 lid 1 Sv.

Deze maatregelen konden volgens de GRECO niet worden ingezet bij een verdenking van het delict van artikel 177a Sr, omdat dat delict met een geldboete van slechts de vierde categorie werd bedreigd. Deze aanname van de GRECO was overigens niet geheel juist. Ontneming en sfo waren niet geheel onmogelijk met betrekking tot misdrijven waarop een lagere geldboete dan de vijfde categorie stond. ‘Vijfde categoriemisdrijven’ boden echter wel ruimere mogelijkheden voor ontneming en sfo (er hoefde slechts voldoende aanwijzingen te bestaan dat de vijfde categoriemisdrijven door de veroordeelde waren begaan).¹⁶⁸

Dat de maatregel van ontneming niet kon worden ingezet in het geval dat wel voldoende aanwijzingen bestonden van actieve omkoping als bedoeld in artikel 177a Sr en artikel 178 Sr was de GRECO terecht een doorn in het oog. Want hoewel artikel 177a Sv omkoping betreft die niet gericht is op een gedraging van een ambtenaar die strijdig is met diens plicht, kunnen ook met deze vorm van omkoping wel degelijk grote geldbedragen gemoed zijn die ontnomen moeten kunnen worden. Dat geldt evenzo voor de omkoping van rechters ex artikel 178 Sr. Derhalve meende de GRECO dat een verhoging van de boetecategorie bij deze strafbaarstellingen wenselijk was. Daardoor zou in meer gevallen – dus ook wanneer ‘slechts’ voldoende aanwijzingen van omkoping bestaan – ontneming kunnen plaatsvinden.

Nederland gaf aan dit GRECO-verzoek vijf jaar later gehoor door middel van een wetswijziging, waardoor per 1 april 2010 voor alle omkopingsvarianten een boete van de vijfde categorie kan worden opgelegd.¹⁶⁹ Ruimere strafvorderlijke bevoegdheden, waaronder die met betrekking tot inbeslagneming en strafrechtelijk financieel onderzoek, zijn daardoor toepasbaar bij voldoende aanwijzingen van alle vormen van omkoping.

Inmiddels is per 1 juli 2011 artikel 36e Sr zodanig aangepast dat de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel veel eerder, gemakkelijker en ruimer kan worden toegepast.¹⁷⁰ Hierdoor is de verhoging van de boetecategorie

¹⁶⁸ De verplichting tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kon op grond van artikel 36e lid 2 Sr destijds worden opgelegd aan een wegens een strafbaar feit veroordeelde persoon “*die voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van het daar bedoelde strafbare feit of soortgelijke feiten of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door hem zijn begaan*”.

¹⁶⁹ *Stb.* 2009, 525. In de memorie van toelichting bij deze wet verwijst de Minister expliciet naar het GRECO-rapport als grondslag voor de wijziging, naast uiteraard de wetsystematische gronden waarvan de Minister wil doen geloven dat hij ze ook zelf reeds had bemerkt (*Kamerstukken II 2007/08, 31 391, nr. 3, p. 10*).

¹⁷⁰ *Stb.* 2011, 171. Op grond van de nieuwe formulering van artikel 36e lid 2 Sr kan de verplichting tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel nu worden opgelegd aan een wegens een strafbaar feit veroordeelde persoon “*die voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van*

niet meer echt nodig en houdt de wetwijziging van 1 april 2010 met terugwerken de kracht toch niet meer in dan het wegwerken van een schoonheidsfoutje.

Opmerkelijk is overigens de rechtvaardiging die de Minister in de memorie van toelichting geeft voor de verhoging van de boetecategorie voor wat betreft artikel 178 Sr (actieve omkoping van rechters). “Wat betreft de strafmaat voor artikel 178 Sr geldt dat die hoog genoeg is (zes jaar) om bedreiging met een geldboete van de vijfde categorie te rechtvaardigen,” zo zegt de Minister.¹⁷¹ De strafmaat van omkoping van gewone ambtenaren tot een gedraging die niet in strijd is met diens plicht ex artikel 177a Sr is echter ‘slechts’ twee jaar. Met zijn opmerking impliceert de Minister dus in feite dat de bedreiging met een geldboete van de vijfde categorie voor wat betreft artikel 177a Sr niet te rechtvaardigen is.

5.5.1.9.2 Bijkomende straffen

5.5.1.9.2.1 Ontzetting van het recht op het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder, het bekleeden van ambten of bepaalde ambten en het dienen bij de gewapende macht

Zowel veroordeelde actieve omkopers als veroordeelde passieve omkopers kunnen door de rechter worden ontzet van het recht op het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder. Dat is geregeld in het vierde lid van de artikelen 177, 177a en 178 Sr voor wat betreft actieve omkoping en in artikel 380 lid 2 Sr voor wat betreft passieve omkoping. Artikel 380 lid 2 Sr noemde aanvankelijk artikel 362 niet bij de delicten waarvoor ontzetting uit het recht op het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder mogelijk was. Sinds de wetsherziening van 2001 is dit wel het geval. Waarom deze toevoeging gemaakt is, is echter nergens toegelicht.

Op het eerste gezicht lijkt een ongelijkheid te bestaan in het strafarsenaal van actieve omkoping ten opzichte van dat van passieve omkoping. Bij een veroordeling wegens actieve omkoping kunnen ingevolge het vierde lid van de artikelen 177, 177a en 178 Sr de bijkomende straffen ‘ontzetting van het recht op het bekleeden van ambten of bepaalde ambten’ (artikel 28 lid 1 onder 1° Sr) en ‘ontzetting van het recht op het dienen bij de gewapende macht’ (artikel 28 lid 1 onder 2° Sr) worden opgelegd. Voor passieve omkoping bestaat deze mogelijkheid ook, maar is deze niet opgenomen in artikel 380 Sr, zoals wel het geval is bij bovengenoemde ontzetting van het recht op het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder. De in artikel 28 lid 1 onder 1° en 2° Sr genoemde ontzetting zijn echter in het bijzonder mogelijk gemaakt in artikel 29 Sr voor wat betreft alle ambtsmisdrijven en misdrijven “waarvoor de schuldige een bijzondere ambtsplicht schond of waarbij hij gebruikt maakte

het daar bedoelde feit of andere strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan”.

¹⁷¹ Kamerstukken II 2007/08, 31 391, nr. 3, p. 10

van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken.” Voor deze bijkomende straffen heeft de wetgever dus niet aangeknoopt bij bepaalde delictsomschrijvingen, waardoor in beginsel bij elk misdrijf waarvoor een ambtenaar wordt veroordeeld, deze bijkomende straffen kunnen worden uitgesproken, zolang aan de voorwaarden van artikel 29 Sr is voldaan.

Voor de invulling van het begrip ambt dat in artikel 28 lid 1 onder 1° Sr wordt genoemd, kan volgens Schuyt aansluiting worden gezocht bij de door de Hoge Raad gegeven omschrijving van het begrip ambtenaar.¹⁷²

5.5.1.9.2.2 Ontzetting van het actieve en passieve kiesrecht

Het oorspronkelijke wetsvoorstel tot herziening van de corruptiewetgeving, dat de Minister van Justitie in 1999 aan de Tweede Kamer voorlegde, beoogde de invoering van een nieuw tweede lid in artikel 380 Sr dat het mogelijk maakte om, bij veroordeling van een bepaalde groep ambtenaren wegens een der in de artikelen 362 en 363 Sr omschreven misdrijven, als bijkomende straf de ontzetting uit te spreken van het in artikel 28, eerste lid, onder 3°, vermelde recht.¹⁷³ De Minister wilde de mogelijkheid creëren dat een wegens passieve omkoping veroordeelde politieke ambtsdrager of volksvertegenwoordiger het actieve kiesrecht (het recht om de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen) en het passieve kiesrecht (het recht om tot lid van deze organen te worden verkozen) werd ontnomen, “wanneer deze zich schuldig hebben gemaakt aan feiten waarbij sprake is van een verband tussen de gedraging waardoor de bestuurlijke integriteit wordt aangetast, en de voorbeeldfunctie waarin dat gebeurt.”¹⁷⁴

Opvallend is dat vijftien jaar eerder de mogelijkheid tot oplegging van deze bijkomende straf bij een veroordeling wegens omkoping juist uit de wet geschrapt was. In het Wetboek van 1886 bestond de mogelijkheid om zowel bij een veroordeling wegens actieve omkoping als bij een veroordeling wegens passieve omkoping als bijkomende straf de ontzetting van het actief en passief kiesrecht op te leggen. Voor actieve omkoping stond dit in artikel 177, voor passieve omkoping in artikel 380 Sr. Overigens gold dit alleen voor de ambtenaar die zich liet omkopen tot een gedraging welke in strijd met zijn plicht was. Een veroordeling wegens het misdrijf van artikel 362 bood de mogelijkheid tot oplegging van deze bijkomende straf niet.

¹⁷² P.M. Schuyt, Aant. 2 bij artikel 28, in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 157. Schuyt verwijst naar HR16 november 1948, *NJ* 1949, 138, waar de Hoge Raad ambtenaar definieert als ‘degene die door het bevoegde openbare gezag is aangesteld in een openbare betrekking om een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten’. Zie hierna in paragraaf 5.5.4.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 2, p. 5.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr.3, p. 16.

De mogelijkheid tot ontzetting van het actief en passief kiesrecht in geval van veroordeling wegens een omkopingsdelict is in 1986 uit de wet geschrapt.¹⁷⁵ De reden hiervoor is te herleiden tot de herziening van de Grondwet enkele jaren eerder.¹⁷⁶ De mogelijkheid tot ontzetting van het kiesrecht is thans gelegitimeerd in artikel 54 van de Grondwet. Ontzetting van het kiesrecht leidt er ingevolge artikel 56 van de Grondwet toe dat de betreffende persoon geen lid meer kan zijn van de Staten-Generaal en ingevolge artikel 129 lid 1 van de Grondwet ook niet van provinciale staten en van een gemeenteraad.

In 1986 besloot de wetgever alle gevallen in het Wetboek van Strafrecht waarbij ontzetting van het kiesrecht als straf was toegestaan opnieuw te bezien. Het criterium dat de wetgever hierbij hanteerde was dat ontzetting van het kiesrecht slechts kon bestaan “ten aanzien van strafbare gedragingen die naar hun wettelijke omschrijving een ernstige aantasting van de grondslagen van het Nederlandse staatsbestel betekenen.”¹⁷⁷ Aan dit criterium voldeed slechts een beperkt aantal delicten, waaronder niet de omkopingdelicten.

Tijdens de algemene beraadslaging over het voorstel tot herziening van de corruptiewetgeving werd de Minister door verscheidene Kamerleden gevraagd of het niet beter was om slechts de ontzetting van het passieve kiesrecht als bijkomende straf in de wet op te nemen en niet de ontzetting van zowel het passieve als het actieve kiesrecht. “Daarmee wordt immers, in vergelijking met advocaten of artsen die uit hun ambt gezet worden, benadrukt dat deze mensen ook uit hun ambt gezet worden zonder dat hun het actief kiesrecht om anderen te kiezen, wordt ontnomen,” meende Kamerlid Duijkers.¹⁷⁸

Artikel 28 Sr kent de mogelijkheid van het ontnemen van slechts het passieve kiesrecht echter niet.¹⁷⁹ Volgens de Minister staat het systeem van de Grondwet in de weg aan het ontnemen van slechts het recht om gekozen te worden.¹⁸⁰ Hij meent derhalve dat de Grondwet slechts ontneming van beide rechten tegelijkertijd toestaat. Ik betwijfel dat. Wel ben ik van mening dat zonder het actieve kiesrecht (het recht om te kiezen) geen passief kiesrecht (het recht om gekozen te worden) kan bestaan en dat dus door ontzetting van het actieve kiesrecht eveneens het passieve kiesrecht niet meer kan worden uitgeoefend. Het is immers onlogisch wanneer

¹⁷⁵ *Stb.* 1986, 139.

¹⁷⁶ *Stb.* 1983, 70.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 1984/85, 18 973, nr. 5, p. 23.

¹⁷⁸ *Handelingen II* 1999/2000, nr. 91, p. 5879.

¹⁷⁹ Althans, dat lijkt zo te zijn. Artikel 28 lid 1 onder 3° Sr noemt weliswaar in één adem “het recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen en tot lid van deze organen te worden verkozen”, maar misschien moet er gewoon eens een rechter zo dapper zijn om slechts de ontzetting uit te spreken van het recht om verkozen te worden.

¹⁸⁰ *Handelingen II* 1999/2000, nr. 91, p. 5892.

iemand die niet langer het recht mag uitoefenen om zijn vertegenwoordigers in een bepaald orgaan te kiezen wel zelf in dat vertegenwoordigend orgaan plaats mag nemen. Maar andersom geldt dit niet. Iemand van wie het passieve kiesrecht ontnomen is, moet zijn recht om op anderen te stemmen kunnen behouden. De Grondwet noemt in het tweede lid van artikel 54 slechts het kiesrecht in het algemeen waarvan een veroordeelde ontzet kan worden en definieert dat kiesrecht in artikel 4 met recht om te verkiezen en het recht om verkozen te worden. Bovendien valt uit de grondwetgeschiedenis af te leiden dat de grondwetgever beide vormen van het kiesrecht daadwerkelijk aan elkaar heeft willen koppelen.¹⁸¹ Desalniettemin, wanneer slechts de letterlijke tekst van de Grondwet wordt aangehouden, verzet geen enkele bepaling uit de Grondwet zich tegen de ontneming van slechts een deel van het kiesrecht. Mijns inziens zou een ontzetting van slechts het recht zich verkiesbaar te stellen terwijl het recht om anderen te kiezen wordt behouden juist een goede sanctie zijn, omdat dan de inbreuk op het democratische grondrecht zo min mogelijk is, aangezien de veroordeelde een deel van zijn kiesrecht behoudt. Met het recht om te stemmen op anderen kan minder kwaad worden gedaan, dan met het recht zelf deel uit te maken van een vertegenwoordigend orgaan. Het voorkomen van dat laatste is nu juist het doel van de oplegging van de sanctie van ontzetting van het kiesrecht. Het is onwenselijk dat een persoon die zich omkoopbaar heeft getoond een zetel heeft, behoudt, of krijgt in een vertegenwoordigend orgaan. Wanneer overigens geen ontzetting van het kiesrecht wordt uitgesproken, kan de veroordeelde zelfs vanuit de gevangenis deelnemen aan verkiezingen, niet alleen als kiezer, maar ook als kandidaat.¹⁸² Het zal voor de veroordeelde die wordt verkozen echter lastig zijn daadwerkelijk fysiek op de zetel plaats te nemen zolang hij ingesloten is in de gevangenis.¹⁸³

Het voorstel van de Minister om corrupte politieke ambtsdragers en volkvertegenwoordigers van het actieve en passieve kiesrecht te kunnen ontzetten sneuvelde bij behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer. De Kamer nam een amendement van Kamerleden Niederer en Duijkers aan,¹⁸⁴ dat in plaats van de ontzetting van het kiesrecht de mogelijkheid van een zwaardere maximumstraf voor corrupte politieke ambtsdragers in de artikelen 362 en 363 Sr voegde.¹⁸⁵ Dit

¹⁸¹ *Kamerstukken II 1976/77*, 14 223, nr. 3, gepubliceerd als nrs. 1-4, p. 15-16.

¹⁸² P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 826-827.

¹⁸³ Het is binnen het Koninkrijk nog in deze eeuw voorgekomen dat een veroordeelde volksvertegenwoordiger zijn zetel in het vertegenwoordigend orgaan kon behouden, zelfs terwijl hij zijn gevangenisstraf van 10 maanden uitzat.

¹⁸⁴ *Handelingen II 1999/2000*, nr. 93, p. 6099.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. (11 en) 13.

was overgenomen uit het ingetrokken initiatiefwetsvoorstel van Kamerleden Van Oven en Van Heemst.¹⁸⁶

Voor deze oplossing is wat te zeggen, men kan menen dat een wegens een ambts-misdrijf veroordeelde politicus toch niet meer terug kan komen in de politiek, aangezien zijn naam zodanig is bezoedeld dat niemand meer op hem zal stemmen. Dit argument gaat op voor de landelijke politiek, waar misstanden sneller de landelijke media halen. De lokale politiek kent deze transparantie door de media echter in veel mindere mate. Het is niet ondenkbaar dat een veroordeelde lokale politicus elders in het land (in een andere gemeente) gewoon weer aan de slag kan gaan in de politiek.¹⁸⁷

De mogelijkheid tot ontzetting van het recht om ambten te bekleden zoals neergelegd in artikel 29 Sr biedt, mits ruim toegepast zodat daar ook politieke ambten (waaronder die van volksvertegenwoordiger mede begrepen)¹⁸⁸ onder vallen, voldoende mogelijkheden om met net zoveel zekerheid te zorgen dat een veroordeelde politicus (tijdelijk) niet terugkeert in de politiek. Dan is een ontzetting van het kiesrecht, hetgeen onmiskenbaar een inbreuk op een grondrecht is, niet eens meer nodig.

5.5.1.9.2.3 Ontzetting van de uitoefening van een beroep

Bij eerdergenoemde wet is per 1 april 2010 in de strafbaarstellingen van actieve omkoping¹⁸⁹ na het tweede lid, onder vernummering van het derde lid tot het vierde lid, een nieuw derde lid ingevoegd dat het opleggen van een bijkomende straf aan de omkoper mogelijk maakt. De omkoper van een ambtenaar (al dan niet tot een gedraging van de ambtenaar in strijd met diens plicht) of van een rechter kan, wanneer hij dit misdrijf in de uitoefening van zijn beroep begaat, van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Net als de eerdergenoemde verhoging van de boetecategorie voor actieve omkoping zijn ook deze wijzigingen het gevolg van een aanbeveling die de GRECO deed in zijn tweede evaluatierapport over Nederland van 14 oktober 2005. In de bewuste aanbeveling verzocht de GRECO Nederland ervoor zorg te dragen dat personen die zich in leidinggevende posities van grote ondernemingen schuldig maken aan omkoping van ambtenaren, bij veroordeling eventueel een ontzetting uit het beroep opgelegd kunnen krijgen.¹⁹⁰

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 1997/98-2000/01, 26 002, nr. 1-5.

¹⁸⁷ Dit zou met een voldoende grondige screening moeten kunnen worden voorkomen, maar het is de vraag of dat in elke gemeente even grondig wordt gedaan.

¹⁸⁸ Ingevolge artikel 84 lid 1 Sr worden leden van algemeen vertegenwoordigende organen als ambtenaar gezien volgens het Wetboek van Strafrecht.

¹⁸⁹ Zowel in artikel 177 als in 177a alsook in artikel 178 Sr.

¹⁹⁰ 'Second Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands', Straatsburg 14 oktober 2005 (Greco Eval II Rep (2005) 2E), paragraaf 66, p. 19 en 20. De analyse die de

In navolging van de GRECO overwoog de wetgever dat oplegging van een dergelijke sanctie in bepaalde gevallen aangewezen kan zijn, “*bijvoorbeeld indien het strafbare handelen van zodanige aard en omvang is, dat de integriteit van de overheid ernstig in gevaar dreigt te komen. Te denken valt aan het stelselmatig omkopen van ambtenaren, teneinde de aanbesteding van bouwopdrachten door de rijksoverheid te beïnvloeden.*”¹⁹¹

5.5.1.9.3 Sancties voor rechtspersonen

In hoofdstuk drie is duidelijk geworden dat alle corruptieverdragen staten opdragen de wettelijke mogelijkheid te garanderen dat ook rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de in die verdragen strafbaar gestelde feiten.¹⁹² Op deze verdragsverplichting is in dit hoofdstuk over de Nederlandse strafbaarstelling van omkoping niet diep ingegaan, nu in het Nederlandse strafrecht inmiddels geruime tijd de strafbaarheid van rechtspersonen en feitelijk leidinggevenden is aanvaard. De wettelijke verankering hiervan in artikel 51 Sr maakt het sinds 1976 mogelijk om rechtspersonen te bestraffen voor ieder strafbaar feit uit het Wetboek van Strafrecht of een andere regeling waarop het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht van toepassing is.¹⁹³

In Nederland kunnen rechtspersonen derhalve strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld worden wegens de omkopingsdelicten. Daarmee gaat de Nederlandse wetgeving aanzienlijk verder dan internationaal vereist is. Om te voldoen aan de internationale corruptieverdragen volstaat de mogelijkheid van civielrechtelijke of administratiefrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Op de vraag of rechtspersonen ook wegens passieve omkoping kunnen worden vervolgd – de delictomschrijving van dat strafbare feit is immers gericht tot een *ambtenaar* – wordt ingegaan in paragraaf 5.5.4.1.

GRECO in deze paragraaf maakt, is overigens niet juist. De verwijzing in het derde (nu vierde) lid van artikelen 177, 177a en 178 Sr naar de bijkomende straf van artikel 28 lid 1 onder 1° Sr (ontzetting van het recht tot het bekleden van ambten of van bepaalde ambten) was aan de GRECO klaarblijkelijk zo uitgelegd dat daarmee reeds ook personen in leidinggevende posities van rechtspersonen van hun beroep kunnen worden ontzet. Volgens de Nederlandse overheid was van deze mogelijkheid echter nooit gebruik gemaakt.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 3, p. 10.

¹⁹² Voor wat betreft de EU-regelgeving is de aansprakelijkheid van rechtspersonen voor actieve omkoping vastgelegd in artikel 3, eerste lid van het Tweede Protocol bij de EU-fraudeovereenkomst. Dit protocol wordt in het kader van dit onderzoek minder uitvoerig besproken.

¹⁹³ *Stb.* 1976, 377.

Hoogte van sancties voor rechtspersonen

De Nederlandse sancties voor rechtspersonen zijn in het algemeen laag in vergelijking met die in andere jurisdicties. Uit een evaluatie van de in het vorige hoofdstuk besproken 'Phase 1'-rapporten van de Working Group on Bribery van de OECD bleek dat de maximumstraffen voor rechtspersonen relatief laag zijn in met name de jurisdicties waar strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen al langer bestaat. Onder deze groep valt ook Nederland. Landen met een nieuwere en dus modernere regeling voor de strafbaarheid van rechtspersonen blijken over het algemeen zwaardere straffen voor deze categorie daders mogelijk te hebben gemaakt.¹⁹⁴

In het eerdergenoemd evaluatierapport van de GRECO van de tweede evaluatie-ronde wordt de aanbeveling gedaan om de strafrechtelijke sancties voor rechtspersonen met betrekking tot omkoping te verhogen om er zeker van te zijn dat die sancties "effective, proportionate and dissuasive" zijn.¹⁹⁵ De hoogste geldboete die ten tijde van de GRECO-evaluatie wegens omkoping kon worden opgelegd aan rechtspersonen bedroeg 450.000 euro (zesde categorie) per geval.¹⁹⁶ Kort na het rapport van de GRECO werden echter de boetecategorieën van artikel 23 Sr aanzienlijk verhoogd, waardoor de maximale op te leggen geldboete 670.000 euro ging bedragen.¹⁹⁷ Sinds 1 januari 2010 loopt de zesde categorie tot maximaal 760.000

¹⁹⁴ M. Pieth, 'Article 2. The Responsibility of legal Persons, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 203.

¹⁹⁵ 'Second Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands', Straatsburg 14 oktober 2005 (Greco Eval II Rep (2005) 2E), paragraaf 68, p. 20.

¹⁹⁶ Dit kan op grond van artikel 23 lid 7 Sr, waarin is bepaald dat bij veroordeling van een rechtspersoon een boete kan worden opgelegd van één categorie hoger dan in de betreffende delictsomschrijving is bepaald. Voor 1 april 2010 kon een rechtspersoon die schuldig werd bevonden aan de omkoping van een ambtenaar tot een gedraging in strijd met diens plicht of van een rechter een boete opgelegd kon krijgen van de zesde in plaats van de vijfde categorie. Sinds 1 april 2010 kan dat voor alle vormen van omkoping, nu in alle omkopingsbepalingen een boete van de vijfde categorie is opgenomen. Geldboetes kunnen per geval worden opgelegd en onbeperkt worden opgeteld op grond van de hoofdregel in artikel 57 lid 2 Sr. Daardoor kan de uiteindelijk opgelegde boete nog hoger uitvallen.

¹⁹⁷ *Stb.* 2006, 11. Deze verhoging was bedoeld ter aanpassing van de geldboetecategorieën aan de geldontwaarding in Nederland sinds de invoering van de categorieën in 1983 en dus niet het gevolg van enige internationale druk. Dit blijkt althans niet uit de wetsgeschiedenis.

euro.¹⁹⁸ De GRECO meende in zijn rapport van 2007 dat Nederland hiermee de aanbeveling naar tevredenheid had geïmplementeerd.¹⁹⁹

5.5.2 Ontwikkelingen na 1 februari 2001

Hiervoor is reeds duidelijk geworden dat de ontwikkeling van internationale verplichtingen op het gebied van corruptiebestrijding na 1 februari 2001 alles behalve stil heeft gestaan. In de wetwijziging van 2001 waren zoals gezegd niet alle destijds bestaande verdragen meegenomen. Het RvE-corruptieverdrag en de EU-corruptieovereenkomst werden later pas ter goedkeuring voorgelegd aan het parlement. Daarnaast heeft Nederland vrij actief bijgedragen aan de ontwikkeling van een verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie. Ook dat verdrag heeft Nederland moeten ratificeren en implementeren. Hieronder volgt een overzicht van deze Nederlandse ontwikkelingen na 2001. Een deel hiervan is hierboven al kort genoemd.

Goedkeuring van enkele verdragen inzake de bestrijding van fraude en corruptie II

Kort na de inwerkingtreding van de herziene omkopingsbepalingen is in dat zelfde jaar wederom een viertal internationale overeenkomsten goedgekeurd die op corruptiebestrijding betrekking hebben.²⁰⁰

Het betrof de goedkeuring van:

- de op 26 mei 1997 te Brussel totstandgekomen Overeenkomst, opgesteld op basis van artikel K.3, lid 2, onder c, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn (*EU-corruptieverdrag*),
- het op 19 juni 1997 te Brussel totstandgekomen Tweede Protocol, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen,
- het op 27 januari 1999 te Straatsburg totstandgekomen Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (*RvE-corruptieverdrag*)
- en het op 5 mei 1998 te Straatsburg totstandgekomen Statuut betreffende de Groep van Staten tegen corruptie (*GRECO-statuut*)

Hoewel het Nederlandse parlement de nieuwe instrumenten verwelkomde, begon ook de vraag te rijzen “of de overzichtelijkheid gediend is bij een groot aantal naast

¹⁹⁸ *Stb.* 2009, 484.

¹⁹⁹ ‘Second Evaluation Round. Compliance Report on the Netherlands’, Straatsburg 19 oktober 2007 (Greco RC-II (2007) 7E), paragraaf 29-30, p. 6.

²⁰⁰ Rijkswet van 22 juni 2001, *Stb* 2001, 315.

elkaar bestaande fraudeverdragen, die bovendien ook nog eens deels overlappend zijn en deels verschillende werking hebben.”²⁰¹ In ieder geval heeft de goedkeuring van bovenstaande verdragen niet geleid tot een inhoudelijke wijziging van de Nederlandse strafwetgeving.

Goedkeuring VN-corruptieverdrag

Eerder is besproken dat de Nederlandse goedkeuring van het verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie lang op zich heeft laten wachten. In zijn advies op het goedkeuringswetvoorstel was de Raad van State verbaasd en wellicht ook wel teleurgesteld over de trage gang van zaken. “Het zou naar het oordeel van de Raad een belangrijk signaal van de zijde van het Koninkrijk zijn geweest, wanneer het Koninkrijk had behoord tot de eerste dertig landen, wier ratificaties het verdrag in werking hebben doen treden.”²⁰² In 2006 had de Nederlandse regering plotseling grote haast met de ratificatie van het verdrag, omdat in december van dat jaar de eerste Conference of State Parties²⁰³ gehouden zou gaan worden. Om als staat volledig te kunnen deelnemen aan die conferentie is vereist dat het VN-corruptieverdrag is geratificeerd.

De goedkeuring heeft plaatsgevonden middels de procedure van stilzwijgende goedkeuring, hetgeen betekent dat de Tweede en Eerste Kamer geen enkel woord gewijd hebben aan het verdrag. De enige wijziging van wetgeving waartoe de goedkeuring van het verdrag noopte was de toevoeging van het verdrag aan de lange lijst van verdragen die uitlevering mogelijk maken in artikel 51a van de Uitleveringswet. Deze aanvulling liet overigens nog eens drie-en-een-half jaar op zich wachten.²⁰⁴

5.5.3 Omkoping en uitlokking

In voorgaande paragrafen is uitvoerig ingegaan op de gedraging van de omkoper. Kort gezegd probeert hij door het aanbieden van een gift, belofte of dienst een ambtenaar zo ver te krijgen dat die iets voor de omkoper (of voor een ander) doet (of nalaat). Niet van belang voor zijn strafbaarheid is of de ambtenaar ingaat op de aanbieding; het verwijt dat de omkoper gemaakt wordt, is dat hij de intentie heeft een ambtenaar te beïnvloeden en die intentie vervolgens uitvoert. Hiervoor is zijdelings aan de orde gekomen hoe deze gedraging van de omkoper wellicht tevens als (poging tot) uitlokking kan worden aangemerkt.

Er bestaat zoals gezegd een overlap tussen de strafbaarstelling van actieve omkoping en die van uitlokking. Strafbare uitlokking, neergelegd in artikel 47 lid 1 onder

²⁰¹ Deze vraag werd opgeworpen door de VVD-fractie. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R 1671), nr. 5, p. 2.

²⁰² *Kamerstukken I/II* 2006/07, 30 808 (R 1815), nr. 2, p. 1.

²⁰³ Zie hiervoor in paragraaf 4.7.

²⁰⁴ *Stb.* 2009, 525, in werking getreden per 1 april 2010.

2° Sr, vereist de gebruikmaking van een der in die bepaling neergelegde uitlokingsmiddelen. En onder die middelen zijn mede de gift en de belofte begrepen (de dienst ontbreekt als uitlokingsmiddel), welke ook meteen het object vormen van de passieve omkoping waartoe de omkoper uitlokt.

Wanneer de omkoper echter een dienst als omkopingsmiddel gebruikt, zou dat volgens de huidige wetgeving strikt genomen niet tot uitlokking van passieve omkoping kunnen worden gerekend. Door immers de dienst expliciet te noemen in de omkopingsbepalingen, heeft de wetgever bepaalde gunsten 'weggekaapt' van de term 'gift' en ondergebracht bij 'dienst'.²⁰⁵ Maar nu in artikel 47 lid 1 onder 2° de dienst niet wordt genoemd als uitlokingsmiddel, moet hier kennelijk de gift nog steeds in zijn ruime betekenis worden begrepen, hetgeen betekent dat de dienst er ook onder valt. Deze verschillende betekenis van de 'gift' is nodeloos verwarrend.

In paragraaf 5.5.1.9.1 is opgemerkt hoe voor 1 februari 2001, ter omzeiling van de niet-strafbaarheid van actieve omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht van de ambtenaar, deze vorm van omkoping werd vervolgd als de uitlokking van passieve omkoping. Dit lijkt overigens in strijd te zijn met hetgeen de wetgever van 1881 voor ogen had. Hiervoor in paragraaf 5.2.2 werd duidelijk dat de wetgever destijds niet de mogelijkheid wilde bieden om de actieve omkoper te bestraffen als deelnemer aan passieve omkoping. Wel zou de omkoper kunnen worden aangemerkt als de uitlokker van hetgeen de ambtenaar als wederdienst verricht. Die wederdienst dient dan wel een misdrijf te zijn. Men achtte het niet mogelijk dat de omkoper strafbaar was wegens uitlokking tot het misdrijf passieve omkoping.²⁰⁶ Ik deel de opvatting dat uitlokking niet gericht kan zijn op passieve omkoping, omdat het opzet van de uitlokker niet gericht zal zijn op de passieve omkoping, maar op het doel van de omkoping. De omkoper geeft niet een omkopings- of uitlokingsmiddel aan een ambtenaar met het doel die ambtenaar te bewegen tot passieve omkoping, maar met doel de ambtenaar te bewegen tot een bepaalde gedraging. Het gaat de omkoper slechts om het feit dat hij de ambtenaar wil laten plegen en dus niet zozeer om de (passieve) omkoping zelf.

Sommige feitenconstructies zullen kunnen worden gekwalificeerd als zowel omkoping tot een gedraging in strijd met plicht van de ambtenaar als uitlokking van een misdrijf. Veroordeling is dan uiteraard slechts mogelijk voor één van de twee constructies. Omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht kunnen geheel niet vanuit de uitlokingsconstructie worden benaderd, omdat de beoogde gedraging van de ambtenaar geen misdrijf is en er dus niet wordt uitgelokt tot een misdrijf.

²⁰⁵ Zie hiervoor in paragraaf 5.5.1.3.

²⁰⁶ Deze mening is ook 't Hooft toegegaan: "*Immers men koopt niet om, opdat de ambtenaar omgekocht worde, doch opdat hij een bepaald feit plege. De omkoper heeft niets aan de passieve omkoping, als niet het beoogde feit daarop volgt.*" (H.P. 't Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 85).

De wetswijziging in 2001 heeft zoals gezegd door invoeging van artikel 177a Sr deze omweg voor de bestraffing van de actieve omkoper onnodig gemaakt. Per 1 april 2010 is bovendien de boetecategorie voor actieve omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht verhoogd,²⁰⁷ zodat die gelijk is aan de boetecategorie bij passieve omkoping. Daardoor is ook het laatste argument om voor een uitlokkingsconstructie te kiezen – de mogelijkheid om een hogere geldboete te kunnen opleggen – komen te vervallen.

5.5.4 Het begrip ‘ambtenaar’

5.5.4.1 Vanaf 1886

Bij de bespreking hierboven van actieve en passieve omkoping is een belangrijk bestanddeel van de delictsomschrijvingen niet aan de orde gekomen. Actieve noch passieve omkoping kan immers als zodanig bestaan zonder dat een *ambtenaar* (direct dan wel indirect) erbij betrokken is. Het lijkt daardoor onvermijdelijk dat in dit onderzoek zal moeten worden stilgestaan bij de vraag wat onder dat begrip ‘ambtenaar’ dient te worden verstaan. Toch is besloten dit onderwerp slechts summier te behandelen. Een reden die daaraan ten grondslag ligt, is dat het onderwerp door Sikkema reeds zeer omvattend is besproken in zijn dissertatie.²⁰⁸ Daarom wordt hier slechts een korte weergave gegeven van het begrip ambtenaar, zoals dat relevant is voor het onderwerp van dit onderzoek: de omkoping van buitenlandse ambtenaren.

Het begrip ambtenaar is niet gedefinieerd in het Wetboek van Strafrecht. De wetgever van 1881 had wel enige definities overwogen, maar besloot die toch niet in de wet op te nemen. Volgens de memorie van toelichting bij Titel IX van Boek I, de betekenissentitel, is het niet de bedoeling van de wetgever om in het algemeen de in het Wetboek gebezigde uitdrukkingen te definiëren. Want, zo luidt de memorie: “*de uitlegging der wet is de taak des regters, niet die des wetgevers*”.²⁰⁹ Titel IX van Boek I “*is noodig om de technische beteekenis aan te wijzen van die uitdrukkingen, die in [het Wetboek van Strafrecht, GS], hetzij eene ruimere, hetzij eene engere beteekenis hebben dan elders, of die elders dubbelzinnig zijn*”, zo verdedigde Minister Modderman zijn wetsvoorstel in 1880 in de Tweede Kamer.²¹⁰ Uitdrukkingen die de wetgever algemeen bekend acht, worden niet uitgelegd in het Wetboek, want “*een Wetboek mag niet zijn*

²⁰⁷ *Stb.* 2009, 525.

²⁰⁸ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, hoofdstuk 2 tot en met 4.

²⁰⁹ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 526.

²¹⁰ *Idem*, p. 527.

*een leerboek.*²¹¹ Derhalve worden slechts de afwijkingen van die algemene bekendheden uitgelegd. Artikel 84 Sr, opgenomen in de betekenisentitel vormt dus slechts een uitbreiding van het begrip ‘ambtenaar’²¹² bovenop de betekenis die het begrip ‘elders’ heeft en houdt zeker geen uitputtende definitie in.

Hoewel de wetgever de omschrijving van het begrip ‘ambtenaar’ als bekend onderstelde, schreef ’t Hooft kort daarna dat het woord ‘ambtenaar’ misschien wel het moeilijkste woord in de wet is om een duidelijk begrip voor vast te stellen.²¹³

In de periode na 1886 is in de rechtspraak (en literatuur)²¹⁴ een definitie ontwikkeld die samen met de uitbreiding van artikel 84 Sr het begrip een zelfstandige, autonome betekenis in het strafrecht heeft gegeven die ruimer is dan de betekenis in het dagelijks spraakgebruik²¹⁵ en dan die in het ambtenarenrecht.²¹⁶ Een eerste definitie gaf de Hoge Raad in 1911, toen hij bepaalde dat een brievenbesteller der postereijen een ambtenaar is, “*daar hij door het openbaar gezag is aangesteld tot eene openbare betrekking om te verrichten een deel van den taak van den Staat of zijne organen.*”²¹⁷ In de periode erna is deze definitie nader uitgelegd, aangepast en uitgebreid²¹⁸ tot in 1995 de Hoge Raad een uitleg van het begrip ‘ambtenaar’ gaf die tot op heden gehanteerd wordt.

In een arrest dat betrekking had op de betekenis van het begrip ‘ambtenaar’ zoals dat in artikel 249 lid 2 Sr is opgenomen, overwoog de Hoge Raad dat als ambtenaar

²¹¹ Idem, p. 527.

²¹² Dit blijkt ook reeds uit het woordgebruik van de bepaling. Met “onder ambtenaren worden *begrepen*” wordt bedoeld dat hetgeen in de bepaling wordt genoemd een uitbreiding vormt op het ambtenarenbegrip zoals dat elders in andere wetgeving, dan wel in het dagelijks spraakgebruik wordt gebezigd. De uitdrukking “onder ... wordt begrepen” moet worden onderscheiden van “onder ... wordt verstaan”, hetgeen wel een uitputtende definitie inhoudt, meende de wetgever van 1881. Zie idem, p. 526-527 en p. 534.

²¹³ H.P. ’t Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 10.

²¹⁴ Zie voor een greep uit de definities die in oudere literatuur voor het begrip ambtenaar zijn opgesteld H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 489-490.

²¹⁵ Voor zover kan worden gezegd dat een woordenboek een weergave is van het dagelijks spraakgebruik, kan worden verwezen naar “Dé Dikke Van Dale”, volgens welke een ambtenaar is een ‘persoon die aangesteld is in een door de overheid beheerde dienst’.

²¹⁶ Artikel 1 lid 1 van de Ambtenarenwet luidt dat ambtenaar in de zin van deze wet degene is, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. Die openbare dienst wordt nader in het tweede lid uitgelegd: “Tot den openbaren dienst behooren alle diensten en bedrijven door den Staat en de openbare lichamen beheerd.”

²¹⁷ HR 30 januari 1911, W 9149. Ontleend aan H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 491

²¹⁸ Zie onder meer HR 15 oktober 1915, *NJ* 1915, p. 1205; HR 5 november 1934, *NJ* 1935, 337; HR 7 oktober 1947, *NJ* 1948, 39.

moet worden aangemerkt “*degene die onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd teneinde een deel van de taak van de Staat of zijn organen te verrichten.*”²¹⁹ De wijziging van “door” in “onder toezicht en verantwoordelijkheid van” maakte het mogelijk dat ook de in het arrest genoemde medewerker van de geprivatiseerde reclasseringsinstelling voor het strafrecht als ambtenaar kon worden aangemerkt. Hoewel op basis van voorlopers van deze definitie werknemers van overheidsbedrijven reeds werden gezien als ambtenaren²²⁰ en met dit arrest deze lijn werd doorgetrokken naar medewerkers van geprivatiseerde overheidsdiensten die een publieke dienst beheren, beperkte de Hoge Raad in een arrest uit 2009 deze ruime uitleg weer enigszins.²²¹ Twee aspirant-hoofdconducteurs van de NS, zonder hoedanigheid van buitengewoon opsporingsambtenaar²²² en niet aangesteld onder (direct) toezicht en verantwoording van de overheid, konden niet worden gezien als ambtenaar in de zin van artikel 304 Sr, zo bepaalde de Hoge Raad.²²³ Voor medewerkers van private bedrijven die publieke diensten aanbieden geldt derhalve niet zonder meer²²⁴ dat zij voor het strafrecht als ambtenaar worden aangemerkt.

²¹⁹ HR 30 mei 1995, *NJ* 1995, 620.

²²⁰ Zoals de directeur van de gemeentelijke gasfabriek (HR 2 november 1925, *NJ* 1925, p. 1254), de bureelambtenaar van de PTT (HR 5 november 1934, *NJ* 1935, 337) en de trambestuurster van een gemeentelijk vervoersbedrijf (HR 1 december 1992, *NJ* 1993, 354).

²²¹ HR 7 april 2009, *NJ* 2009, 187.

²²² Voor 1 januari 2005 werden “de bestuurders benevens de beëdigde beambten en bedienden van spoorwegdiensten” op grond van artikel 183 Sr aangemerkt als ambtenaar. Met de inwerkingtreding van de nieuwe Spoorwegwet in 2005 (*Stb.* 2003, 264) is deze bijzondere positie komen te vervallen.

²²³ Het Hof had, zich bewust van de autonome betekenis van het begrip ‘ambtenaar’ in het strafrecht, nog gemeend dat de functie van aspirant-hoofdconducteurs een zodanig openbaar karakter heeft, dat zij toch als ambtenaar kunnen worden aangemerkt.

²²⁴ Dit bleek overigens ook reeds a contrario uit HR 30 mei 1995, *NJ* 1995, 620, waar de Hoge Raad op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van de regelgeving ter privatisering van de reclassering aannam dat reclasseringsmedewerkers toch onder omstandigheden voor het strafrecht als ambtenaar kunnen worden aangemerkt. In HR 18 mei 2004, *NJ* 2004, 527 werd een beveiligder die in dienst was van een particulier beveiligingsbedrijf in zijn taak van beveiligder van de Technische Universiteit in Delft toch aangemerkt als ambtenaar in de zin van artikel 139 Sr omdat hij door de TU bevoegd was verklaard om personen de toegang tot de gebouwen te weigeren en daartoe een vordering te doen. Nu de TU rechtspersoonlijkheid naar publiekrecht bezit, kon gezegd worden dat de beveiligder was aangesteld onder toezicht en verantwoording van een overheidsorgaan. Steeds is dus wel meer nodig dan het enkele feit dat de betreffende persoon ‘iets openbaars’ doet.

Sikkema meent dat naar aanleiding van de jurisprudentie gesproken kan worden van een ‘functioneel en materieel ambtenarenbegrip’.²²⁵ De Hoge Raad hanteert een ruime definitie van het begrip, waarbij de functie en werkzaamheden van de betreffende persoon bepalend zijn voor de vraag of hij voor het strafrecht als ambtenaar kan worden aangemerkt, concludeert Sikkema.

Rechtspersonen als ambtenaar?

Het is niet zeker of rechtspersonen in Nederland ook wegens *passieve* ambtelijke omkoping strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. De artikelen 362 en 363 Sr vereisen dat degene die de delictsomschrijving vervult de hoedanigheid van ambtenaar heeft en artikel 364 Sr vereist de hoedanigheid van rechter.

Dit roept een aantal vragen op. Is voldoende (of juist vereist) dat de natuurlijke persoon die de feitelijke gedraging verricht, aangemerkt wordt als ambtenaar en dat de gedraging van die ambtenaar redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend? Of is voor de vervulling van de delictsomschrijving van de artikelen 362, 363 of 364 Sr door een rechtspersoon vereist dat de rechtspersoon *zelf* als zodanig als ambtenaar kan worden aangemerkt?

Bij de totstandkoming in 1975 van artikel 51 Sr is door de toenmalige Minister van Justitie aangegeven dat er delicten zijn die feitelijk niet door rechtspersonen kunnen worden begaan. Hij noemt daarbij onder meer ambtsmisdrijven.²²⁶ Daarmee is echter niet onbetwistbaar vastgesteld dat rechtspersonen in het geheel geen ambtsmisdrijven (of andere kwaliteitsdelicten) kunnen begaan. De Hullu meent dat rechtspersonen in beginsel elk strafbaar feit kunnen begaan, het Wetboek van Strafrecht geeft hiertoe geen expliciete beperking.²²⁷ Ook Keupink meent dat corporatief daderschap, ofwel daderschap van rechtspersonen, mogelijk is bij alle strafbare feiten, tenzij de wetgever zelf heeft aangegeven dat een bepaald delict slechts door natuurlijke personen (of juist slechts door rechtspersonen) kan worden begaan.²²⁸

²²⁵ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 36.

²²⁶ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 655, nr. 3, p. 14 (MvT). De Minister noemt voorts bigamie, verkrachting, luchtpiraterij, baldadigheid, landloperij en openbare dronkenschap in een niet-limitatieve opsomming van misdrijven en overtredingen waarvan het feitelijk niet mogelijk is dat rechtspersonen deze plegen.

²²⁷ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 163.

²²⁸ B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel ‘zorgen’ in het materiële strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 70.

In het algemeen is moeilijk denkbaar, zo niet onmogelijk, dat een rechtspersoon zelf, dus zonder tussenkomst van enig natuurlijk persoon, de fysieke gedragingen verricht die strafbaar zijn gesteld. De fysieke gedraging van passieve omkoping kan een rechtspersoon echter wel verrichten. Een rechtspersoon met een bankrekening kan daarop immers wel financiële giften ontvangen en derhalve voldoen aan het bestanddeel ‘aannemen’.²²⁹ De wederdienst van de ambtenaar die tegenover de gift staat, kan echter niet zonder tussenkomst van enig natuurlijk persoon geschieden. De daadwerkelijke verrichting van die wederdienst is echter geen voorwaarde voor strafbaarheid en dus zou in theorie de rechtspersoon min of meer²³⁰ zelfstandig dat aannemen kunnen verrichten.

Dan blijft over het probleem van de ambtelijke hoedanigheid. In de meeste gevallen zullen rechtspersonen als dader kunnen worden aangemerkt via de constructie van het functioneel daderschap en anders nog via medeplegen of uitlokken. En dan is niet langer vereist dat de rechtspersoon kan worden aangemerkt als ambtenaar.²³¹ Dan is echter nog wel een probleem dat wanneer de rechtspersonen aan wie als functioneel dader het handelen van ambtenaren kan worden toegerekend de Staat is, de strafrechtelijke immuniteit van de Staat aan vervolging in de weg staat. Bij andere publiekrechtelijke rechtspersonen zoals lagere overheden en overheidsorganen speelt dit niet, aangezien die rechtspersonen slechts immuniteit toekomt voor zover het gaat om een exclusieve overheidstaak. Van omkoping kan moeilijk worden beweerd dat het een exclusieve overheidstaak is. Dit betekent dat de feitelijk leidinggevende van een overheidsorgaan niet zijnde de Staat kan worden vervolgd wegens passieve omkoping gepleegd door zijn ondergeschikten.²³²

Maar is het ook mogelijk de publiekrechtelijke rechtspersoon onder het begrip ambtenaar uit de omkopingsbepalingen te brengen? Sikkema stelt dat men op basis van het functionele en materiële ambtenarenbegrip zou kunnen aanvoeren dat ook de rechtspersoon die een overheidstaak verricht als ambtenaar kan worden aangemerkt. Hij merkt echter op dat de aard van de betreffende taak dan niet doorslaggevend is en dat het erom gaat of de persoon onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid is aangesteld, in de ruime zin van het woord. Daar loopt het volgens Sikkema fout: het is de vraag of een rechtspersoon kan worden aangesteld en hij meent dat moeilijk gezegd kan worden dat de (rechtspersoonlijkheid bezittende)

²²⁹ De vraag is dan echter weer of de giften ook worden *geaccepteerd* (zie hiervoor paragraaf 5.5.1.6).

²³⁰ Ook de bankrekening wordt uiteindelijk weer (direct dan wel indirect) beheerd door een natuurlijk persoon.

²³¹ Zie hiervoor in paragraaf 5.5.3.

²³² Dit blijkt uit de Pikmeerarresten, HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 en HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367.

Nederlandse Staat onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid functioneert.²³³ Dit is niet anders voor lagere overheden en overheidsorganen.

Voor privaatrechtelijke rechtspersonen zijn wellicht echter, zij het met enige ruimdenkendheid of zo men wil fantasie, gevallen denkbaar waarin de rechtspersoon zelf als *pleger* van het delict passieve omkoping kan worden vervolgd. Het gaat dan om gevallen waarin de rechtspersoon *zelf* onder een ruim begrip van ‘ambtenaar’ valt.

Een privaatrechtelijke rechtspersoon kan weliswaar geen politieagent zijn, maar wel degelijk kan een privaatrechtelijke rechtspersoon (tijdelijk) met een openbare dienst belast zijn. Gesteld kan worden dat het autogaragebedrijf bijvoorbeeld dat keuringen uitvoert in het kader van de APK, voor die periode belast is met een openbare dienst. Daarmee kan de garage wellicht als (equivalent van) een ambtenaar worden aangemerkt. Deze gelijkstelling is het Wetboek van Strafrecht niet vreemd. De in artikelen 359 tot en met 361 Sr strafbaar gestelde ambtsmisdrijven (verduistering door een ambtenaar en valsheid in boeken of registers) richten zich namelijk tot “de ambtenaar of een ander met enige openbare dienst voortdurend of tijdelijk belast persoon”. Ook in artikel 184 Sr (niet voldoen aan een ambtelijk bevel) wordt een ieder – dit kan dus ook een rechtspersoon zijn – die voortdurend of tijdelijk met enige openbare dienst belast is, gelijkgesteld aan een ambtenaar. Daarom zou de uitbreiding tot andere met enige openbare dienst voortdurend of tijdelijk belaste personen niet tevens kunnen gelden voor het delict van passieve omkoping? De schade voor de staat wanneer een dergelijke persoon zich laat omkopen is er niet minder om.

Als deze lijn gevolgd wordt, kan betoogd worden dat de garage die tegen (extra) betaling auto’s goedkeurt voor de APK terwijl in werkelijkheid de auto’s niet goedgekeurd hadden mogen worden, zich als rechtspersoon schuldig maakt aan passieve omkoping. In de praktijk zal het garagebedrijf echter (slechts) voor valsheid in geschrifte worden vervolgd. Ook in dit voorbeeld is de rechtspersoon echter geen ambtenaar, maar een aan een ambtenaar gelijk gestelde persoon die (tijdelijk) met een openbare dienst is belast.

Het is dus wel degelijk mogelijk om rechtspersonen te vervolgen wegens passieve omkoping. Het aanmerken van een rechtspersoon als ambtenaar lijkt echter niet mogelijk te zijn. Sikkema meent dat een uitbreiding van het ambtenarenbegrip zodat daar ook rechtspersonen onder (kunnen) vallen, onwenselijk is.²³⁴ Het is bovendien ook niet nodig om een dergelijke stap te maken, nu de deelnemingsvor-

²³³ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 164.

²³⁴ *Idem*.

men en het functioneel ouderschap het overbodig maken dat de rechtspersoon die ambtelijke hoedanigheid bezit.

5.5.4.2 Uitbreiding van het begrip ‘ambtenaar’ in de nieuwe omkopingsbepalingen

De herziening van de omkopingsbepalingen in 2001 heeft ook gevolgen gehad voor de betekenis en reikwijdte van het begrip ambtenaar. Deze uitbreiding geldt niet voor het gehele strafrecht, maar slechts voor de omkopingsbepalingen en enkele andere bepalingen. Het begrip ambtenaar in het overige deel van het commune strafrecht is nagenoeg ongewijzigd gebleven.²³⁵ Derhalve geldt bij de omkopingsbepalingen sinds 2001 een ruimer ambtenarenbegrip dan in ‘de rest’ van het strafrecht.

5.5.4.2.1 Ex-ambtenaar en toekomstig ambtenaar

Personen die niet langer als ambtenaar werkzaam zijn, kunnen onder omstandigheden toch als ambtenaar voor het strafrecht worden aangemerkt. De in 2001 nieuw ingevoegde artikelen 178a Sr en 364a Sr worden door de Minister gelijkstellingsbepalingen genoemd.²³⁶ Ze stellen een aantal categorieën personen gelijk met het begrip ambtenaar als bedoeld in de omkopingsbepalingen. Het tweede lid van beide artikelen stelt voormalige ambtenaren gelijk met ambtenaren als genoemd in de artikelen 177, eerste lid onder 2°, 177a, eerste lid onder 2°, 362, onder 2° en 4°, en 363, onder 2° en 4° Sr. Het betreft dus steeds slechts de omkoping achteraf, waarbij de ambtenaar eerst de wederdienst heeft verricht en pas daarna het omkopingsmiddel wordt aangeboden, aangenomen of gevraagd. In de artikelen 177, eerste lid onder 2°, 177a, eerste lid onder 2°, 362, onder 2° en 4°, en 363, onder 2° en 4° Sr is bovendien de passage ‘in zijn bediening’ gewijzigd in ‘in zijn huidige of vroegere bediening’. Deze wijziging ziet voornamelijk op de ambtenaar die van functie wisselt, maar die nog wel ambtenaar blijft.²³⁷

Het doel van de bepaling was om een ontsnapmogelijkheid af te sluiten die in de oude situatie bestond. Niet ondenkbaar was immers de situatie waarin de ambtenaar pas na zijn pensioen of ontslag als ambtenaar het voordeel incasseerde waarvoor hij vóór dat pensioen of ontslag een bepaalde gedraging had verricht.

²³⁵ De herziening in 2001 bracht wel een wijziging aan in artikel 84. Deze wijziging van het eerste lid betrof echter een louter technische wijziging, opdat de formulering beter aansluit bij die in de Grondwet (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 11).

²³⁶ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 5, p. 3.

²³⁷ Doorenbos stelde hiervoor een andere wijziging voor. Door de woorden ‘in zijn bediening’ te wijzigen in ‘in een ambtelijke bediening’, zou het probleem van functiewijzigingen worden ondervangen. Doorenbos meende dat verdere uitbreiding van de ambtelijke hoedanigheid onwenselijk was. Zie D.R. Doorenbos, ‘Ambtelijke corruptie’, *DD 28* (1998), afl. 4, p. 357.

In de situatie voor 2001 bleek zelfs een functiewisseling van de ambtenaar strafrechtelijk optreden wegens passieve omkoping in de weg te kunnen staan, zelfs wanneer de betrokkene nog steeds als ambtenaar werkzaam was. Wanneer hij in zijn vorige functie een gedraging had verricht waarvoor hij na zijn functiewisseling een voordeel aannam, kon niet zonder meer gezegd worden dat hij als ambtenaar, *in dezelfde functie* als waarin hij die gedraging had verricht, een voordeel had aangenomen.²³⁸

Behalve op ‘huidige’ ambtenaren en ex-ambtenaren hebben de omkopingsbepalingen sinds 2001 tevens betrekking op personen die nog geen ambtenaar zijn. De artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr bevatten alle in het tweede lid een uitbreiding van het begrip ‘ambtenaar’ tot personen “*in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd*”.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel bevatte deze uitbreiding niet. In het voorstel van Van Oven en Van Heemst was wel een uitbreiding tot toekomstige ambtenaren opgenomen, maar dit was verwerkt in de ‘basis’-strafbaarstellingen in het eerste lid van de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr.²³⁹ Het voorstel van Van Oven en Van Heemst was echter ten aanzien van toekomstige ambtenaren zeer ruim geformuleerd, nu voor strafbaarheid van de omkoper en omgekochte niet vereist was dat de laatste daadwerkelijk uiteindelijk werd aangesteld als ambtenaar.²⁴⁰ De Minister vond een dergelijke bepaling te ver gaan “*omdat daarmee een strafbaarstelling met betrekking tot ambtelijke omkoping wordt gecreëerd zonder dat vaststaat dat de betrokkene in de positie komt te verkeren om inbreuk te maken op het te beschermen rechtsgoed*”²⁴¹, waaronder “*het behoud van vertrouwen in een objectief functionerend overheidsapparaat*”²⁴² moest worden begrepen. Hij was echter wel tot het nadere inzicht gekomen dat “*de situatie dat de omgekochte niet-ambtenaar uiteindelijk wel binnen het beoogde ambtelijk apparaat werkzaam zal zijn*” niet ondenkbeeldig is. In de door de regering voorgestelde bepalingen²⁴³ die de wet wel hebben gehaald, ontstaat straf-

²³⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 5.

²³⁹ Kamerstukken II 1997/98, 26 002, nr. 2.

²⁴⁰ De strafbaarstelling in het door Van Oven en Van Heemst voorgestelde artikel 177 lid 1 onder 1° Sr luidt: “*hij die een persoon een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent met het oogmerk om hem te bewegen, in strijd met zijn plicht als ambtenaar, in zijn huidige of toekomstige bediening iets te doen of na te laten*”, het voorgestelde artikel 363 lid 1 onder 1° Sr luidt: “*hij die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht als ambtenaar, in zijn huidige of toekomstige bediening iets te doen of na te laten*”. Strafbaarheid bestaat los van de voorwaardelijke omstandigheid dat degene tot wie de gift gericht is daadwerkelijk ambtenaar wordt.

²⁴¹ Kamerstukken II 1999/2000, 26 469, nr. 5, p. 5. Het citaat wijkt af van de originele tekst van het kamerstuk omdat ‘betrokkene’ verbeterd is in ‘betrokkene’.

²⁴² Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 5.

²⁴³ Kamerstukken II 1999/2000, 26 469, nr. 6.

baarheid pas op het moment waarop de betrokkene daadwerkelijk wordt aangesteld als ambtenaar.

Het tweede lid van de artikelen 362 en 363 Sr ziet op gevallen waarin een persoon met enige zekerheid²⁴⁴ verwacht dat hij zal worden aangesteld als ambtenaar en die voordat zijn aanstelling een feit is een voordeel aanneemt. De beoogde wederdienst zal er één moeten zijn die mogelijk is door zijn hoedanigheid van ambtenaar. Het moet immers om een wederdienst gaan die hij in zijn bediening verricht, een handelen of nalaten die een ambtelijke hoedanigheid vereist. Die wederdienst kan hij dus pas verrichten zodra hij ambtenaar geworden is. Maar net zoals bij ‘gewone’ omkoping is voor strafbaarheid niet vereist dat hij die wederdienst daadwerkelijk verricht. Voldoende is dat hij het voordeel aanneemt of vraagt en dat hij vervolgens als ambtenaar wordt aangesteld. Ook voor de strafbaarheid van de omkoper gelden deze voorwaarden.

Uit de passage *indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd* blijkt dat de aanstelling als ambtenaar een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid is.²⁴⁵ De aanstelling als ambtenaar is “*een omstandigheid, die intreedt nadat de in de wet omschreven gedraging, eventueel met haar constitutief gevolg, heeft plaatsgehadt en die daaraan eerst het strafbare karakter verleent.*”²⁴⁶ De aanstelling vestigt de strafbaarheid. Wanneer een ‘ambtenaar in spe’ een voordeel aangeboden krijgt en als eerlijk burger daarvan aangifte bij de politie doet, kan strafrechtelijk niets tegen de omkopers ondernomen worden, zolang de aangever niet is aangesteld als ambtenaar. Wanneer om wat voor reden dan ook de aanstelling van de omgekochte persoon als ambtenaar geen doorgang vindt, ontstaat geen strafbaarheid. Dit is ook het geval wanneer de ambtelijke organisatie op de hoogte raakt van het ‘complot’ dat de omkoper en de sollicitant voor de functie van ambtenaar hebben gesmeed. Als die ambtelijke organisatie om die reden dan (terecht) besluit de sollicitant toch niet aan te nemen, vervalt de mogelijkheid om de deelnemers van het complot strafrechtelijk aan te pakken.

Hieruit blijkt eens te meer dat ook bij de strafbaarstelling van *actieve* omkoping het te beschermen rechtsgoed (slechts) het behoud van vertrouwen in een objectief functionerend overheidsapparaat is en in veel mindere mate de bescherming van de eerlijke mededinging.²⁴⁷ De actieve omkoper heeft zijn aandeel in de omkoping immers volbracht op het moment hij het voordeel aanbiedt en daarmee heeft hij

²⁴⁴ De woorden “in het vooruitzicht van” moeten volgens de wetgever worden begrepen als “omstandigheden die erop wijzen dat betrokkene daadwerkelijk zal worden aangesteld als ambtenaar” (*Kamerstukken II, 1999/2000, 26 469, nr. 6, p. 2*).

²⁴⁵ A.J. Machielse, ‘art. 177 Sr, aant. 4’, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon|Langemeijer|Rommeling)*, losbladig.

²⁴⁶ J. Rommeling, *D. Hazewinkel-Suringa’s Inleiding tot de studie van het Nederlands Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 135.

²⁴⁷ En dat terwijl dit nu juist wel een doelstelling is van bijvoorbeeld het OECD-corruptieverdrag is. Zie hiervoor in paragraaf 3.2.2.2.

zijn kwade bedoelingen getoond, maar door de externe omstandigheid dat de omgekochte uiteindelijk geen ambtenaar wordt, is het delict niet voltooid en is de omkoper niet strafbaar.

Men zou nog kunnen menen dat hier wel sprake is van strafbaarheid wegens poging tot omkoping. Gesteld kan worden dat gedragingen zijn verricht die naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat voorgenomen misdrijf.²⁴⁸ Daarvan is sprake wanneer een omkoper een voordeel aan de toekomstige ambtenaar geeft en die toekomstige ambtenaar dat voordeel accepteert en aanneemt.

Tegengeworpen kan worden dat de aanstelling als ambtenaar een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid is en zonder de vervulling van die voorwaarde immers geen strafbaarheid ontstaat. Het is echter niet zo dat geen poging kan bestaan wanneer de bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid niet wordt vervuld. Ik meen echter dat in het geval van omkoping van toekomstige ambtenaren geen strafbare poging kan worden aangenomen wanneer de aanstelling als ambtenaar niet volgt.

Een vergelijking zou kunnen worden gemaakt met brandstichting waarbij de brand niet doorzet, zodat daarvan geen ‘gemeen gevaar voor goederen’ of ‘levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander’ te duchten is en het feit ook niet iemands dood ten gevolge heeft. Het intreden van (één van) deze gevolgen is vereist om strafbaarheid wegens het (voltooid) misdrijf van artikel 157 Sr te doen ontstaan. Het zijn dus bijkomende voorwaarden voor strafbaarheid. In het geval dat door ‘eenige onvoorziene gebeurtenis’²⁴⁹ het misdrijf niet is voltooid, kan (onder omstandigheden) wel vervolging worden ingesteld wegens poging tot brandstichting. Een verschil met de situatie van de omkoping van toekomstige ambtenaren is dat de hierboven genoemde gevaren en het overlijden van een persoon de gevolgen zijn van de strafbare brandstichting. Bij de omkoping van een toekomstige ambtenaar is (meestal) de uiteindelijke aanstelling als ambtenaar niet het gevolg van de omkoping. De aard van de bijkomende voorwaarden voor strafbaarheid is dus verschillend. Daarom is de vergelijking van omkoping van toekomstige ambtenaren met brandstichting minder goed mogelijk.

Een beter vergelijkbaar delict, waarbij de bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid niet, althans niet slechts het gevolg is van de gedraging van de pleger, is de verzwijging van een ophanden zijnd misdrijf, dat strafbaar gesteld is in artikel 135 Sr. Iemand is strafbaar wanneer hij kennis draagt van een strafbare samenspanning op een moment dat het ophanden zijnde misdrijf nog kan worden voorkomen, hij deze kennis opzettelijk niet meldt bij de opsporingsautoriteiten en – als bijkomende

²⁴⁸ HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52 (Cito-arrest).

²⁴⁹ HR 19 maart 1934, NJ 1934, p. 450 e.v. Zie hierover ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 380.

voorwaarde voor strafbaarheid – het misdrijf is gevolgd. Wanneer het ophanden zijnde misdrijf niet volgt, is de ‘verzwijger’ niet strafbaar. Een poging tot het verzwijgen van een ophanden zijnde misdrijf is dan niet mogelijk.

Op grond van bovenstaande overwegingen acht ik een strafbare poging tot (zowel actieve als passieve) omkoping van toekomstige ambtenaren niet mogelijk indien de aanstelling als ambtenaar niet volgt.

5.5.4.2.2 Buitenlandse ambtenaren

De goedkeuring van het EU-corruptieprotocol en het OECD-corruptieverdrag had tot gevolg dat de Nederlandse wet ook de strafbaarheid van omkoping van buitenlandse ambtenaren moest regelen.²⁵⁰ De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen de omkoping van buitenlandse ambtenaren te integreren in de bestaande strafbaarstellingen van omkoping, door die mede van toepassing te verklaren op gevallen waarin de ambtenaar in dienst is van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie. Hiertoe is na de strafbaarstellingen van actieve omkoping een nieuw artikel 178a lid 1 Sr opgenomen. De strafbaarstelling van passieve omkoping is aangevuld met een nieuw artikel 364a lid 1 Sr. Beide bepalingen zijn vrijwel identiek – alleen verwijst eerstgenoemde naar artikelen 177 en 177a Sr en laatstgenoemde naar de artikelen 361 tot en met 363, 365 tot en met 368 en 376 Sr – en stellen voor wat betreft de voornoemde bepalingen met ambtenaren gelijk ‘personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie’.

Dit begrip is overgenomen uit artikel 185a Sr.²⁵¹ Artikel 185a Sr breidt het ambtenarenbegrip uit voor wat betreft de artikelen 179 tot en met 182, 184 en 185 Sr, waarin de ambtenaar de rol vervult van degene tot of tegen wie het strafbare feit zich richt. Het in artikel 185a aan dit begrip toegevoegde vereiste dat die personen “in Nederland op door het volkenrecht toegelaten wijze hun bediening uitoefenen” is niet overgenomen in de artikelen 178a en 364a Sr. Dit is logisch gezien het feit dat – anders dan voor de delicten waarop artikel 185a Sr ziet – de omkopingsbepalingen waarop de artikelen 178a en 364a Sr betrekking hebben, vanwege de hieronder te bespreken ruimere rechtsmachtbepalingen ook van toepassing zijn op delicten in verband met personen, in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie, die *niet in Nederland* op door het volkenrecht toegelaten wijze hun bediening uitoefenen.

²⁵⁰ Dit was nodig ter implementatie van artikel 1 van het OECD-corruptieverdrag en de artikelen 1, 3 en 4 van het EU-corruptieprotocol (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 13).

²⁵¹ Idem.

Toen artikel 364a Sr in 2001 in werking trad, gold de internationaal uitgebreide definitie van ambtenaar slechts voor de ambtenaar als bedoeld in artikel 362 en 363 Sr. De uitbreiding naar artikel 361 Sr (vernietiging van bewijsstukken door een ambtenaar) werd ter aanpassing van het Wetboek van Strafrecht aan de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof²⁵² per 8 augustus 2002²⁵³ in artikel 364a Sr opgenomen. De verdere uitbreiding tot een aantal financieel-economisch getinte ambtsmisdrijven (artikelen 365 tot en met 368 en 376 Sr) was een feit per 1 juli 2009 en was het gevolg van de overweging dat “Met het toenemend aantal buitenlandse en internationale ambtenaren hier te lande [...] het geenszins uitgesloten [is] dat fraudes met aanbestedingen van computers e.d. (draaieurconstructies) bij internationale organisaties zich vaker zullen voordoen.”²⁵⁴ De wetgever meende dat er geen goede reden was waarom de buitenlandse ambtenaar straffeloos zou moeten blijven wanneer hij de genoemde misdrijven (in Nederland) pleegt, terwijl de Nederlandse ambtenaar ter zake wel te vervolgen is.

Tot op heden heeft de uitbreiding van het ambtenarenbegrip naar personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie en de uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht overigens nog niet geleid tot de toename van de werklust van de rechtbanken en gerechtshoven die de Minister van Justitie en het College van procureurs-generaal verwachtten in de aanloop naar de nieuwe wetgeving.²⁵⁵ In de gepubliceerde rechtspraak komt tot op heden slechts één keer een verwijzing naar artikel 178a voor. Het betreft een uitleveringszaak waarin de Hoge Raad de uitlevering aan de VS van een van omkoping verdachte Nederlander toelaatbaar verklaarde.²⁵⁶

5.5.4.3 Afsluiting

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een eenduidige definitie van het begrip ambtenaar in het Nederlandse strafrecht niet bestaat en dat veel afhankelijk is van het delict waarvan sprake is. Het begrip omvat bijvoorbeeld ten aanzien van de omkopingsbepalingen een grotere groep personen dan bij andere strafbaarstellingen het geval is. Het ontbreken van een wettelijke omschrijving of definitie van het begrip ‘ambtenaar’ viel de GRECO op als bijzonderheid tijdens de derde evaluatieronde van Nederland. De GRECO riep Nederland op te onderzoeken

²⁵² *Stb.* 2002, 316.

²⁵³ *Stb.* 2002, 317.

²⁵⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3, p. 21.

²⁵⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 10. De verwachte toename van de werklust van het Openbaar Ministerie vanwege de uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht is wellicht wel terecht gebleken, maar deze heeft (nog) niet geleid tot een toename van het aantal zaken dat voor de rechter is gebracht.

²⁵⁶ HR 8 juli 2003, LJN: AE5288.

ken of er behoefte bestaat aan verduidelijking van dit begrip.²⁵⁷ In reactie hierop herhaalde Nederland het standpunt dat een bindende definitie van het begrip ambtenaar niet in de nationale wetgeving thuishoorde. De in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor de invulling van het autonome strafrechtelijke ambtenarenbegrip bieden enerzijds “voldoende houvast om een al te extensieve interpretatie van het ambtenarenbegrip in het strafrecht, en daarmee rechtsonzekerheid, te voorkomen”, terwijl ze anderzijds de rechter de mogelijkheid geven om tevens rekening te houden met nieuwe vormen van publiek-private samenwerking, aldus de regering.²⁵⁸

5.6 Omkoping van rechters

5.6.1 Inleiding

Een bijzondere vorm van omkoping die vanaf het begin in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht in een aparte regeling strafbaar is gesteld, is de omkoping van rechters. Na de respectieve regelingen van actieve en passieve omkoping bevat het Wetboek in artikel 178 Sr een bepaling die als strafbaar aanmerkt het doen van een gift of belofte aan een rechter met het oogmerk om invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan diens oordeel onderworpen zaak en in artikel 364 Sr het aannemen door een rechter van een gift of belofte, wetende dat die hem gedaan wordt teneinde invloed te oefenen²⁵⁹ op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak. De bepalingen zijn in 2001 op een aantal punten uitgebreid, maar de strekking ervan is vrijwel gelijk gebleven. De wijzigingen zijn alle het gevolg van de wijzigingen van de gewone ambtelijke omkopingsbepalingen, welke de wetgever zo consequent mogelijk heeft willen doorvoeren in de strafbaarstellingen van de rechterlijke variant. In het hiernavolgende wordt eerst ingegaan op de internationale verplichtingen met betrekking tot de strafbaarstelling van omkoping van rechters, welke voortvloeien uit de in dit onderzoek besproken corruptieverdragen. Vervolgens wordt de Nederlandse strafbaarstelling aan een kritische beschouwing onderworpen.

²⁵⁷ Evaluation Report on the Netherlands on “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)”, p. 21-23.

²⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 101, p. 2.

²⁵⁹ Het oorspronkelijk regeringsontwerp voor het Wetboek van 1886 luidde nog “invloed uit te oefenen” (H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 165-167). Deze uitdrukking werd door alle taalkundigen eenstemmig afgekeurd en gewijzigd in “invloed te oefenen”. Bij de wetswijziging in 2001 waren kennelijk geen taalkundigen aanwezig of was de Nederlandse taal gewijzigd. Hoe dan ook, de bepaling luidt nu wel “invloed uit te oefenen”.

5.6.2 Verdragsverplichtingen met betrekking tot rechterlijke omkoping

Hoewel ‘corruption in the judiciary’ een onderwerp is dat op aanzienlijke internationale aandacht mag rekenen, wordt in de strafrechtelijke bepalingen van de internationale anticorruptieverdragen nagenoeg geen afzonderlijke aandacht besteed aan de omkoping waarbij een rechter betrokken is. Vaak is de rechter geen bijzondere rol toegedacht, maar wordt hij geschaard onder de ‘gewone’ ambtenaren. Hij wordt wel steeds genoemd, maar niet blijkt dat de omkoping van rechters verwerpelijker is dan de omkoping van overige overheidsfunctionarissen.

Het OECD-corruptieverdrag kent geen aparte regeling met betrekking tot de omkoping van rechters. Wel moet ingevolge artikel 1 lid 4 onderdeel a van het verdrag onder ‘buitenlands ambtenaar’ mede worden verstaan iedere persoon die een rechterlijk ambt van een ander land bekleedt, hetzij door benoeming, dan wel door verkiezing. Buitenlandse rechters worden dus geschaard onder de buitenlandse ambtenaren. Het verdrag vereist niet dat de omkoping van (buitenlandse) rechters zwaarder bestraft wordt dan de omkoping van gewone (buitenlandse) ambtenaren. Wel moet de omkoping van buitenlandse ambtenaren met dezelfde straffen bedreigd worden als de omkoping van de eigen (binnenlandse) ambtenaren van een partijstaat.²⁶⁰

Nu, zoals hierna duidelijk wordt, Nederland een bijzondere strafbaarstelling met een hogere strafbedreiging kent voor de omkoping van rechters (als bijzonder type ambtenaar), dient die bijzondere regeling met het oog op de rechtsgelijkheid ook van toepassing te zijn op de omkoping van buitenlandse rechters.

Het RvE-corruptieverdrag kent – zoals hiervoor in hoofdstuk drie is besproken – een breed scala aan strafbaarstellingen van verscheidene omkopingsdelicten. Voor de omkoping van rechters kent het verdrag geen aparte bepaling. Voor de toepassing van het verdrag wordt – zo blijkt uit artikel 1 onder a – “het begrip ‘overheidsfunctionaris’ uitgelegd op basis van de omschrijving van ‘ambtenaar’, ‘overheidsdienaar’, ‘burgemeester’, ‘minister’ of ‘rechter’ in het nationale recht van de Staat waarin de persoon in kwestie die taak uitoefent en zoals het wordt toegepast in zijn strafrecht”. De term rechter omvat “de leden van het openbaar ministerie en de personen die rechterlijke taken uitoefenen”, zo volgt uit onderdeel 2 van het zelfde artikel. Het verdrag bevat geen verplichting de omkoping van rechters zwaarder te bestraffen dan die van andere ambtenaren.

Met betrekking tot buitenlandse rechters bevat artikel 11 wel een bijzondere strafbaarstelling. Partijstaten moeten ook als strafbaar feit aanmerken de omkoping

²⁶⁰ Artikel 3 lid 1 OECD-corruptieverdrag.

waarbij rechters of ambtenaren betrokken zijn die werkzaam zijn voor een internationaal gerecht waarvan de partijstaat de rechtsmacht heeft erkend.

De kern van de anticorruptieregelgeving van de Europese Unie is assimilatie. Van lidstaten wordt verwacht dat zij de omkoping van ambtenaren van andere EU-lidstaten en die van communautaire ambtenaren (personen die werkzaam zijn voor instellingen van de Europese Gemeenschappen) op dezelfde wijze aanpakken als de omkoping van nationale ambtenaren. Een bijzondere regeling met betrekking tot de omkoping van rechters is niet in het EU-corruptieprotocol en de EU-corruptieovereenkomst opgenomen. Artikel 4 lid 2 van het EU-corruptieprotocol en artikel 4 lid 1 van de EU-corruptieovereenkomst eisen beide dat lidstaten de strafverzwarende omstandigheid dat de omgekochte een lid is van onder andere de hoogste nationale rechterlijke instantie op gelijke wijze toepassen in geval van omkoping van leden van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In het Nederlandse strafrecht levert de omstandigheid dat de omgekochte een lid is van de Hoge Raad echter geen strafverzwarende omstandigheid op.

Ook in het VN-corruptieverdrag heeft de strafbaarstelling van omkoping van rechters geen bijzondere plaats gekregen. Aan het voorkómen van dit type omkoping is wel een artikel gewijd. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de cruciale rol die zij heeft in de bestrijding van corruptie moeten gewaarborgd worden, aldus artikel 11. Hiertoe wordt Partijstaten de verplichting opgelegd maatregelen te nemen om de integriteit van de rechtspraak te verstevigen en mogelijkheden voor corruptie binnen de rechterlijke macht te voorkomen. De wens om de integriteit van de rechtspleging te waarborgen komt daarnaast tot uiting in artikel 25 van het verdrag, dat verplicht tot strafbaarstelling van obstructie van het rechtsgeding, door partijen of door rechterlijke ambtenaren.²⁶¹

5.6.3 Omkoping van rechters sinds 2001

De omkopers van rechters en de rechters die zich laten omkopen worden in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht met een zwaardere straf bedreigd dan de omkopers van gewone ambtenaren en de omgekochte gewone ambtenaren.²⁶² Daarenboven wordt zowel de passieve als de actieve kant met een nóg zwaardere

²⁶¹ Zie paragraaf 3.5.4.1.

²⁶² Sinds 1886 is de maximumstraf voor actieve omkoping een gevangenisstraf van 6 jaren en die voor passieve omkoping 9 jaren. Sindsdien zijn deze straffen ongewijzigd gebleven, zelfs bij de grote herziening in 2001 zijn ze ongemoeid gelaten. Wel is in 1984 naast de mogelijkheid van gevangenisstraf die van een geldboete in de wet opgenomen (wet van 10 maart 1984, (*Stb.* 1984, 91), inwerkingtreding: 1 mei 1984 (*Stb.* 1984, 129)).

straf bedreigd wanneer de omkoping gericht is op het verkrijgen van een veroordeling in een strafzaak.²⁶³

Sinds 1886 zijn de artikelen 178 en 364 Sr inhoudelijk niet gewijzigd tot aan de herziening in 2001.²⁶⁴ Beide bepalingen zijn bij deze herziening uitgebreid en luiden nu als volgt. Ter verduidelijking van de wijzigingen die in 2001 zijn gemaakt, is in het onderstaande de in 2001 toegevoegde tekst gecursiveerd en tussen haken gezet.

Artikel 178 Sr

1. Hij die een rechter een gift of belofte doet [*dan wel een dienst verleent of aanbiedt*] met het oogmerk invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan diens oordeel onderworpen zaak, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de [*vijfde*]²⁶⁵ categorie.
2. Indien die gift of belofte gedaan wordt [*dan wel die dienst verleend of aangeboden wordt*] met het oogmerk om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
3. [*Indien de schuldige een van de misdrijven omschreven in dit artikel in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.*]²⁶⁶
4. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.

Artikel 364 Sr

1. De rechter die een gift, belofte [*of dienst*] aanneemt, wetende [*of redelijkerwijs vermoedende*] dat deze hem gedaan, [*verleend of aangeboden*] wordt teneinde invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. [*De rechter die een gift, belofte of dienst vraagt teneinde hem te bewegen om invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak,*

²⁶³ De actieve variant wordt in dit geval met 9 jaren, de passieve met 12 jaren bedreigd. Ook deze straffen zijn sinds 1886 ongewijzigd gebleven.

²⁶⁴ De wijzigingen die in de tussenliggende periode wel zijn ingevoegd betroffen de invoering van de boetecategorieën (*Stb.* 1984, 91) en het schrappen in artikel 178 lid 3 van de sanctie 'ontzetting van het kiesrecht' (artikel 28, lid 1 onder 3°) in 1986 (*Stb.* 1986, 139).

²⁶⁵ Gewijzigd per 1 april 2010 op verzoek van de GRECO (*Stb.* 2009, 525). Voordien werd dit misdrijf bedreigd met een boete van de vierde categorie. Zie paragraaf 5.5.1.9.1.

²⁶⁶ Nieuw ingevoegd per 1 april 2010 op verzoek van de GRECO (*Stb.* 2009, 525). Zie paragraaf 5.5.1.9.2.3.

wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.]

3. Indien de gift, belofte [*of dienst*] wordt aangenomen, [*wetende of redelijkerwijs vermoedende*]²⁶⁷ dat deze gedaan, [*verleend of aangeboden*] wordt om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, wordt de rechter gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.
4. [*Indien de gift, belofte of dienst wordt gevraagd teneinde hem te bewegen om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, wordt de rechter gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.*]

Op drie punten is de regeling uitgebreid ten opzichte van die uit 1886. Ten eerste is in beide artikelen het verlenen en aanbieden van een dienst toegevoegd aan de omkopingsmiddelen. Daarnaast is bij de passieve variant expliciet in de wet opgenomen dat “*wetende of redelijkerwijs vermoedende*” voldoende is voor strafbaarheid van de omgekochte rechter. Ten slotte zijn twee nieuwe leden (lid 2 en 4) toegevoegd aan artikel 364 die het vragen om een gift, belofte of dienst door een rechter strafbaar maken. Het oude lid 2 is vernummerd tot lid 3.

Deze wijzigingen lijken voornamelijk het gevolg te zijn geweest van de wens van de wetgever de eenheid in de wetgeving te waarborgen. De toevoeging aan de omkopingsmiddelen van de dienst, de verruiming van het opzetvereiste en het vragen naar voordelen door de rechter zijn overgenomen uit de algemene regeling van ambtelijke omkoping. Voor de bespreking van deze uitbreidingen verwijs ik dan ook naar de paragrafen waarin de ‘gewone’ ambtelijke omkoping wordt behandeld. Nergens blijkt uit de kamerstukken van het wetgevingsproces²⁶⁸ dat bijzondere aandacht is besteed aan de strafbaarstelling van rechterlijke omkoping. De maximumstraffen die op rechterlijke omkoping staan, zijn onveranderd gebleven bij de herziening van 2001 en derhalve al sinds 1886 ongewijzigd.

Deze beperkte inhoudelijke aandacht van de wetgever voor rechterlijke omkoping heeft ertoe geleid dat een aantal knelpunten niet is weggenomen.

Een beperking in de reikwijdte van de strafbaarstellingen van rechterlijke omkoping die niet is weggenomen bij de wetsherziening heeft betrekking op het tijdstip van de omkoping. Nog steeds is slechts strafbaar het doen van een gift of belofte (en sinds 2001 ook het aanbieden van een dienst) dan wel het aannemen (of vragen) daarvan, wanneer dit geschiedt *voorafgaand* aan de uitspraak van de rechter. Het bedankje achteraf, dat wel strafbaar kan zijn onder de algemene omkopingsbepalingen, valt

²⁶⁷ Voor de herziening stond hier: ‘met het bewustzijn’.

²⁶⁸ *Kamerstukken II 1998/99-1999/2000*, 26 469, nr. 1-15; *Kamerstukken I 1999/2000*, 26 469, nr. 294; *Handelingen II 1999/2000*, nr. 91, p. 5879-5895 en nr. 93, p. 6098-6099; *Handelingen I 2000/01*, nr. 11, p. 403-404.

niet onder de strafbaarstellingen van omkoping van rechters. De algemene omkopingsbepalingen zijn hier uiteraard wel van toepassing; een rechter is immers (ook) een ambtenaar. 't Hooft meende reeds in 1890 dat strafbaarstelling van omkoping achteraf van rechters gewenst was, gezien de bijzondere positie van de rechter waardoor 'zelfs elken schijn van omkoopbaarheid' vermeden moet worden.²⁶⁹

Ook bij de hiervoor beschreven vraag-variant bestaat deze beperking in de strafbaarheid met betrekking tot het moment waarop de rechter een voordeel vraagt. De wet spreekt van 'vragen teneinde hem te bewegen', hetgeen betekent dat omkopen in deze variant slechts strafbaar is wanneer de rechter om het voordeel vraagt *voordat* hij de te beïnvloeden beslissing neemt. Het vragen van voordelen door een rechter *nadat* hij uitspraak heeft gedaan, levert geen strafbare passieve omkoping van een rechter op. De 'gewone' passieve omkoping van een ambtenaar is dan van toepassing. Kennelijk heeft de wetgever gemeend dat in dit geval de zwaardere straffen die gelden voor de omkoping van een rechter niet nodig zijn, of dat deze variant van rechterlijke omkoping niet voorkomt. Dat laatste zou een misvatting zijn, want er zijn wel degelijk constructies denkbaar waarbij een rechter na afloop van een zaak een voordeel vraagt van een partij die geregeld procedeert, teneinde een relatie op te bouwen of in stand te houden.

5.6.3.1 Buitenlandse rechters in het Nederlandse strafrecht

Om uitvoering te geven aan bovenstaande verdragsverplichtingen zijn in 2001 nieuw ingevoegd de artikelen 178a en 364a Sr. Bij de bespreking van de strafbaarstellingen van 'gewone' ambtelijke omkoping zijn de eerste twee leden van deze twee nagenoeg identieke artikelen besproken. Het derde lid van beide artikelen breidt het begrip 'rechter' uit, zodat daar ook onder vallen de buitenlandse rechters en rechters van internationale organisaties (zoals van het Internationaal Gerechtshof). Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de internationale verplichting om het omkopen van buitenlandse rechters op gelijke wijze strafbaar te stellen als het omkopen van Nederlandse rechters.²⁷⁰

Artikel 178a, derde lid Sr

Met rechter wordt ten aanzien van artikel 178 gelijkgesteld de rechter van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.

Artikel 364a, derde lid Sr

Met rechter wordt ten aanzien van artikel 364 gelijkgesteld de rechter van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.

²⁶⁹ H.P. 't Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Ijdo 1890, p. 52.

²⁷⁰ Net als bij de gelijkstellingsbepaling voor gewone ambtelijke omkoping is deze bepaling gebaseerd op artikel 1, 3 en 4 van het EU-corrupcieprotocol en artikel 1 van het OECD-corrupcieverdrag.

Buitenlandse rechters kunnen in bepaalde gevallen dus strafbaar zijn in Nederland voor passieve omkoping. Uiteraard moeten deze bepalingen worden gelezen in samenhang met de rechtsmachtbepalingen die hierboven in paragraaf 5.5.1.8 besproken zijn. Deze hebben als gevolg dat op grond van artikel 364, tweede lid jo. artikel 364a, derde lid:

- de buitenlandse rechter die in Nederland een gift vraagt teneinde hem te bewegen om invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak strafbaar is in Nederland (artikel 2 Sr)
- de buitenlandse rechter die in het buitenland een gift vraagt teneinde hem te bewegen om invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak niet strafbaar is in Nederland, tenzij hij rechter is bij een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie (artikel 6, onder 2° Sr)

Een Nederlandse rechter die in het buitenland een gift vraagt teneinde hem te bewegen om invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak is strafbaar in Nederland op basis van artikel 6, onder 1° Sr.

Ook bij actieve omkoping van rechters gelden dezelfde rechtsmachtbepalingen als bij reguliere ambtelijke omkoping, met uitzondering van het in artikel 4, onder 9° en 10° Sr bepaalde. Anders dan bij actieve omkoping van ambtenaren het geval is, is de niet-Nederlandse omkoper die in het buitenland een Nederlandse rechter omkoopt niet vervolgbaar in Nederland op grond van artikel 178 Sr.²⁷¹ Wel kunnen de gewone strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping van toepassing zijn. Dit geldt evenzo voor de niet-Nederlander die Nederlands ambtenaar is of in de openbare dienst is van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie en die in het buitenland een Nederlandse (of buitenlandse) rechter omkoopt. Voor het overige zijn de rechtsmachtbepalingen gelijk aan die voor de omkoping van ambtenaren die geen rechter zijn. Die bepalingen zijn besproken in paragraaf 5.5.1.8.

5.6.4 Aanvullende opmerkingen over aspecten van de strafbaarstelling van de omkoping van rechters

5.6.4.1 Invloed uitoefenen

Voor strafbaarheid van de omkoper is slechts vereist dat de omkoper *invloed wil uitoefenen* op een beslissing van een rechter. Het maakt voor zijn strafbaarheid niet uit of de uitkomst van de rechtszaak die door de omkoper wordt beoogd een ongeoorloofde of onrechtvaardige uitkomst is. Ook hij die een rechter omkoopt teneinde “hem geheel naar wet en geweten te laten rechtspreken”, valt onder artikel 178 Sr en is strafbaar.²⁷²

²⁷¹ Dit geldt ook ten aanzien van de omkoping van een buitenlandse rechter.

²⁷² H.P. 't Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 55.

Ook voor strafbaarheid van de rechter is de uitkomst van de rechtszaak waarop de omkoping betrekking heeft, niet relevant. Slechts het aannemen van het geschenk door de rechter terwijl die weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het geschenk met de in artikel 364 benoemde slechte bedoelingen wordt gedaan, is voldoende voor strafbaarheid van die rechter.²⁷³

Wanneer voor de strafbaarheid bepalend zou zijn of de rechterlijke beslissing de juiste beslissing is of niet, zou dat een onmogelijk te bewijzen delictomschrijving betekenen. In veel gevallen kan een beslissing op basis van dezelfde feiten immers toch verschillende of zelfs compleet tegenovergestelde kanten op gaan. Soms is ook meer dan één juiste beslissing mogelijk. En daarnaast blijken rechters weleens een minder juist of zelfs volstrekt onjuist vonnis te wijzen. Voor deze gevallen kent ons rechtsstelsel de mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie.

Ook een (minimale) voorwaarde dat de uitspraak daadwerkelijk is beïnvloed in wat voor zin dan ook, zou onmogelijk kunnen gelden als eis voor strafbaarheid. Dit zou evenzeer leiden tot een onbewijsbare delictomschrijving. Dat beïnvloeding heeft plaatsgevonden is in veel gevallen onmogelijk wettig en overtuigend te bewijzen. Zonder het geheim van de raadkamer te onthullen is het vrijwel onmogelijk om bewijs te leveren en dan nog zal het vaak vrijwel onmogelijk zijn vast te stellen of de uiteindelijke beslissing van de rechter nu wel of niet beïnvloed is door het aannemen van de gift, belofte of dienst. Dat probleem wordt nog groter wanneer de omgekochte rechter deel uitmaakt van een meervoudige kamer. Dan is in het geheel niet meer vast te stellen wat de invloed van de omgekochte rechter op de andere rechters en dus op de uitspraak is geweest.

De bepaling zoals die in de wet is opgenomen, is derhalve een stuk ruimer. Weliswaar moet voor strafbaarheid van de omkoper worden bewezen dat hij het oogmerk had invloed uit te oefenen op een rechterlijke beslissing, maar die beïnvloeding hoeft niet te zijn gevolgd. De rechter hoeft de gift, belofte of dienst niet eens te hebben aangenomen, want ook bij weigering door de rechter is de omkoper reeds strafbaar.

Machielse merkt nog wel een leemte in de huidige wetgeving op met betrekking tot de situatie waarin een rechter omgekocht wordt om zich juist te onthouden van kennisneming van een bepaalde zaak, zodat een andere rechter – van wie de omkoper eerder een door hem verlangde beslissing verwacht – de zaak zal gaan behandelen.²⁷⁴ Hier vertoont de wetgeving een hiaat: de zaak is (door de omkoping) niet meer aan het oordeel van de omgekochte rechter onderworpen, waardoor de rechter niet meer strafbaar is, althans niet op grond van artikel 364. De rechter kan mijns inziens dan nog wel aangesproken worden voor het zich als ambtenaar laten

²⁷³ Over het vragen naar giften, beloften en diensten door een rechter kom ik hieronder te spreken in paragraaf 5.6.4.3.

²⁷⁴ A.J. Machielse, 'art. 178 Sr, aant. 3', in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon|Langemeijer|Remmelink)*, losbladig.

omkopen tot een handelen of nalaten dat niet in strijd is met zijn plicht, zoals strafbaar gesteld in artikel 362 Sr, eerste lid onder 1° Sr. De rechter, die immers ook onder de strafrechtelijke definitie van ambtenaar valt, wordt dan verweten dat hij als ambtenaar een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om een rechtszaak niet te behandelen maar naar een collega door te verwijzen, hetgeen in beginsel niet in strijd is met zijn plicht.

5.6.4.2 Veroordeling in een strafzaak

Zoals hiervoor in paragraaf 5.6.3 is opgemerkt, wordt zowel de passieve als de actieve kant van rechterlijke omkoping met een nog zwaardere straf bedreigd wanneer de omkoping als doel heeft het verkrijgen van een veroordeling in een strafzaak. De memorie van toelichting bij het Wetboek van 1886 legt uit dat bewust is gekozen voor de formulering “om een veroordeling te verkrijgen” en niet “om een veroordeling *ten gevolge* van omkoping te verkrijgen”.²⁷⁵ Dit zou betekenen dat bewezen moet worden dat een causaal verband bestaat tussen de omkoping en de uitspraak. Zoals gezegd, maakt het geheim van de raadkamer dit bewijs onmogelijk. Bovendien is moeilijk vast te stellen in hoeverre een omgekochte rechter zich in zijn uitspraak heeft laten leiden door de aangenomen gift, belofte of dienst. Bij de behandeling van een zaak door de meervoudige kamer geldt dit zelfs nog meer, nu drie rechters de uitspraak bepalen en niet is vast stellen in hoeverre de omgekochte rechter de uitspraak heeft beïnvloed.

Voor strafbaarheid van zowel de omkoper als de omgekochte rechter is dus niet vereist dat daadwerkelijk een veroordeling is gevolgd. Voldoende voor strafbaarheid van de eerste is de intentie waarmee de omkoping geschiedt. De rechter is strafbaar wanneer hij van die intentie wist of (sinds 2001) redelijkerwijs het bestaan van die intentie had moeten vermoeden en toch de gift, belofte of dienst heeft aangenomen.

De corruptieverdragen vereisen geen van alle een zwaardere strafbedreiging voor deze vorm van omkoping, maar de Nederlandse wet bevatte deze nu eenmaal reeds. Met de strafverzwarende omstandigheid gaat Nederland verder dan de verdragen eisen. De Nederlandse wetgeving is derhalve niet in strijd met die verdragen.

Bij het lezen van het tweede lid van artikel 178 en het derde en vierde lid van artikel 364 rijst de vraag waarom de strafverzwaring niet geldt bij een omkoping die gericht is op het verkrijgen van een vrijspraak in een strafzaak. Het zal veelal de verdachte (of aan de verdachte gelieerde personen) zijn die een vrijspraak in zijn strafzaak wenst te verkrijgen. Een verdachte, of wie dan ook – de wet eist niet dat de omkoper een procespartij of belanghebbende in enige rechtszaak is – die een rech-

²⁷⁵ Het Ontwerp van 1847 bevatte nog wel deze formulering.

ter een gift aanbiedt teneinde van die rechter een vrijspraak in zijn strafzaak (of die van een ander) te verkrijgen, wordt bedreigd met de ‘gewone’ maximumstraf op rechterlijke omkoping. Voor de rechter die een gift met dat doel aanneemt, geldt hetzelfde.

Een reden voor het hogere strafmaximum bij een omkoping die gericht is op het verkrijgen van een veroordeling in een strafzaak geeft de memorie van toelichting van 1886 niet. Te lezen is slechts dat, hoewel over het algemeen geen onderscheid tussen burgerlijke zaken en strafzaken werd gemaakt, toch een uitzondering nodig was voor deze bijzondere rechterlijke omkoping.²⁷⁶ Volgens Lindenberg beschermen de artikelen 178 en 364 de integriteit van de rechtspraak in het algemeen en van de strafrechtspraak in het bijzonder.²⁷⁷ De integriteit van de strafrechtspraak verdient kennelijk bijzondere bescherming, maar de vraag waarom dat zo is, wordt niet gesteld. Er is wel een antwoord op deze vraag dat voor de hand lijkt te liggen. De inbreuk die de strafrechtspraak maakt op de persoonlijke levenssfeer van individuen is aanzienlijk groter dan die van andere rechtsgebieden, zo moet de gedachte van de wetgever zijn geweest. De corrumpering van de strafrechtspraak wordt als kwalijker beschouwd en derhalve met een hogere straf bedreigd dan omkoping in andere rechtspraak.

Het is overigens niet, zoals Lindenberg beweert, de integriteit van de strafrechtspraak in het algemeen die in het bijzonder beschermd wordt door deze omkopingsbepalingen, maar slechts de strafrechtelijke *veroordelingen*. Immers slechts omkoping met betrekking tot die rechterlijke beslissingen wordt met een hogere straf bedreigd dan de overige (straf)rechtspraak. Het zijn de veroordelende vonnissen en arresten die – ook wanneer die geheel rechtmatig en dus gerechtvaardigd zijn – een grote inbreuk maken op het leven en de rechten van veroordeelde personen (en hun omgeving), zeker wanneer een vrijheidsstraf wordt opgelegd. Een veroordeling mag derhalve niet te koop zijn en moet wellicht extra gevrijwaard worden van omkoping, meer nog dan vrijspraken. Althans, een geval waarin een veroordeling ‘gekocht’ wordt, dient extra zwaar bestraft te (kunnen) worden. Volgens Machielse heeft de overweging dat “een onrechtvaardige veroordeling als kwaad hoger staat dan een onrechtvaardige vrijspraak of een onrechtvaardige beslissing van andere aard, zeker tot de strafverzwaring aanleiding gegeven”²⁷⁸, hoewel voor strafbaarheid niet van belang is of de veroordeling al dan niet rechtvaardig was.

²⁷⁶ MvT bij art. 364, H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Derde Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 69.

²⁷⁷ K. Lindenberg, Aant. 5 bij artikel 178 Sr, in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 955.

²⁷⁸ A.J. Machielse, ‘art. 178 Sr, aant. 2’, in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon|Langemeijer|Rommeling)*, losbladig.

Nadelige rechterlijke beslissingen in het algemeen

Onrechtvaardige strafrechtelijke veroordelingen zijn dus extra ongewenst. Dat is goed te begrijpen indachtig de inbreuk die de strafrechtelijke sancties – met name de vrijheidsstraffen – maken op de persoonlijke levenssfeer van veroordeelden. Hoe zit dat bij nadelige rechterlijke beslissingen op andere rechtsgebieden?

Allereerst moet opgemerkt worden dat artikel 178 lid 2 Sr en artikel 364 lid 2 (oud, nu lid 3 en 4) Sr niet beperkt zijn tot omkoping ter verkrijging van een veroordelend vonnis waarbij een gevangenisstraf zou kunnen worden opgelegd. Alle gevallen waarin het verkrijgen van een veroordelend vonnis beoogd wordt, vallen onder de strafverzwarende omstandigheid, dus ook gevallen waarin vervolgd wordt wegens een overtreding waarvoor bij veroordeling geen vrijheidsstraf maar slechts een geldboete kan worden opgelegd.

Kunnen rechterlijke uitspraken in andere rechtsgebieden dan het strafrecht niet net zo hard aankomen en net zo zwaar op het leven van een individu drukken als veroordelende uitspraken in strafzaken? Kan de beslissing van een bestuursrechter om een zeer hoge bestuurlijke boete in stand te houden of de beslissing van een familierechter dat een ouder het gezag over zijn of haar kind ontnemt niet even zoveel ingrijpen in het leven van een individu als een strafrechtelijke veroordeling? Indien deze vraag bevestigend beantwoord wordt, dan is het ‘kopen’ van die bestuursrechtelijke of familierechtelijke uitspraak net zo verwerpelijk als het ‘kopen’ van een strafrechtelijke veroordeling en moet het wettelijk strafmaximum daarop niet anders zijn dan bij het kopen van een strafrechtelijke veroordeling.

Ik ben van mening dat bovenstaande vraag inderdaad bevestigend beantwoord dient te worden. Sterker nog, niet alleen de beslissing van de bestuursrechter om de boete in stand te houden, maar ook de beslissing van het bestuursorgaan om de boete in eerste instantie op te leggen, kan een dusdanig bestraffend karakter hebben dat het (bijna) niet van een strafrechtelijke veroordeling is te onderscheiden. Het punitieve karakter van een fiscale boete is door onze hoogste nationale rechterlijke instantie reeds twee decennia geleden erkend toen hij besloot dat de waarborgen van het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM ook van toepassing zijn op procedures die (kunnen) leiden tot de oplegging van administratieve of fiscale boetes.²⁷⁹

²⁷⁹ HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104 (Zwartrijder). De Hoge Raad wees dit arrest naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Öztürk (EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937), waarin dat Hof het begrip ‘criminal charge’ uit artikel 6 EVRM niet alleen van toepassing verklaarde op strafzaken, maar ook op bepaalde andere procedures waarbij (bestuurlijke) sancties kunnen worden opgelegd.

De geleidelijke maar voortschrijdende overheveling van de criminaliteitsbestrijding van het strafrecht naar het bestuursrecht in de afgelopen decennia²⁸⁰ maakt het mijns inziens steeds minder verdedigbaar dat het kopen van een strafrechtelijke veroordeling met een zwaardere straf bedreigd moet worden. In een tijd waarin bestuursrecht en strafrecht steeds meer door elkaar gaan lopen en bestuursrechtelijke sancties steeds minder onderscheiden kunnen worden van de strafrechtelijke, dient de strafverzwarende omstandigheid geschrapt dan wel anders geformuleerd te worden. Bij een andere formulering kan gedacht worden aan:

Artikel 178 lid 2 Sr

Indien die gift of belofte gedaan wordt dan wel die dienst verleend of aangeboden wordt met het oogmerk *om een beslissing te verkrijgen waarbij een sanctie wordt opgelegd*, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.

In de leden 3 en 4 van artikel 364 zou evenzo de passage “om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen” kunnen worden vervangen door “om een beslissing te verkrijgen waarbij een sanctie wordt opgelegd”.

In haar advies aan de wetgever over het voorontwerp van de herziening in 2001, gaf de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) eveneens de voorkeur aan een verruiming van het derde en vierde lid van artikel 364. Volgens de NVvR zouden lid 3 en 4 niet alleen betrekking moeten hebben op strafzaken, maar op alle rechtszaken. Voor de beperking tot strafzaken is geen steun te vinden in de anticorruptieverdragen die met de wetsherziening geïmplementeerd moesten worden.²⁸¹ De regering nam de suggestie van de vereniging niet over. Met lid 1 en (het nieuwe) lid 2 werd weliswaar eigenlijk al aan de verdragsverplichtingen voldaan, maar de strafverzwarende omstandigheid stond nu eenmaal al in de wet (in het oude artikel 364 lid 2) en kennelijk wilde de regering de regeling zo min mogelijk wijzigen.

5.6.4.3 Het vragen van een voordeel door een rechter

De nieuwe leden 2 en 4 die de actieve gedraging van een rechter die om een gift, belofte of dienst vraagt strafbaar stelt, ontbraken in het voorontwerp en zijn ingevoegd op advies van de NVvR.²⁸² Het vragen om een voordeel door een rechter wordt, mijns inziens onterecht, met hetzelfde strafmaximum bedreigd als het simpelweg aannemen van een voordeel door een rechter terwijl die moest vermoeden dat die voordeelverschaffing strekte tot omkoping. Weliswaar heeft de rechter die

²⁸⁰ Over de vermenging van de rechtssferen in het gebied tussen het strafrecht en het bestuursrecht, zie A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 16.

²⁸² *Idem*.

een dergelijke strafzaak behandelt de vrijheid om binnen de wettelijke grenzen het vragen van een gift, belofte of dienst zwaarder te bestraffen dan het enkele aannemen ervan (zonder dat de verdachte rechter om het voordeel vroeg), maar uit de wet blijkt niet dat de vraag-variant verwijtbaarder is dan de aanneem-variant. Mijns inziens is er wel degelijk een onderscheid in verwijtbaarheid van deze twee varianten te maken. Bij het enkele aannemen van een geschenk zal het initiatief van de omkoping veelal bij de omkoper liggen (hoewel de wet dat niet eist). Bij het vragen door de rechter om een geschenk, ligt het initiatief per definitie bij de rechter. Dit actieve handelen van de rechter is mijns inziens een hogere straf waardig dan het vallen voor de verleiding van een geschenk dat een omkoper de rechter aanbiedt. Bovendien kan bij de aanneem-variant nooit met volledige zekerheid worden gezegd of de rechter zich uiteindelijk door de gift heeft laten beïnvloeden. De rechter kan best alsnog een uitspraak hebben gedaan die de omkoper niet beoogde. Nu is dat voor de strafbaarheid niet relevant, maar wel kan met meer zekerheid worden gezegd dat de rechter bij de vraag-variant wèl de voor de omkoper wenselijke beslissing zal nemen. Hij heeft immers zelf de afspraak geïnitieerd. Een rechter die zijn beslissingen te koop aanbiedt, vertoont mijns inziens nòg kwalijker gedrag dan de rechter die bezwijkt voor een grote omkoopsom die hem wordt aangeboden. De vraag-variant vereist voor strafbaarheid van de rechter overigens niet dat de potentiële omkoper ingaat op de vraag van de rechter. Het feit dat de rechter iets onbehoorlijks vraagt, is voldoende voor diens strafbaarheid. Het maakt dus niet uit of een gift, belofte of dienst is gevolgd.

Met betrekking tot artikel 364 is nog een opmerking van wetstechnische aard te maken. De wetgever heeft, zoals hierboven werd opgemerkt, in 2001 de vraag-variant toegevoegd aan de strafbaarstellingen van passieve rechterlijke omkoping. Hiertoe zijn de leden 2 en 4 nieuw ingevoerd, onder vernummering van het oude lid 2 als lid 3. Zowel de leden 1 en 2 als de leden 3 en 4 hadden echter kunnen worden samengevoegd. Zeker nu het vragen door rechters naar geschenken niet met een zwaardere straf wordt bedreigd dan het slechts passief aannemen ervan, is geen reden te vinden waarom voor de vraag-variant twee aparte artikelleden zijn geformuleerd. De vraag-variant had zonder verlies van duidelijkheid kunnen worden ingevoegd in de leden 1 en 3 (welk laatste lid dan weer lid 2 zou worden).

5.6.4.4 Voorbereiding

Een bijzondere consequentie van de hoge strafmaxima die verbonden zijn aan actieve omkoping van een rechter teneinde een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen en aan passieve omkoping van een rechter (ook zonder het doel een veroordeling te verkrijgen), is dat ook de voorbereiding daarvan reeds strafbaar is. Op het doen van een gift, belofte of dienst aan een rechter met het oogmerk om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen staat een maximum gevangenisstraf van negen jaren. De maximale vrijheidsstraffen die bij passieve omkoping van rechters

opgelegd kunnen worden zijn negen jaren en twaalf jaren wanneer de omkoping betrekking heeft op de verkrijging van een veroordeling in een strafzaak. Ingevolge artikel 46 lid 1 Sr²⁸³ zijn voorbereidingshandelingen bestemd tot het begaan van deze delicten strafbaar.

In het kader van de voorbereiding van bovengenoemde vormen van omkoping is het ingevolge artikel 46 lid 1 Sr dus reeds strafbaar “*wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft.*”

Dit betekent dat het kopen van het cadeau waarmee men de rechter wil verleiden om een veroordeling uit te spreken reeds strafbaar is. De voorbereidingshandelingen van passieve omkoping van een rechter laten zich moeilijker denken. Het voorhanden hebben van een telefoonboek om het telefoonnummer van (één der) procespartijen op te zoeken teneinde die telefonisch te vragen om een gift, belofte of dienst zou kunnen worden aangemerkt als voorbereiding van het in artikel 364 lid 2 (of 4) Sr strafbaar gestelde, maar het behoeft geen verdere uitleg dat een dergelijke voorbereidingshandeling nooit tot vervolging zal leiden. Andere voorbeelden van de voorbereiding van passieve omkoping van een rechter zijn evenzo gekunsteld.

5.7 Afsluiting

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de Nederlandse strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping in essentie voldoen aan de belangrijkste internationale verdragsverplichtingen. Een aantal wijzigingen in de nationale wetgeving zou nog moeten worden doorgevoerd om ondubbelzinnig en volledig aan die verplichtingen te voldoen. Daarnaast zou Nederland, om de voortrekkersrol waar te maken die het zich heeft toebedeeld in de strijd tegen corruptie, nog een aantal extra wijzigingen kunnen aanbrengen in de regelgeving.

Nederland mag trots zijn op het feit dat het wat regelgeving betreft tot de internationale top behoort. Hoofdstuk zeven, waar aandacht wordt besteed aan het op deze nationale wetgeving gebaseerde beleid en de praktijk van de rechtshandhaving, laat echter zien dat het op orde zijn van wetgeving geen garantie is voor een succesvolle opsporings- en vervolgingspraktijk.

²⁸³ Voor strafbare voorbereiding is ingevolge deze bepaling vereist dat het feit waarop de voorbereiding is gericht met een maximale gevangenisstraf van acht jaren of meer wordt bedreigd.

Hoofdstuk 6: Evaluatie van Nederland en hoe het beter kan

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is besproken op welke wijze de Nederlandse strafwetgeving per 1 februari 2001 is gewijzigd, waardoor het nu onder andere strafbaar is voor Nederlanders om (vrijwel)¹ waar dan ook ter wereld een overheidsfunctionaris van (vrijwel) welke staat dan ook om te kopen of een poging daartoe te doen.² Op het eerste gezicht heeft Nederland aan zijn internationale verplichtingen voldaan. Een nadere beschouwing van de Nederlandse regelgeving in het licht van de verdragsverplichtingen leert echter dat Nederland op bepaalde punten beter had kunnen presteren. In het hiernavolgende wordt deze nadere beschouwing weergegeven. Deels wordt daarbij gebruik gemaakt van de evaluatierapporten die over Nederland zijn verschenen van de Working Group on Bribery (WGB) van de OECD en de Group of States against Corruption (GRECO) van de Raad van Europa. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de materiële verplichtingen die Nederland al dan niet naar behoren is nagekomen en worden voorstellen gedaan voor een verbetering van de bestaande strafbaarstelling van omkoping en wordt een aantal nieuwe strafbaarstellingen overwogen.

6.2 De monitoring van Nederland door de WGB

In hoofdstuk vier is stilgestaan bij de monitoring van de inspanningen van de partijen bij het OECD-corruptieverdrag met betrekking tot de uitvoering van de in dat verdrag neergelegde verplichtingen. Nederland heeft inmiddels beide evaluatieronden doorlopen. Hieronder wordt ingegaan op de aanwijzingen die de WGB aan Nederland heeft gegeven en de opvolging die Nederland daaraan heeft gegeven.

6.2.1 Phase 1

Nederland heeft de eerste monitoringsronde voltooid in februari 2001.³ Direct na de vaststelling van de implementatiewetgeving van het OECD-corruptieverdrag en nog voor inwerkingtreding van de Wet herziening corruptiewetgeving is het vra-

¹ Steeds geldt wel de eis van dubbele strafbaarheid, zoals bepaald in artikel 5 lid 1 onder 2° Sr.

² Ook een poging tot omkoping levert in veel gevallen een voltooid misdrijf op.

³ OECD Phase 1 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/39/43/2020264.pdf>.

genformulier van de WGB ingevuld aan de hand waarvan het evaluatierapport is opgesteld. Zoals in hoofdstuk vier aan de orde is gekomen, kent de eerste monitoringsronde geen bezoek van de WGB aan het te monitoren land. De Nederlandse beoordeling vond derhalve geheel plaats op basis van de door Nederland aangeleverde schriftelijke stukken en verklaringen.

Nederland verontschuldigde zich voor de late ratificatie van het OECD-corruptieverdrag,⁴ maar verklaarde dat het liever alle internationale instrumenten tegelijk implementeerde, dan dat bij ieder verdrag een aparte wetswijziging moest worden voorbereid.⁵ Daar is iets voor te zeggen. Nederland heeft in 2000 tegelijkertijd de EU-fraudeovereenkomst, het EU-corruptieprotocol, het hofprotocol en het OECD-corruptieverdrag geratificeerd.⁶ Maar van deze vier instrumenten is het OECD-corruptieverdrag van december 1997 het nieuwste. Ratificatie vond ruim 3 jaar na die datum plaats. Nieuwere anticorruptieverdragen, zoals het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie van de Raad van Europa uit 1999, zijn pas later geratificeerd⁷ en kunnen het langzame Nederlandse ratificatieproces van het OECD-corruptieverdrag dus niet verklaren.⁸

Het eerste evaluatierapport van de WGB over Nederland is over het algemeen positief. De WGB achtte de Nederlandse wetgeving grotendeels op orde. De WGB had aanmerkingen op een aantal punten. Zo is de Nederlandse formulering “hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt” in het eerste lid van de artikelen 177 en 177a Sr volgens de WGB verwarrend, nu door deze formulering het aanbieden slechts gericht lijkt te zijn op de dienst en niet op de gift en de belofte. Slechts het *doen* maar niet het *aanbieden* van een gift of belofte valt binnen deze formulering, aldus de WGB. Daarnaast lijkt ook het beloven van een dienst buiten de Nederlandse formulering te vallen, nu slechts het verlenen of aanbieden van een dienst wordt genoemd.

De formulering die wordt aangehouden in het OECD-corruptieverdrag (het opzettelijk aanbieden, beloven of geven van ieder onbehoorlijk geldelijk of ander voor-

⁴ Nederland overlegde het instrument van ratificatie op 12 januari 2001, meer dan drie jaar na de ondertekening van het verdrag. Daarmee was Nederland één van de laatste OECD-landen die toetraden tot het verdrag.

⁵ OECD Phase 1 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/39/43/2020264.pdf>, p. 34.

⁶ *Stb.* 2000, 615.

⁷ Namelijk per 11 juli 2001, *Stb.* 2001, 315.

⁸ De excuses van Nederland waren niet geheel overbodig, aangezien juist Nederland één van de landen was die tijdens de OECD-ministerraad in mei 1997 (tijdens welke de 1997-Recommendation werd aangenomen) een spoedige strafbaarstelling van buitenlandse omkoping door alle OECD-landen nastreefden en zich hard maakten voor de snelle voltooiing van een verdrag tegen buitenlandse omkoping dat in 1998 in werking zou moeten treden (*Aanhangsel Handelingen II* 1996/97, nr. 1414).

deel)⁹ trekt de gedraging – het geven, beloven of aanbieden – en de materie van het voordeel uit elkaar. Mijns inziens komt deze formulering de overzichtelijkheid van de bepaling ten goede. Hierna in paragraaf 6.4.1.3 wordt een voorstel gedaan voor verduidelijking en vereenvoudiging van de Nederlandse bepaling op dit punt.

Een ander punt dat in het rapport naar voren komt, betreft de Nederlandse uitwerking van de uitsluiting van strafbaarheid van zogenaamde ‘facilitation payments’, of beter gezegd het ontbreken van deze uitwerking. In het vorige hoofdstuk is opgemerkt dat de Nederlandse strafbaarstellingen van (buitenlandse) omkoping geen uitzonderingen kennen voor deze vorm van omkoping.¹⁰ Alle betalingen aan alle ambtenaren vallen onder de strafbaarstellingen van artikelen 177 en 177a Sr. Tegenover de WGB verklaarde Nederland echter dat onder bepaalde omstandigheden toch kan worden afgezien van vervolging wegens het doen van facilitation payments. Omdat het Nederlandse opportuniteitsbeginsel internationaal vaak niet begrepen wordt, voegde Nederland eraan toe dat richtlijnen opgesteld zouden worden die het Openbaar Ministerie voorschrijven hoe te handelen ten aanzien van deze betalingen.¹¹ De WGB adviseerde dat in de tweede monitoringsronde zou moeten worden bekeken hoe de Nederlandse vervolgingsinstanties met deze discretionaire bevoegdheid omgaan.¹²

6.2.2 Phase 2

In de tweede ronde van monitoring door de WGB kwam Nederland begin 2006 aan bod. Hoofdbeoordelaars uit Ierland en Noorwegen bezochten Nederland eind januari voor de on-site visit en de WGB nam het definitieve evaluatierapport aan op 15 juni 2006.¹³ De toon van het rapport is wederom vrij positief. Nederland bleek het, in verhouding tot de andere partijstaten, niet slecht te doen.

Nederland kreeg desondanks achttien aanbevelingen van de WGB, van uiteenlopende aard en gericht aan de verschillende bij de corruptiebestrijding betrokken organen. De aanbevelingen hadden betrekking op zeven onderwerpen,¹⁴ waarvan

⁹ Deze vertaling van de Engelse tekst is door mij voorgesteld in paragraaf 3.2.2.3.1.

¹⁰ Zie paragraaf 5.5.1.7.

¹¹ OECD Phase 1 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/39/43/2020264.pdf>, p. 7.

¹² Idem, p. 34.

¹³ OECD Phase 2 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/14/49/36993012.pdf>.

¹⁴ Deze onderwerpen zijn:

1. Bewustmaking en preventie (Awareness raising and prevention related)
2. Detectie en melding (Detection and reporting of the offence)
3. Opsporing en vervolging (Investigation and prosecution)
4. Het delict ‘buitenlandse omkoping’ (The offence of foreign bribery)

met name de op de opsporing en vervolging betrekking hebbende aanbevelingen van belang zijn voor dit onderzoek. Hieronder wordt slechts kort ingegaan op de inhoud van deze aanbevelingen, in paragrafen 7.2 en 7.3 komt een aantal ervan uitvoeriger aan bod.

Hoewel op papier de strafrechtelijke bestrijding van buitenlandse omkoping op orde leek te zijn – de regelgeving is in grote lijnen aangepast aan de eisen van het OECD-corruptieverdrag en de 1997-Recommendation – werd in 2006 geconstateerd dat vijf jaar na de inwerkingtreding van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping nog geen enkel geval van zulke buitenlandse omkoping had geleid tot vervolging. Nederland had op het moment van de rapportage zelfs nog geen enkele melding gemaakt van een lopend dan wel beëindigd onderzoek. Wel was één vooronderzoek naar de mogelijke omkoping van een buitenlandse ambtenaar gemeld, maar deze vermeende omkoping had niet plaatsgevonden in het kader van enige internationale zakelijke transactie en kon dus niet gelden als ‘OECD-omkoping’. Dit onderzoek was bovendien reeds afgesloten zonder dat het tot een vervolging had geleid.¹⁵

Gezien de aanzienlijke grootte van de Nederlandse economie, de belangrijke plaats die export hierin inneemt, de omvangrijke belangen van het Nederlandse bedrijfsleven in het buitenland en de Nederlandse betrokkenheid bij zakelijke transacties in risicovolle sectoren en landen, was het volgens de WGB “somewhat surprising” dat nog geen enkel Nederlands bedrijf noch enig individu het lijdend voorwerp was geweest van enige opsporing, laat staan een vervolging wegens buitenlandse omkoping.¹⁶

Het evaluatierapport stelt dat Nederland deze kwestie beter zou kunnen aanpakken wanneer het een meer proactieve benadering zou aannemen bij de strafrechtelijke aanpak van dit type delicten. De proactiviteit ontbrak volgens de WGB zowel bij de opsporing¹⁷ als bij de vervolging.¹⁸ Het is betreurenswaardig dat het project ‘Buitenlandse omkoping’ van de Rijksrecherche, dat op het moment van de rapportage nog in volle gang was en dat juist moest leiden tot de ontwikkeling van deze proactieve methode van opsporing, een jaar later zonder resultaat werd afgesloten zon-

5. Wijze van berechting/rechterlijke uitspraken en sancties voor buitenlandse omkoping (Adjudication by courts and sanctions for foreign bribery)

6. Aan buitenlandse omkoping gerelateerd witwassen (Related money laundering offence)

7. De Nederlandse Antillen en Aruba

¹⁵ OECD Phase 2 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/14/49/36993012.pdf>, paragraaf 11.

¹⁶ Idem, paragraaf 12.

¹⁷ Idem, p. 40.

¹⁸ Idem, p. 49.

der dat er een noemenswaardig vervolg aan is gegeven.¹⁹ In hoofdstuk zeven wordt ingegaan op deze essentiële onderdelen van de strafrechtelijke bestrijding van omkoping.

Meer in het bijzonder werd naar mening van de WGB door Nederland te weinig proactief gebruik gemaakt van het in artikel 9 van het OECD-corruptieverdrag gecreëerde instrument van internationale wederzijdse rechtshulp. De WGB be- treurde deze gang van zaken, aangezien juist dit instrument een nuttig hulpmiddel kan zijn voor het verzamelen van bewijs.

In oktober 2008 rapporteerde Nederland aan de WGB over de opvolging die het aan de aanbevelingen uit het evaluatierapport gegeven had.²⁰ Met name de vernieuwing van de aanwijzing van het college van procureurs-generaal met betrekking tot de opsporing en vervolging van buitenlandse omkoping werd als een belangrijke ontwikkeling gezien. Nog steeds – ook na een volgende wijziging per 1 januari 2011 – kan men zich echter afvragen of de aanwijzing voldoet aan de eisen van het OECD-corruptieverdrag. Deze aanwijzing wordt in het volgende hoofdstuk besproken. De meeste aanbevelingen waren volgens de WGB volledig geïmplementeerd.²¹ Omdat in 2008 inmiddels door Nederland wel een aantal (haalbaarheids)onderzoeken was gestart naar mogelijke buitenlandse omkoping, werd de aanbeveling van de WGB om volledig gebruik te maken van alle opsporingsmid- delen die de Nederlandse autoriteiten ter beschikking staan, als niet langer relevant beoordeeld en geschrapt. De onderzoeken hebben echter tot op heden nog niet tot een veroordeling geleid. Nu is het aantal veroordelingen uiteraard niet de enige maatstaf van een succesvolle bestrijding van de omkoping van buitenlandse ambte- naren. In hoofdstuk zeven wordt ook hierop nader ingegaan.

6.3 Evaluaties van Nederland door de GRECO

Door ratificatie van het RvE-corruptieverdrag verplichtte Nederland zich ingevolge artikel 32 lid 4 van dat verdrag tevens tot de toetreding tot de GRECO. Hiertoe moest wel eerst het oprichtingsstatuut van de GRECO worden goedgekeurd door de nationale wetgever. Zowel het RvE-corruptieverdrag als het GRECO-statuut is bij de ‘Wet Goedkeuring van enkele verdragen inzake de bestrijding van fraude en corruptie II’ per 11 juli 2001 goedgekeurd voor het gehele Koninkrijk der Neder- landen.²² Als lid van de GRECO heeft Nederland inmiddels drie evaluatieronden

¹⁹ Het project ‘Buitenlandse corruptie’ wordt besproken in paragraaf 7.3.4.1.

²⁰ De Nederlandse rapportage werd in december 2008 aangenomen door de WGB en is te raadplegen via <www.oecd.org/dataoecd/61/59/41919004.pdf>.

²¹ De WGB concludeerde dat Nederland 13 van de 18 aanbevelingen volledig geïmplementeerd had. Twee aanbevelingen waren gedeeltelijk en twee geheel niet geïmplementeerd en één aanbeveling was volgens de WGB niet langer relevant.

²² *Stb.* 2001, 315. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R 1671).

doorlopen. De daarvan verschenen rapporten geven het beeld van een land dat zijn zaken in grote lijnen wel op orde heeft. Wel is in elke ronde een aantal aanbevelingen gedaan, waarvan een aantal reeds in hoofdstuk vijf aan de orde is gekomen en een aantal in het hiernavolgende wordt besproken.

6.3.1 Round 1

De eerste evaluatieronde deed Nederland aan in de eerste helft van 2002. Na het inleveren van het vragenformulier²³ werd Nederland bezocht door een evaluatieteam bestaande uit een afgevaardigde van de Raad van Europa en drie experts uit Duitsland, Macedonië en Noorwegen. Het definitieve evaluatierapport werd eind maart 2003 aangenomen door de GRECO. De algehele conclusie van de GRECO was dat Nederland tot de groep GRECO-landen lijkt te behoren die het minst aangetast is door corruptie. Toch deed de GRECO een zevental aanbevelingen²⁴ en vroeg Nederland om over de voortgang daaromtrent binnen 18 maanden te rapporteren.

²³ Zie paragraaf 4.6.1.3.1.

²⁴ De aanbevelingen luiden als volgt.

1. De autoriteiten die belast zijn met het formuleren van anticorruptiebeleid dienen een meer proactieve benadering van het corruptiefenomeen te ontwikkelen,
2. Nederland dient meer gedetailleerde statistieken en gericht onderzoek en analyses te ontwikkelen om een duidelijker beeld van de omvang van het corruptiefenomeen te krijgen,
3. Nederland dient de toepassing te overwegen van een gemeenschappelijke regeling voor klokkenluiders voor alle publieke sectoren op alle niveaus, opdat er geen dubbele standaarden bestaan. Ook moet de verhouding tussen de bescherming van klokkenluiders en de meldplicht van ambtenaren met betrekking tot strafbare feiten (ex artikel 162 Sv) heroverwogen worden.
4. Het Openbaar Ministerie, de politiediensten, Rijksrecherche en FIOD-ECD dienen een strategie te ontwikkelen voor een vloeiende communicatie met de private sector over de bestrijding van corruptie.
5. Politie- en justitiediensten die zich met corruptiebestrijding bezighouden, dienen regelmatig training te krijgen op dit gebied en op het gebied van openbare aanbesteding. Ook dienen meer personen te worden aangesteld voor corruptiebestrijding.
6. In het licht van de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie’ dienen de opsporingsinstanties zo volledig mogelijk onderzoek te doen naar vermoedens van corruptie, zodat het Openbaar Ministerie een weloverwogen vervolgingsbeslissing kan nemen.
7. Nederland dient de mogelijkheid te overwegen van het creëren van gespecialiseerde rechtscolleges – binnen de bestaande rechtbanken – die zich met complexe en zware economische strafzaken gaan bezighouden.

Bijzonderheden in de eerste ronde

Nederland verklaart dat er geen aanwijzingen zijn dat er banden tussen corruptie en georganiseerde criminaliteit zijn. Deze vormen blijken het rapport althans geen ‘main issue’.²⁵ Verderop in hetzelfde rapport blijkt dat de landelijk corruptieofficier van justitie echter wel is ondergebracht bij de ‘National Organised Crime Prosecution Unit’.²⁶ Men kan zich dan afvragen of, indien de banden immers geen issue zijn, de plaatsing van de corruptieofficier bij genoemde unit dan wel de juiste is. De stelling dat banden tussen georganiseerde misdaad en corruptie geen main issue zijn, ontleende Nederland aan een rapport van een onderzoeksgroep onder leiding van prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut in opdracht van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden.²⁷ Over het onderzoek, dat stamt uit 1995, zei de Enquêtecommissie in 1996 reeds:

Nog steeds bestaan geen aanwijzingen dat de overheid systematisch wordt gepene- treerd door organisaties en personen, die bij ernstige criminaliteit zijn betrokken [...]. Wel zijn incidenten met een dergelijke achtergrond bekend, in het bijzonder incidenten die betrekking hadden op corruptie. Maar ook al zijn die incidenten niet systematisch te duiden en ook al zijn niet alle gevallen van corruptie en gebrekkige bestuurlijke integriteit te wijten aan georganiseerde misdaad – die incidenten nemen wel toe (onderstreping van mij, GS).²⁸

Aangezien in 1996 reeds een toename van incidenten werd geconstateerd, lijkt een beroep op dat rapport – dat ten tijde van de GRECO-evaluatie inmiddels bijna acht jaar oud was – ter onderbouwing van de stelling dat banden tussen georganiseerde misdaad en corruptie geen main issue in Nederland zijn, niet overtuigend.

Bovendien stelde onderzoeksgroep van Fijnaut in het rapport dat wanneer een ruimere definitie van georganiseerde criminaliteit wordt gehanteerd “– zeggende bijvoorbeeld dat georganiseerde criminaliteit evengoed betrekking kan hebben op hiërarchisch georganiseerde groepen die zich met geweld en corruptie een weg banen naar duurzame machtsposities in bepaalde legale economische sectoren als op groepjes gewiekste flessentrekkers en overvallers – dan is het probleem dat deze criminaliteit stelt, ook in de verbeelding, al vlug vele malen ernstiger, toch zeker in omvang [...]”²⁹ De onderzoekers lijken derhalve over de omvang van het *corruptie*probleem een stuk minder positief te zijn.

²⁵ GRECO Round 1 evaluatierapport, paragraaf 18.

²⁶ Idem, paragraaf 28.

²⁷ C.J.C.F. Fijnaut, F. Bovenkerk, G.J.N. Bruinsma & H.G. van de Bunt, *Eindrapport georganiseerde criminaliteit in Nederland*, Den Haag 1995, gepubliceerd als *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 16.

²⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 14, p. 387.

²⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 16, p. 140.

Bij de vaststelling van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet BIBOB) in 2002 wordt bovengenoemde overweging van de Enquêtecommissie over het toenemend aantal incidenten zelfs aangevoerd als (één van de) reden(en) voor het nemen van preventieve maatregelen tegen de inmenging van de georganiseerde misdaad in de overheid.³⁰ Kennelijk bestond het vermoeden dat de genoemde banden tussen corruptie en georganiseerde misdaad toch een iets grotere 'issue' waren dan de regering in diezelfde periode aan de GRECO liet weten. Aan de andere kant: ook wanneer het eventuele bestaan van banden tussen corruptie en georganiseerde criminaliteit geen 'main issue' is, kan het geen kwaad om de overheid er toch (preventief) tegen te wapenen.

Opmerkelijk is voorts dat in het GRECO-evaluatierapport allerlei conclusies over de omvang van het corruptieprobleem worden getrokken, terwijl de GRECO in hetzelfde rapport concludeert dat in feite onvoldoende gedetailleerde analyses bestonden van de aard en omvang van corruptie in Nederland. De GRECO doet dan ook onder meer de aanbeveling aan Nederland om dergelijke analyses te gaan maken (aanbeveling 2).³¹

De aanbevelingen in het evaluatierapport betreffen voornamelijk de uitvoeringspraktijk. Geen enkele aanbeveling betreft inconsistenties in de strafbaarstelling van omkoping.

Wel bleek het de GRECO dat, hoewel de Nederlandse overheid vele initiatieven op het gebied van integriteit zei te nemen, het probleem van corruptie leek te blijven bestaan. Integriteit werd ten tijde van de evaluatie nog duidelijk ervaren als een verplichting en niet zozeer als een cultuur die men omarmde. In het rapport wordt met 'men' bedoeld op ambtenaren, maar het spreekt vrijwel vanzelf dat het beeld van het bedrijfsleven niet positiever was.³²

Geheel conform de regels³³ berichtte Nederland binnen 18 maanden in september 2004³⁴ aan de GRECO over de uitvoering door Nederland van de zeven aanbevelingen in het evaluatierapport. De beoordeling hiervan door de GRECO in een Compliance Report³⁵ werd aangenomen tijdens de plenaire vergadering van de GRECO van 14 tot en met 18 maart 2005.³⁶ Aan vijf van de zeven aanbevelingen

³⁰ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 883, nr. 3, p. 4.

³¹ GRECO Round 1 evaluatierapport, paragraaf 80.

³² Het belang van een integere organisatie kreeg immers eerst de aandacht binnen de overheid en pas later in het bedrijfsleven.

³³ Artikel 30 van de Rules of Procedure verplicht tot een voortgangsrapportage binnen een door GRECO gestelde termijn.

³⁴ Dit zogenaamde 'RS-report' (afgeleid van het Franse 'Rapport de situation') is niet openbaar.

³⁵ GRECO noemt het een 'RC-report', afgeleid van het Franse 'Rapport de conformité'.

³⁶ 'First Evaluation Round. Compliance Report on the Netherlands', Straatsburg, 18 maart 2005 (GRECO RC-I (2004) 13E).

had Nederland naar tevredenheid van de GRECO gevolg gegeven. Een aanbeveling waar Nederland (nog) niet volledig naar behoren opvolging had gegeven, betrof het verbeteren van de communicatie met de private sector. Op deze aanbeveling en de Nederlandse uitvoering daaraan wordt in het bijzonder ingegaan in paragraaf 7.6.2. De andere aanbeveling die nadere inspanning behoefde, betrof de specifieke opleidingen van de politie- en justitiediensten die zich met corruptiebestrijding bezighouden. Daar was nog niet voldoende resultaat geboekt. Nederland moest op deze twee punten opnieuw rapporteren voor eind september 2006. Bij deze rapportage bleken ook de laatste twee aanbevelingen naar tevredenheid van de GRECO te zijn geïmplementeerd.³⁷

6.3.2 Round 2

In de tweede evaluatieronde kwam Nederland aan de beurt in 2005. Het evaluatieteam, gevormd door drie justitie-ambtenaren uit Polen, Tsjechië en Duitsland, bezocht Nederland van 31 januari tot en met 4 februari van dat jaar. Het definitieve evaluatierapport werd aangenomen door de GRECO in oktober 2005.

De GRECO deed een zestal aanbevelingen, waarvan er drie zich richtten op het strafrechtelijk sanctiearsenaal ten aanzien van omkoping.

Hiervoor in paragraaf 5.5.1.9.1 is de verhoging besproken van de geldboetecategorie voor de actieve omkopingsvarianten die in artikel 177a en 178 Sr strafbaar zijn gesteld, welke het directe gevolg (zij het viereenhalf jaar na dato) was van één van de aanbevelingen van de GRECO.

Bij dezelfde wetswijziging per 1 april 2010 gaf Nederland tevens uitvoering aan een andere aanbeveling van de GRECO. Aan de artikelen 177, 177a en 178 werd een nieuw lid toegevoegd waardoor thans wordt voorzien in de mogelijkheid tot oplegging van een ontzetting uit het beroep.³⁸

De GRECO deed ook de aanbeveling om de geldboetes die kunnen worden opgelegd aan rechtspersonen te verhogen, zodat die “effective, proportionate and dissuasive” zijn. In paragraaf 5.5.1.9.3 is besproken hoe Nederland die aanbeveling heeft uitgevoerd.

Een vierde aanbeveling betrof de bevordering van het gebruik van de strafrechtelijke ontnemingsmaatregel. De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen is de laatste jaren steeds een speerpunt geweest van het OM en de primaire taak van het Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie (BOOM). De Minister van Justitie meende in 2009 echter dat het afnemen van criminele winsten nog altijd niet

³⁷ ‘First Evaluation Round. Addendum to the Compliance Report on the Netherlands’, Straatsburg, 21 maart 2007 (GRECO RC-I (2004) 13E Addendum).

³⁸ Zie paragraaf 5.5.1.9.2.3. De wetswijzigingen werden meegenomen in een grotere wijziging van de strafrechtelijke en strafvorderlijke wetgeving in verband met rechtsontwikkelingen, internationale verplichtingen en geconstateerde wetstechnische gebreken en leemten, die derhalve niet slechts zag op de strafbaarstelling van omkoping.

de plaats had die het toekomt.³⁹ De wijziging van artikel 36e Sr per 1 juli 2011 heeft dan ook als doel het aantal ontnemingen (nog meer) te doen toenemen. Strafrecht moet (de overheid) geld gaan opleveren, in plaats van geld kosten, zo lijkt de gedachte te zijn.

De overige twee aanbevelingen van de GRECO hadden een preventief karakter en borduurden voort op het algemene vereiste voor een succesvolle bestrijding van omkoping, namelijk dat ambtenaren handreikingen moeten krijgen, zodat ze weten wat van hen verwacht wordt op het gebied van integriteit. De bespreking van deze twee aanbevelingen valt buiten het bereik van dit onderzoek.

6.3.3 Round 3

De twee thema's die tijdens de derde ronde geëvalueerd moesten worden,⁴⁰ waren zodanig verschillend en bovendien elk zo omvangrijk, dat twee aparte visitatie-commissies Nederland bezochten in november 2007. Voor het eerste thema, dat de nationale strafbaarstellingen van corruptiedelicten behandelt, werd op 6 en 7 november 2007 door een commissie bestaande uit twee strafrechtexperts uit Groot-Brittannië en Litouwen (ondersteund door twee medewerkers van het secretariaat van de GRECO) gesproken met actoren uit de strafrechtspleging, een wetenschapper en vertegenwoordigers van Transparency International Nederland.

Voor thema II, over de transparantie van de financiering van politieke partijen, werd Nederland van 6 tot en met 9 november 2007 bezocht door twee experts uit Turkije en Letland (wederom ondersteund door dezelfde twee medewerkers van het secretariaat van de GRECO).

Beide rapporten werden aangenomen door de GRECO in juni 2008. Hoewel de meeste kritiek van de GRECO op Nederland de transparantie in de financiering van politieke partijen betrof en dus in het rapport van thema II is terug te vinden, is dat voor dit onderzoek minder van belang. In het hiernavolgende wordt derhalve slechts ingegaan op het rapport van thema I waarin de Nederlandse strafbaarstellingen van corruptiedelicten geëvalueerd zijn.

De GRECO deed na een uitgebreide analyse van de Nederlandse strafbaarstelling van omkoping een zestal aanbevelingen:

1. Nederland diende na te gaan of in het kader van het rechtszekerheidsbeginsel een nadere duiding van het begrip ambtenaar wenselijk is;⁴¹

³⁹ *Kamerstukken II* 2009-10, 32 194, nr. 3, p. 1.

⁴⁰ Zie voor een bespreking van de opzet en indeling van de monitoring door de GRECO paragraaf 4.6.1.3.

⁴¹ Bij de bespreking hiervoor in paragraaf 5.5.4 van het begrip ambtenaar in het strafrecht is gebleken dat een eenduidige definitie van dit begrip niet vast te stellen is en dat het

2. De strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping – welke niet was aangepast bij de wetsherziening van 2001 – diende meer in lijn te worden gebracht met de strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping;⁴²
3. Nederland diende opnieuw te bezien of het voorbehoud dat het gemaakt had bij artikel 12 van het RvE-corruptieverdrag – dat de strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding voorschrijft – nog langer nodig was;⁴³
4. Het vereiste van dubbele strafbaarheid dat Nederland met betrekking tot bepaalde in het buitenland gepleegde omkopingsdelicten hanteerde, diende te worden heroverwogen;⁴⁴
5. De geldboetecategoriën van een aantal omkopingsdelicten diende te worden verhoogd zodat die ‘effective, proportionate and dissuasive’ zouden zijn;⁴⁵
6. Hoge prioriteit diende te worden gegeven aan het implementeren van de verdragsverplichtingen in de wetgeving van de (toenmalige) Nederlandse Antillen en Aruba.⁴⁶

Op verschillende van bovenstaande aanbevelingen is eerder in dit onderzoek reeds nader ingegaan, bespreking daarvan blijft hier derhalve achterwege. Een aantal aanbevelingen dat niet reeds is besproken, komt hierna in dit hoofdstuk aan de orde.

6.3.4 Evaluaties van de Caribische delen van het Koninkrijk

Blijkens de artikelen 3 en 4 van de rijkswet uit 2001 tot goedkeuring van onder meer het RvE-corruptieverdrag en het GRECO-statuut zijn deze internationale regelingen goedgekeurd voor het gehele Koninkrijk der Nederlanden.⁴⁷ Dit lijkt te betekenen dat de evaluaties door de GRECO van Nederland ook betrekking moeten hebben op de situatie in de landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten en op de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba). Dit zijn immers elk ook delen van

volgens de Nederlandse regering bovendien niet aan de wetgever is om het begrip wettelijk (strafrechtelijk) af te bakenen.

⁴² De bespreking van niet-ambtelijke omkoping valt buiten het bereik van dit onderzoek. De door GRECO verzochte aanpassingen van deze strafbaarstelling werden meegenomen in de eerder besproken wetswijziging die per 1 april 2010 in werking trad (*Stb.* 2009, 525).

⁴³ Zie hierna in paragraaf 6.4.2.1.

⁴⁴ Hiervoor in paragraaf 5.5.1.8.2 is ingegaan op dit vereiste dat Nederland stelt ten aanzien van bepaalde omkopingsdelicten met internationale aspecten.

⁴⁵ In paragraaf 5.5.1.9.1 is ingegaan op deze aanbeveling en hetgeen Nederland heeft gedaan ter uitvoering ervan.

⁴⁶ Zie hierna in paragraaf 6.3.4.

⁴⁷ *Stb.* 2001, 315.

het Koninkrijk. Nederland blijkt echter nadien⁴⁸ in zijn ‘instrument of acceptance’ – het bericht aan het secretariaat van het verdrag waarin de goedkeuring van het verdrag wordt gemeld – te hebben verklaard dat het RvE-corruptieverdrag slechts voor het Europese deel van het Koninkrijk werd geaccepteerd. De Nederlandse Antillen⁴⁹ en Aruba hadden het verdrag namelijk nog niet geïmplementeerd in hun respectieve nationale wetgevingen; beide landen hadden een aanzienlijke achterstand bij de implementatie van een groot aantal verdragen.

Met betrekking tot de goedkeuring van het GRECO-statuut en dus ten aanzien van het lidmaatschap van de GRECO is niet gebleken van een dergelijk voorbehoud door Nederland. Dit zou betekenen dat het lidmaatschap van de GRECO het Koninkrijk als geheel zou betreffen en dat de GRECO-evaluaties wel degelijk betrekking zouden kunnen hebben op het gehele Koninkrijk. Zolang de wet in Aruba en de Nederlandse Antillen niet werd aangepast en daarmee het RvE-corruptieverdrag voor deze landen in werking zou treden, zou een (aparte) evaluatie van de landen echter weinig zin hebben. De aandacht voor de Caribische delen van het Koninkrijk der Nederlanden in de evaluaties van de GRECO is derhalve beperkt gebleven tot de hierboven genoemde oproep in het Round 3-evaluatierapport (Thema I) aan Nederland om prioriteit te geven aan het implementeren van de verplichtingen uit het RvE-corruptieverdrag in de Nederlandse Antillen en Aruba.

Sinds 10 oktober 2010 behoren Bonaire, Sint Eustatius en Saba tot (Europees) Nederland en is op die eilanden het oude Wetboek van Strafrecht van de Nederlandse Antillen zodanig aangepast dat (onder meer) buitenlandse omkoping ook strafbaar geworden is. Nederland heeft aan het secretariaat van het RvE-corruptieverdrag kenbaar gemaakt dat per die datum het verdrag ook op deze eilanden van toepassing is, met dezelfde uitzonderingen als welke voor Europees Nederland gelden.

In (het per 10 oktober 2010 nieuw ontstane land) Curaçao trad per 15 november 2011 een volledig herzien en modern Wetboek van Strafrecht in werking waarin eveneens is voorzien in een strafbaarstelling van buitenlandse omkoping.⁵⁰ In Aruba en (het eveneens per 10 oktober 2010 ontstane land) Sint Maarten was een in grote lijnen zelfde nieuwe wet bij sluiting van dit manuscript nog niet in werking getreden, maar dat zou spoedig moeten gebeuren. Zodra die inwerkingtredingen zijn geschied, voldoet het gehele Koninkrijk (op het gebied van strafwetgeving) in

⁴⁸ Dit bericht is op 11 april 2002 ingediend bij het secretariaat, negen maanden na de inwerkingtreding van de goedkeuringsrijkswet.

⁴⁹ Tot 10 oktober 2010 en dus ook ten tijde van de ondertekening en ratificatie van het RvE-corruptieverdrag en het GRECO-statuut, vormden de eilanden Bonaire, Curaçao, Saba, Sint Eustatius en Sint Maarten gezamenlijk het land de Nederlandse Antillen dat eveneens onderdeel was van het Koninkrijk der Nederlanden.

⁵⁰ De strafbaarheid van actieve omkoping is geregeld in de artikelen 2:128 tot en met 2:131 en van passieve omkoping in de artikelen 2:350 tot en met 2:352 en 2:363 van het Curaçaose Wetboek van Strafrecht.

gelijke mate⁵¹ aan het RvE-corruptieverdrag en de overige in dit onderzoek besproken corruptieverdragen en zijn de Caribische landen van het Koninkrijk klaar voor, althans toe aan een evaluatie door de GRECO.

Een gezamenlijke evaluatie van het gehele Koninkrijk lijkt dan het meest aangewezen, nu het immers het Koninkrijk der Nederlanden is dat in beginsel partij is bij het RvE-corruptieverdrag. Slechts de werking van het verdrag binnen het Koninkrijk wordt uitgebreid. Aangezien echter het Europese deel van het Koninkrijk de eerste en tweede evaluatieronde reeds heeft doorlopen, zal een ‘inhaalevaluatie’ moeten worden gedaan ten aanzien van de Caribische delen van het Koninkrijk. Daarbij kunnen de twee ronden worden samengevoegd.⁵²

De landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten moeten dan wel elk een ‘instrument of acceptance’ produceren ter indiening (al dan niet via het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken) bij het secretariaat van het RvE-corruptieverdrag, zodat ook daar bekend is dat het verdrag is geïmplementeerd en gelding heeft.

Ten aanzien van het OECD-corruptieverdrag kan een soortgelijk betoog als hierboven worden gehouden. Bij rijkswet van 13 december 2000 is het verdrag goedgekeurd voor het gehele Koninkrijk.⁵³ Door de hierboven beschreven aanpassingen van de strafwetgeving in de Caribische delen van het Koninkrijk, die onder meer een strafbaarstelling van buitenlandse omkoping inhouden, kan de medegelding van het verdrag voor deze Koninkrijksdelen worden afgekondigd⁵⁴ en kunnen de monitoringsinspanningen van de WGB zich ook op de situatie op deze landen gaan richten.

Voor het VN-corruptieverdrag geldt hetzelfde. Het verdrag is bij procedure van stilzwijgende goedkeuring voor het gehele Koninkrijk goedgekeurd, maar ook hier blijkt uiteindelijk slechts de goedkeuring van het Europese deel van het Koninkrijk te zijn gemeld aan de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties. Net als de hiervoor genoemde verdragen is dit verdrag sinds 10 oktober 2010 ook voor de BES-eilanden gaan gelden, maar Aruba, Curaçao en Sint Maarten blijven achter in het melden van de goedkeuring van het verdrag aan de Secretaris-Generaal van de VN. Zodra dat is gebeurd, staat niets de monitoring van alle landen binnen het Koninkrijk der Nederlanden door het mechanisme van de VN in de weg.

⁵¹ In gelijke mate, want zoals hiervoor al duidelijk werd en elders in dit en het volgende hoofdstuk nog naar voren komt, zijn nog verbeteringen denkbaar.

⁵² Deze aanpak is steeds toegepast bij landen die na sluiting van de eerste evaluatieronde toetraden tot de GRECO.

⁵³ *Stb.* 2000, 615.

⁵⁴ Zoals gezegd was de nieuwe wetgeving in Sint Maarten en Aruba nog niet in werking getreden bij sluiting van het manuscript, maar de verwachting was dat dit spoedig zou gebeuren.

Hiervoor is opgemerkt dat de Nederlandse Antillen – tegenwoordig Curaçao, Sint Maarten – en Aruba een grote achterstand hebben bij het ratificeren van een veelheid aan internationale verdragen die namens het gehele Koninkrijk zijn ondertekend. Dat zijn er inmiddels zoveel dat er moeilijk zicht op te krijgen is. Met het aannemen van de nieuwe wetboeken van Strafrecht in deze landen zijn reeds verscheidene verdragen geïmplementeerd. Dat is een goede stap, maar deze implementatie moet dan ook gemeld worden aan de verschillende secretariaten van de respectieve verdragen. Het zou goed zijn wanneer Nederland – dat wordt geacht te beschikken over een overzicht hiervan en over ervaring hiermee – de Caribische landen hierin zou bijstaan, zodat die landen zo spoedig mogelijk kunnen profiteren van de voordelen die internationale samenwerking met zich meebrengt.

6.4 Nog te maken verbeteringen naar aanleiding van verdragsverplichtingen

Hiervoor is duidelijk geworden dat de Nederlandse strafwetgeving goeddeels sinds 1 februari 2001 en in nog grotere mate sinds 1 april 2010 op orde is en (grotendeels) voldoet aan de minimale internationale verplichtingen op het gebied van het materiële strafrecht. Toch is een aantal toevoegingen, vereenvoudigingen en herformuleringen niet gemaakt, terwijl deze een nadere verbetering zouden kunnen betekenen van de omkopingsbepalingen. Hierna wordt ingegaan op enkele van deze (nog) niet gemaakte aanpassingen.

6.4.1 Aanpassing van de bestaande omkopingsbepalingen

De Nederlandse omkopingsbepalingen zijn aangepast en uitgebreid met het oog op implementatie van verdragsverplichtingen, maar ook om de opsporings- en vervolgingspraktijk te dienen. Grotendeels is de verruiming van de strafbaarstellingen geslaagd. Op een aantal punten had de wetgever beter gekund. Daarnaast heeft de wetgever (bewust) de invulling van een aantal bestanddelen overgelaten aan de praktijk, die wellicht op het niveau van wet hadden moeten worden geregeld, ter bevordering van – op zijn minst – de rechtszekerheid. Op bepaalde punten is de wet heel ruim, maar moet die in de praktijk beperkter worden uitgelegd.⁵⁵ Op andere punten lijkt de wettekst bij letterlijke lezing beperkt, maar blijkt die in de praktijk ruimer te moeten worden begrepen.⁵⁶ Door aanpassing van de huidige omkopingsbepalingen kunnen ze beter aanduiden welk gedrag strafbaar is, hetgeen de rechtszekerheid ten goede zou komen. In het hiernavolgende wordt ingegaan op enkele

⁵⁵ Zoals het beleid ten aanzien van facilitation payments. Zie hiervoor in paragraaf 5.5.1.7 en hierna in paragraaf 7.3.3.4.3.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld de wettelijke formulering van het aanbieden, beloven en geven van giften, beloften en diensten, welke heel precies is afgebakend in de wettekst en daardoor bepaalde vormen van omkoping lijkt uit te sluiten. Zie hierna in paragraaf 6.4.1.3.

van de mogelijke aanpassingen, waarna ik kom tot een herformulering van de omkopingsbepalingen.

6.4.1.1 Strijdigheid met de plicht

Het blijkt in de praktijk niet zelden lastig te zijn te bepalen of een ambtenaar door een bepaalde gedraging te verrichten nu wel of niet in strijd met zijn plicht handelt. Lindenberg wijt dit aan het geldende recht, waar ambtenaren veelal over discretionaire bevoegdheden beschikken en het derhalve vaak moeilijk vast te stellen is wat in strijd is met de plicht.⁵⁷ Sikkema meent dat in dit kader bovendien sprake is van rechtsongelijkheid: een hogere ambtenaar handelt minder snel in strijd met zijn plicht, omdat hij over meer beleidsvrijheid beschikt.⁵⁸ Omgekeerd betekent dit dat een lage ambtenaar met een strikte taakomschrijving en beperkte beleidsvrijheid en bevoegdheden eerder in strijd met zijn plicht handelt. Dus zou de omkoping van een lagere ambtenaar eerder het met een twee keer zo zware maximumstraf bedreigde delict van artikel 177 Sr opleveren dan de omkoping van een hogere ambtenaar, aangezien die lagere ambtenaar zijn beperkte bevoegdheden sneller te buiten gaat dan een hoge ambtenaar met ruimere bevoegdheden.⁵⁹ Een hogere ambtenaar met ruime bevoegdheden, moet (en kan) veel verder gaan en veel schadelijker gedrag vertonen voordat hij de grens van de strijdigheid met de plicht overschrijdt, dan een lage ambtenaar die al heel snel in strijd met zijn plicht handelt. Lagere ambtenaren hebben over het algemeen ook minder mogelijkheden om al te schadelijk gedrag te vertonen.⁶⁰ Bovendien, aangezien het salaris van ambtenaren van oorsprong (deels) bedoeld is om te voorkomen dat ambtenaren uit levensnoodzaak op zoek gaan naar extra inkomsten (en zich om die reden laten omkopen),⁶¹ zou zelfs gesteld kunnen worden dat van lagere ambtenaren een mindere mate van integriteit wordt verwacht. Anders zou hun immers wel een hoger salaris worden aangeboden, opdat ze niet op zoek zouden hoeven te gaan naar extra inkomsten.

⁵⁷ K. Lindenberg, Aant. 9e bij artikel 177 Sr, in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 950. Lindenberg noemt als voorbeelden het gemeentelijk gedoogbeleid en politiesepots.

⁵⁸ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 575.

⁵⁹ Het kan zijn dat een lage ambtenaar die door een bepaalde handeling te verrichten in strijd met zijn plicht handelt, terwijl een hoge ambtenaar diezelfde handeling kan verrichten zonder daarmee in strijd met zijn plicht te handelen.

⁶⁰ Een lage ambtenaar kan bijvoorbeeld geen ingrijpende beslissingen nemen en heeft over het algemeen geen of beperkte toegang tot gevoelige informatie. Daardoor kan hij derhalve – als het goed is – minder schade aanrichten.

⁶¹ Nog in de achttiende eeuw was ook in Nederland de ambtenaar voor het overgrote deel van zijn inkomsten afhankelijk van directe giften van de personen die zijn diensten verlangden. In sommige landen en culturen is dit nog steeds het geval. Zie C.F. Rüter en A.J. Hoekema, 'Omkoping van anderen dan ambtenaren', *TvS* 1968-3, p. 136.

Sikkema pleit voor afschaffing van het onderscheid tussen omkoping tot een handelen of nalaten in strijd met de plicht en omkoping tot een handelen of nalaten dat niet in strijd is met de plicht.⁶² Voor deze opvatting valt wat te zeggen. In gevallen waarin slechts artikel 363 (of artikel 177) ten laste is gelegd omdat de officier van justitie meent dat hetgeen de ambtenaar (ten behoeve van de omkoper) als wederdienst heeft verricht in strijd was met zijn plicht, moet de rechter overgaan tot vrijpraak wanneer ter zitting vast komt te staan dat de ambtenaar weliswaar is omgekocht, maar dat de omkoping niet gericht was op een gedraging in strijd met de plicht van de ambtenaar. Omkoping tot een gedraging in strijd met de plicht van de ambtenaar kan dan namelijk niet bewezen worden. Ook de omgekeerde situatie is mogelijk. De verdachte die slechts artikel 177a (of artikel 362)⁶³ ten laste wordt gelegd zou met een succesvol verweer, houdende dat de wedergedraging van de ambtenaar toch echt wèl in strijd met diens plicht was, moeten worden vrijgesproken van de omkoping die ten laste is gelegd. Met de huidige ruime mogelijkheden om de tenlastelegging ter zitting te wijzigen kan dit probleem wel worden ondervangen en in veel gevallen worden beide varianten ten laste gelegd (primaïr-subsidiair), zodat de rechter die niet overtuigd is van de strijdigheid van het (door de omkoper beoogde) handelen of nalaten van de ambtenaar met diens plicht, daarna altijd nog kan trachten de subsidiair ten laste gelegde omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht van de ambtenaar te bewijzen.

Het is echter wel zo dat de twee varianten (wel en geen strijdigheid met de plicht) elkaar uitsluiten,⁶⁴ waardoor de officier van justitie (en de rechter) een keuze moet maken. In het geval dat de strijdigheid van een gedraging van een ambtenaar met zijn plicht niet kan worden bewezen, zal weliswaar in de praktijk vrijwel automatisch worden ‘teruggevallen’ op omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht en zal worden aangenomen dat die variant van omkoping aanwezig is, maar helemaal correct is dat niet. De strijdigheid en de niet strijdigheid zijn immers bestanddelen van de afzonderlijke delictsomschrijvingen en dienen als zodanig expliciet bewezen te worden. Als niet kan worden vastgesteld of de gedraging van de ambtenaar wel of juist niet in strijd is met zijn plicht, kan derhalve strikt genomen niet worden vastgesteld dat aan één van beide delictsomschrijvingen is voldaan. Sikkema voert als argument voor afschaffing van het onderscheid nog aan, dat hij heeft geconstateerd dat de grens tussen beide varianten in de rechtspraak in de loop der tijd vervaagd is, hetgeen volgens hem een afschaffing des te meer rechtvaar-

⁶² E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 267.

⁶³ Deze situatie kan zich voordoen bij de vervolging van zowel de omkoper als de omgekochte.

⁶⁴ G.A.A.J. van den Heuvel e.a., *De maat van het onregelmatige. Een rapport over aard en omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid*, deelproject 2 in de Enquête bouwnijverheid, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 244, nr. 9, p. 140.

dig.⁶⁵ Deze vervaging van het onderscheid maakt het nog moeilijker om vast te stellen of de gedraging van de ambtenaar wel of niet in strijd is met zijn plicht.

Door afschaffing van het wettelijk onderscheid tussen 'lichtere' (artikel 177a en 362 Sr) en 'zwaardere' (artikel 177 en 363 Sr) omkoping zou voor actieve en passieve omkoping elk slechts één wetsartikel overblijven met elk één strafmaximum. Dat zouden dan de zwaardere strafmaxima uit artikel 177 en 363 moeten zijn. In theorie is het dan mogelijk beide varianten van omkoping gelijk te straffen. Aannemelijker is dat de rechter ook dan nog bij het bepalen van de strafmaat in zijn overweging mee zou wegen dat er wel of geen strijdigheid met de plicht van de ambtenaar aanwezig was of werd beoogd. De rechter zou dan alsnog een onderscheid kunnen aanbrengen tussen de twee varianten. Maar als de strijdigheid geheel niet meer in de wet voorkomt, dan hoeft het geen criterium meer te zijn waar de rechter rekening mee dient te houden.

Strijdigheid met de plicht als specialis

In tegenstelling tot Sikkema ben ik van mening dat het onderscheid tussen omkoping tot een gedraging in strijd met de plicht en omkoping tot een gedraging niet in strijd met de plicht niet zozeer behoeft te worden afgeschaft, als wel anders dient te worden geformuleerd. Klaarblijkelijk vond niet alleen de wetgever van 1886, maar ook die van 2001 het noodzakelijk een wettelijk onderscheid te maken respectievelijk te behouden tussen beide modaliteiten. De wetgever wilde kennelijk een onderscheid behouden tussen ernstige en minder ernstige gevallen van omkoping en wilde kennelijk niet dat de rechtspraak zelf regels zou ontwikkelen aan de hand waarvan de strafwaardigheid van verschillende gevallen wordt bepaald. Uit de verschillen in strafmaxima is duidelijk af te leiden dat de wetgever omkoping waarbij een ambtenaar in strijd met de plicht heeft gehandeld of werd beoogd te gaan handelen als aanzienlijk schadelijker kwalificeert dan omkoping waarbij die strijdigheid geen rol speelt. De maximaal op te leggen vrijheidsstraffen van eerstgenoemde vorm zijn het dubbele (vier jaren) ten opzichte van laatstgenoemde (twee jaren). Voorheen was dit verschil zelfs nog groter. Dit verschil vindt de wetgever kennelijk zo substantieel dat hij tot op heden de twee vormen niet op één hoop heeft willen gooien. In het licht van de rechtszekerheid valt iets te zeggen voor de keuze voor een wettelijk onderscheid boven rechterlijke vrijheid.

Om tegemoet te komen aan de kennelijke wens van de wetgever tot behoud van het onderscheid, maar tevens ter wegneming van het hierboven geconstateerde (theoretische) hiaat dat strikt genomen geen van beide varianten kan worden bewezen als niet kan worden vastgesteld of de gedraging van de ambtenaar wel of juist niet in strijd is met zijn plicht, kan mijns inziens het beste worden gekozen voor een wette-

⁶⁵ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 575.

lijke constructie waarin de strijdigheid met de plicht als strafverzwarende grond wordt aangemerkt. Gedacht moet dan worden aan een generalis/specialis-constructie, waarbij de strijdigheid met de plicht de extra voorwaarde voor strafverzwaring vormt. Immers, de omstandigheid dat de wederdienst van de ambtenaar in strijd is met diens plicht vormt slechts één extra voorwaarde voor strafbaarheid ten opzichte van de omkoping waarbij die strijdigheid niet vereist wordt. De omkoping tot een doen of nalaten dat in strijd is met des ambtenaars plicht is derhalve een specialis ten opzichte van de generalis waarvoor geen strijdigheid vereist is.

Onder de huidige wetgeving moet zoals gezegd ofwel worden *bewezen* dat sprake is van strijdigheid, ofwel worden *bewezen* dat *geen* sprake is van strijdigheid. In de door mij voorgestelde constructie moet weliswaar, om de strafverzwarende grond van toepassing te laten zijn, worden bewezen dat sprake is van strijdigheid, maar wanneer dat bewijs niet slaagt, dan kan de passage in de tenlastelegging over die strijdigheid worden doorgestreept en kan men terugvallen op het basisdelict, waarbij niets omtrent de strijdigheid hoeft te worden bewezen, dus ook niet dat die strijdigheid *niet* aanwezig is.

Een dergelijke constructie is bij de strafbaarstelling van actieve en passieve rechterlijke omkoping wel gekozen; de zwaardere strafbedreiging voor de situatie waarin de omkoping van de rechter plaatsvindt om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen is als specialis opgenomen in hetzelfde wetsartikel als 'gewone' rechterlijke omkoping, de generalis.⁶⁶

6.4.1.2 Directe en indirecte omkoping

Alle verdragen die Nederland heeft ondertekend en geratificeerd op het gebied van corruptiebestrijding beogen de strafbaarstelling van zowel directe als indirecte omkoping. Om daar geen misverstand over te laten bestaan, noemt elk verdrag het ook expliciet en in de strafbaarstelling zelf, dus niet in een toelichting.⁶⁷ In de Nederlandse strafbaarstelling van zowel actieve als passieve omkoping ontbreekt echter een dergelijke toevoeging.

In de memorie van toelichting bij de wet tot goedkeuring van het EU-corruptieprotocol meent de Minister dat de passage 'middellijk of onmiddellijk' niet noopt tot aanpassing van het Wetboek van Strafrecht. De Minister zegt echter niet waarom hij meent dat dit zo is.⁶⁸ Bij de goedkeuring van het OECD-corruptieverdrag

⁶⁶ Zie voor de bespreking van de omkoping van rechters paragraaf 5.6.

⁶⁷ De Nederlandse vertalingen van de verdragen luiden wel steeds iets anders: de vertaling van het OECD-corruptieverdrag spreekt van 'direct of via tussenpersonen', de EU-regelgeving noemt het 'onmiddellijk of middellijk', het verdrag van de Raad van Europa 'rechtstreeks of indirect' en de VN gewoon 'direct of indirect'.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 24 468 (R1637), nr. 3, p. 13. De Minister geeft wel (zeer kort) aan waarom hij meent dat de passages 'voordelen, ongeacht de aard daarvan' en 'voor zichzelf of voor een ander' uit artikel 2 van het protocol niet tot aanpassing van het

begint de minster niet eens over de passage ‘direct dan wel via tussenpersonen’.⁶⁹ Tijdens het Kamerdebat over de goedkeuring van laatstgenoemd verdrag zegt de Minister in reactie op een vraag van Kamerlid Kant hierover, dat “de tekst van de wet [...] uitdrukkelijk zo ruim mogelijk [is] gekozen opdat ook de tussenpersonen onder de tekst van de wet vallen.”⁷⁰ Hoewel de Minister er niet naar verwijst, is hij hier (wellicht onbewust) consistent met hetgeen de wetgever van 1886 al overwoog. Het Ontwerp van 1847 voor een nieuw Wetboek van Strafrecht bevatte de bijvoeging “regtstreeks of door tusschengekomen personen”, welke aldus uitdrukkelijk beide verschijningsvormen van omkoping strafbaar stelde. In de artikelen 362 en 363 Sr die in 1886 in werking traden, is deze toevoeging weggelaten, “vermits die geheel overbodig mag geacht worden”.⁷¹ Tijdens de eerste evaluatie door de WGB wist Nederland ook een oud arrest van de Hoge Raad⁷² te noemen dat volgens de Nederlandse overheid deze lezing onderschrijft.⁷³ In dit arrest kon de terechtstaande omkoper niet aan een veroordeling ontkomen door te stellen dat hij de belofte van een geldsom – welke de kern van de omkoping vormde – deed in opdracht van een ander en dat die ander ook de uiteindelijke uitbetaling van de geldsom zou verzorgen. Overigens kan bij een enge lezing van het arrest slechts worden geconcludeerd dat de omkoper die namens een ander handelt niet vrijuit gaat. De Hoge Raad geeft niet aan of ook de persoon namens wie omgekocht wordt – de opdrachtgever – strafbaar is. En dat laatste is nu juist waar in het OECD-corruptieverdrag op wordt gedoeld: de (verscholen) opdrachtgever van de omkoping moet gestraft kunnen worden en niet slechts de feitelijk uitvoerder van de omkoping. Uiteraard is die feitelijk uitvoerder in beginsel ook strafbaar, maar de opdrachtgever moet zijn strafbaarheid niet kunnen ontwijken door het omkopen te delegeren.⁷⁴ Het arrest dat Nederland de WGB voorhield, geeft geen uitsluitel over de strafbaarheid van de opdrachtgever van de omkoping. Die opdrachtgever stond immers niet terecht in die zaak. Het arrest lijkt dus ongelukkig gekozen om aan te tonen dat indirecte omkoping ook strafbaar is. Beter had verwezen kunnen worden naar het leerstuk van het functioneel daderschap. Hieronder wordt daar nog kort op ingegaan.

Wetboek van Strafrecht nopen, maar hij gaat niet in op de passage ‘middellijk of onmiddellijk’.

⁶⁹ Vergelijk *Kamerstukken II* 1998/99, 24 468 (R1637), nr. 3, p. 22-23.

⁷⁰ *Handelingen II* 1999/2000, nr. 91, p. 5893.

⁷¹ Smidt, deel III, p. 69.

⁷² HR 21 oktober 1918, *NJ* 1918, p. 1128.

⁷³ OECD Phase 1 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/39/43/2020264.pdf>, p. 7.

⁷⁴ I. Zerbes, ‘Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials’, in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 120.

In veel gevallen is het zo dat het weglaten van nuancerings in wetsbepalingen die bepalingen algemener en breder toepasselijk maakt. In het hier besproken geval lijkt echter het weglaten van genoemde toevoeging juist de ruimte te geven om de reikwijdte van de bepaling aan te vechten.

De ruime uitleg van de bepaling die de Minister voor ogen had, lijkt bovendien ook niet voldoende kenbaar te zijn voor de rechtssubjecten, getuige ervaringen uit de praktijk.⁷⁵ Op dit punt zou explicitering op het niveau van wet een welkome aanvulling zijn die meer duidelijkheid zou scheppen voor de aan de Nederlandse wet onderworpenen. Een toevoeging van de woorden ‘onmiddellijk of middellijk’⁷⁶ betekent geen beperking van de reikwijdte van de bepaling nu de woorden geen andere, derde mogelijkheid openlaten die niet onder één van deze twee situaties te brengen is. Andere ‘smaken’ dan middellijk of onmiddellijk zijn er niet, dus het argument dat de toevoeging van de woorden de reikwijdte van de bepaling zou inperken, gaat niet op. Het is de Nederlandse wetgever voorts ook niet vreemd om een dergelijke passage in een strafbaarstelling op te nemen, dus ook dat kan de Minister niet hebben tegengehouden. Op elf plaatsen in het Wetboek van Strafrecht is een soortgelijke passage opgenomen, waaronder ook in twee ambtsmisdrijven, welke de woorden reeds in 1886 bevatten (de artikelen 376 en 377 Sr). Kennelijk vond de wetgever

⁷⁵ Nog in 2008 werd tijdens een informatiebijeenkomst voor Nederlandse ondernemers die deelnamen aan een handelsmissie naar Rusland, georganiseerd door het Ministerie van Economische Zaken door een deelnemer gevraagd hoe te handelen wanneer de Russische douane zou vragen om een steekpenning. Het antwoord van de woordvoerder van het Ministerie was dat men zich in dat geval niet moest wenden tot de douane, maar tot het kantoorje tegenover de douanepost om een en ander te regelen. Kennelijk is zelfs op het Ministerie niet bekend dat ook indirecte omkoping strafbaar is. Opmerkelijk is dat genoemd voorval plaatsvond nadat men had geluisterd naar een presentatie van Transparency International over integer zakendoen, zo vernam ik van degene die deze presentatie had gegeven.

⁷⁶ De keuze voor deze woorden ligt het meest voor de hand, nu deze vaker in het Wetboek wordt gebruikt. Meestal (vijf maal) worden ze andersom gebruikt: middellijk of onmiddellijk. Een enkele keer is een andere combinatie voor dezelfde inhoud gebruikt: de artikelen 151b lid 1 en 151c lid 1 Sr spreken van ‘rechtstreeks of middellijk’. De in de hoofdttekst gekozen formulering is overgenomen van de strafbaarstelling van witwassen (de artikelen 420bis en 420quater Sr). Deze bepalingen zijn het meest recent opgesteld door de wetgever en sluiten mijns inziens derhalve het beste aan bij de huidige moderne wijze van wetgeven. Daarnaast is het logischer om eerst ‘onmiddellijk’ en dan ‘middellijk’ te noemen, omdat de onmiddellijke variant het meest vanzelfsprekend is. Stonden de woorden er niet (zoals nu het geval is) dan zou over de strafbaarheid van ónmiddellijke omkoping geen onzekerheid bestaan. Het is juist de middellijke variant die als toevoeging wordt gezien. Men leze dus de woorden ‘onmiddellijk en middellijk’ als ‘niet slechts onmiddellijk, maar ook middellijk’. De laatste reden voor mijn keuze voor deze woordvolgorde is dat die beter aansluit bij de formuleringen in alle corruptieverdragen.

het in die gevallen wel noodzakelijk om expliciet aan te geven dat zowel de directe als de indirecte variant strafbaar is.

Wanneer de strafbaarheid van indirecte of middellijke actieve en passieve omkoping expliciet in de wet is vastgelegd, sluit dit de deur voor verweren als 'ik heb de gift niet (zelf) aangenomen'. Bovendien kan explicitering de aanpak vergemakkelijken van bedrijven achter tussenpersonen, van moedermaatschappijen achter dochtermaatschappijen en van andere deelnemers aan een samenwerkingsverband (bijvoorbeeld een joint venture) dan de deelnemer die de feitelijke omkoping verricht. Zonder deze explicitering is blijft het een discussiepunt hoever de verantwoordelijkheid van opdrachtgevers voor tussengeschoven personen en ondernemingen strekt.⁷⁷

Functioneel dader

De regeling van het functioneel ouderschap kan in veel gevallen worden aangewend om de opdrachtgevende indirecte dader te bestraffen. Het bedrijf dat zijn werknemer opdraagt een ambtenaar om te kopen kan net als de werknemer als pleger worden veroordeeld.

Maar wat nu als een bedrijf zijn werknemer – meer algemeen – opdraagt alles op alles te zetten om een bepaald overheidscontract binnen te halen en die werknemer besluit een ambtenaar om te kopen om dit te bereiken? Volgens De Hullu biedt eigenmachtig en onbevoegd optreden van een werknemer doorgaans geen basis voor functioneel ouderschap.⁷⁸

In de situatie dat een werknemer die op kosten van en ten gunste van zijn werkgever een ambtenaar omkoopt, terwijl die werkgever de werknemer expliciet heeft opgedragen 'integer te handelen', maakt de werknemer zich uiteraard schuldig aan omkoping. Of de werkgever als functioneel dader kan worden vervolgd, zal afhangen van de reactie van de werkgever op het gebeurde. De werkgever die, zodra hij (achteraf) op de hoogte is geraakt van de omkoping door zijn werknemer, berust in die omkoping en de oneerlijke vruchten ervan plukt, zou als functioneel dader kunnen worden aangemerkt. Hij heeft weliswaar geen opdracht gegeven tot de omkoping en heeft zelfs impliciet dan wel expliciet de omkoping verboden, maar toch heeft hij, zodra hij bekend werd met het gepleegde strafbare feit, niet gehandeld zoals hij had behoren te doen en heeft hij berust in de omkoping ten gunste van hemzelf of de onderneming. Ook aan rechtspersonen kunnen immers op grond van de in het Drijfmest-arrest⁷⁹ geformuleerde criteria gedragingen van hun medewerkers naar redelijkheid worden toegerekend.

⁷⁷ Zelfs met explicitering zal discussie mogelijk blijven, maar in mindere mate.

⁷⁸ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 158.

⁷⁹ HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, ook bekend als het Zijpe-arrest.

Kristen meent dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor gedragingen van hun dochterondernemingen mogelijk en verdedigbaar is, maar zeker niet vanzelfsprekend.⁸⁰ De dochtermaatschappij kan op grond van de Drijfmet-criteria gedragingen van haar medewerkers aan zich toegerekend krijgen. Die aan de dochtermaatschappij toegerekende gedragingen kunnen vervolgens in theorie op grond van dezelfde criteria aan de moedermaatschappij worden toegerekend. Mij is echter geen jurisprudentie bekend waarin dit wordt geaccepteerd. Bovendien houdt deze vorm van toerekening in feite een vereenzelviging in van de moeder- en dochtermaatschappij, hetgeen een relativering van de eigen rechtspersoonlijkheid van de dochtermaatschappij inhoudt.⁸¹ Wanneer de dochteronderneming in het buitenland is gevestigd, wordt het aanspreken van de moeder nog iets lastiger, maar nog altijd niet onmogelijk volgens Kristen.⁸²

Doen plegen?

Onder omstandigheden kan ook wellicht sprake zijn van ‘doen plegen’ door de werkgever die een werknemer opdracht geeft tot een handeling waarvan die werknemer niet weet dat die leidt tot het (mede)plegen van een omkoping. Vereist is dan dat de werknemer zelf straffeloos is. Deze figuur is echter nodeloos omslachtig en is bovendien overbodig geworden door de ontwikkeling van het hiervoor genoemde functioneel daderschap. De ‘verborgen’ dader – de werkgever – kan immers als functioneel dader reeds als pleger gestraft worden. Straffeloosheid van de omkoperende werknemer is dan geen vereiste meer voor strafbaarheid van de werkgever. Korenhof bespreekt de overwegingen die bij het ontwerpen van de – vanwege het concordantiebeginsel sterk aan het Nederlandse Wetboek van Strafrecht verwante – nieuwe wetboeken van Strafrecht van Curaçao, Sint Maarten en Aruba hebben geleid tot het schrappen van de figuur van het doen plegen.⁸³ De overbodigheid van deze daderschapsfiguur naast het functioneel daderschap wordt als belangrijkste reden genoemd. Daarnaast blijkt ‘doen plegen’ internationaal bezien onbekend te zijn en blijkt de figuur eerder voor misverstanden dan voor duidelijkheid te zorgen.⁸⁴

Ook kan gedacht worden aan de figuur van uitlokking, waarbij de werkgever de werknemer door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen opzette-

⁸⁰ F.G.H. Kristen, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht’, in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 169.

⁸¹ Idem., p. 161.

⁸² Idem., p. 169-172.

⁸³ A. Korenhof, ‘Doen plegen en uitlokking’, in: H. de Doelder (red.), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p 67 e.v.

⁸⁴ Idem., p. 68.

lijk verleidt tot het plegen van actieve omkoping. Dit komt mij echter gekunsteld voor, de rol van de werkgever zal in veruit de meeste gevallen beter omschreven worden door het functioneel ouderschap.

6.4.1.3 Voordeel

Zoals hiervoor opgemerkt, heeft de Minister de tekst van de Nederlandse wet ruim willen kiezen opdat zoveel mogelijk gevallen eronder geschaard kunnen worden. Toevoegingen als ‘direct of indirect’ en ‘middellijk of onmiddellijk’ die in de corruptieverdragen worden genoemd om er zeker van te zijn dat ook omkoping via tussenpersonen kan worden toegerekend aan de werkelijke omkoper, zijn in de Nederlandse wetsbepaling weggelaten omdat daardoor juist beide mogelijkheden onder de bepaling vallen en bovendien niet één van de twee mogelijkheden hoeft te worden bewezen, aldus de Minister.⁸⁵

Des te meer rijst dan de vraag waarom bij de omkopingsmiddelen juist een omgekeerde benadering is gekozen. In het vorige hoofdstuk schreef ik dat de Nederlandse wetgever bij de wetwijziging in 2001 de dienst aan de omkopingsmiddelen toevoegde, omdat het in de praktijk lastig bleek (het aanbieden en aannemen van) diensten als gift in de zin van de omkopingsbepalingen te begrijpen.⁸⁶

De Minister meende bij de goedkeuring van het EU-corruptieprotocol nog dat de Nederlandse formulering ‘gift of belofte’ (zoals de wettekst luidde tot 1 februari 2001), dus zonder toevoeging van de dienst, volstond om te voldoen aan dat protocol.⁸⁷ Immers, “de aard van de gift of belofte wordt in artikel 363 verder niet gepreciseerd en omvat derhalve in beginsel elk voordeel”.⁸⁸ Het is daarom opmerkelijk dat bij de gelijktijdig met deze goedkeuring behandelde wetsherziening de Minister kennelijk een andere mening was toegedaan, aangezien hij in dat kader wel vond dat de dienst aan de omkopingsmiddelen moest worden toegevoegd.

Ook de Hoge Raad stelde in 1994 nog vast dat de opvatting dat het begrip “aannemen van een gift” uit artikel 363 aanhef en onder 1° Sr (oud) slechts ziet op het accepteren van een stoffelijk voordeel onjuist is.⁸⁹ Het ontvangen van een voordeel bestaande uit seksuele gunsten kan ook worden aangemerkt als het aannemen van een gift, zo overwoog de Hoge Raad. Het aannemen en verlenen van seksuele gunsten kan echter niet anders worden gezien dan het aannemen respectievelijk het verlenen van een dienst. De Hoge Raad bepaalde in voornoemd arrest dus dat de dienst reeds onder de term ‘gift’ valt. Zo bezien was de toevoeging van de dienst aan de omkopingsmiddelen in de artikelen 177, 177a, 178, 362, 363 en 364 Sr dus helemaal niet nodig. Tegenover de WGB verklaarde de Nederlandse overheid tij-

⁸⁵ Zie paragraaf 6.4.1.2.

⁸⁶ Zie paragraaf 5.5.1.3.

⁸⁷ Het EU-corruptieprotocol spreekt van ‘voordeel, ongeacht de aard daarvan’. Zie paragraaf 3.3.1.2.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 24 468 (R1637), nr. 3, p. 13.

⁸⁹ HR 31 mei 1994, *NJ* 1994, 673, ro. 5.2-5.3.

dens de 'Phase 1'-evaluatie dat de toevoeging van 'dienst' slechts om taalkundige redenen was gemaakt en nadrukkelijk niet bedoeld is om de reikwijdte van de bepaling te beperken.⁹⁰ De reikwijdte van de bepaling als geheel mag dan wellicht niet beperkt zijn, de reikwijdte van de term 'gift' is dat wel degelijk. Met het toevoegen van dienst naast gift, heeft de wetgever impliciet bepaald dat diensten niet als gift zijn aan te merken en daarmee is het arrest van 31 mei 1994 achterhaald geraakt. Gelet op het bovenstaande is dat volgens mij niet wat de wetgever van 1886 bedoeld heeft.

De reden voor deze complicering moet waarschijnlijk gezocht worden in het feit dat de wetgever, hoewel die sprak van 'herziening' van de corruptiewetgeving, eigenlijk de omkopingsbepalingen zo min mogelijk heeft willen veranderen. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat de wetgever de bestaande jurisprudentie en de bestaande uitleg van de bestanddelen van de bepaling niet onbruikbaar heeft willen maken. Daarin is hij dan niet geslaagd, gezien het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad dat onbruikbaar geworden is.

Zoals opgemerkt in paragraaf 5.5.1.3, ben ik van mening dat door de toevoeging van de dienst aan de omkopingsmiddelen de bepaling onnodig complex is geworden en tot onnodig ingewikkelde bewijsvoering leidt. Immers, de rechter moet nu bepalen of sprake is van een gift of een dienst, terwijl dat uiteindelijk helemaal niet ter zake doet. Van belang bij het delict is dat de ambtenaar 'iets' heeft aangenomen dat voor hem een waarde vertegenwoordigt en niet of dat 'iets' nu als gift of als dienst moet worden gekwalificeerd. In zijn arrest uit 1994 heeft de Hoge Raad mijns inziens voldoende duidelijk gemaakt dat de gift geenszins iets stoffelijks hoeft te zijn en dus mede de dienst omvat.

Een andere term voor 'gift'

Hiervoor is betoogd dat door toevoeging van de dienst juist extra onduidelijkheid is ontstaan over wat onder een gift moet worden begrepen. Kennelijk kan daaronder niet langer al hetgeen (zowel stoffelijk als niet-stoffelijk) van een zekere waarde, dat gegeven, verleend of verstrekt wordt, worden verstaan, want deels valt dat nu onder dienst. De opsomming van drie omkopingsmiddelen doet bovendien vermoeden dat er ook andere middelen zijn om een ambtenaar tot een doen of nalaten in zijn bediening te verleiden die niet als omkopingsmiddel kunnen worden aangemerkt.

Wanneer de term 'gift' kennelijk tot zoveel onduidelijkheid heeft geleid, is het wellicht geen goede term. De Doelder merkt op dat (met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping ex artikel 328ter Sr) het 'standaard-verweer' van verdachten die beschuldigd worden van het aannemen van een gift (in het kader van een omkoping) is "dat er geen sprake is van een 'gift' doch van een verschuldigde prestatie ten gevolge van

⁹⁰ OECD Phase 1 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/39/43/2020264.pdf>, p. 6-7.

een overeenkomst.”⁹¹ De Hoge Raad had in 1916 (met betrekking tot artikel 177 (oud) Sr) weliswaar korte metten gemaakt met het verweer van verdachte dat geen sprake was van een gift “wijl toch enkel zou zijn gebleken van een ter hand stellen van een zeker geldbedrag ter voldoening aan ene verplichting ontstaan uit eene door requirant aan de ambtenaren gedane en door deze aangenomen belofte”. Desalniettemin bleek het verweer nog steeds geregeld gevoerd te worden, althans bij vervolging wegens artikel 328ter Sr. De Doelder pleit dan ook voor een afvlakking van het woord ‘gift’ tot ‘iets wat overgedragen wordt’.⁹² Mijns inziens zou een soortgelijke aanpassing moeten worden gemaakt in de strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping. Bij de overweging of het woord ‘gift’ – en al dan niet ook het nieuw ingevoegde woord ‘dienst’ – afgevlakt althans aangepast dient te worden, moet echter ook gekeken worden naar de internationale regelingen, welke overigens alle van een veel later datum zijn dan de bijdrage van De Doelder uit 1983.

Door uitbreiding van het voordeelsbegrip met de term “dienst” heeft de wetgever willen aangeven dat het aanbieden of beloven en het aannemen of vragen van *ieder voordeel* aan respectievelijk door ambtenaren onder de omkopingsbepalingen valt (mits aan de overige voorwaarden van de delictsomschrijvingen is voldaan). De Minister heeft het in de memorie van toelichting bij de herziening van de corruptiewetgeving herhaaldelijk over het voordeel, wanneer hij zowel de gift als de belofte bedoelt. Wanneer hij de toevoeging van de dienst aan de omkopingsmiddelen bespreekt, noemt hij dat “de uitbreiding van het voordeelsbegrip.”⁹³

Niet is in te zien waarom, als steeds voordeel wordt bedoeld, niet gewoon het woord ‘voordeel’ wordt gebruikt. Mijn voorstel derhalve is om de formulering “*hij die [...] een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt*” zoals die luidt in de artikelen 177, 177a en 178 Sr, te veranderen in “*hij die [...] een (onbehoorlijk) voordeel geeft, aanbiedt of belooft*”.

Behalve dat hiermee de bewijsvoering eenvoudiger wordt, sluit een dergelijk formulering beter aan bij de internationaal voorgeschreven strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping, die alle spreken van ‘voordeel’. De strafbaarstelling in het OECD-corruptieverdrag spreekt in artikel 1, eerste lid van ‘any undue pecuniary or other advantage’, hetgeen in het Tractatenblad (slecht) vertaald is als ‘iedere niet verschuldigde betaling of ieder ander voordeel’.⁹⁴ Een betere vertaling luidt, zoals in

⁹¹ H. de Doelder, ‘Enige opmerkingen over art. 328ter Sr’, in: A.C. ’t Hart e.a., *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts* (Geurts-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 18.

⁹² Idem, p. 19. De Doelder ontleent deze bewoordingen aan het arrest van de Hoge Raad van 25 april 1916 (*NJ* 1916, p. 551) dat hiervoor aan de orde is gekomen in paragraaf 5.5.1.3.

⁹³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 13, 15 en 16.

⁹⁴ *Trb.* 1998, 219, p. 2.

paragraaf 3.2.2.3.1 is opgemerkt: ‘ieder onbehoorlijk geldelijk of ander voordeel’.⁹⁵ In het RvE-corruptieverdrag is de formulering ‘any undue advantage’ gekozen, waarvan de Nederlandse vertaling volgens het Tractatenblad moet luiden ‘elk onverschuldigd voordeel’.⁹⁶ Het EU-corruptieprotocol en de EU-corruptieovereenkomst noemen het in artikel 2 en 3 ‘een voordeel, ongeacht de aard daarvan’.⁹⁷ Het VN-corruptieverdrag ten slotte spreekt weer van ‘an undue advantage’, wat in het Tractatenblad wederom vertaald is in ‘een onverschuldigd voordeel’.⁹⁸

6.4.1.4 Nieuwe formulering van de huidige strafbaarstelling

In het voorgaande zijn op verscheidene plaatsen voorstellen gedaan voor een wijziging van de huidige strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping waardoor die niet alleen minder complex worden, maar tevens een effectievere strafrechtelijke aanpak van ambtelijke omkoping kunnen faciliteren. In deze paragraaf worden die voorstellen verwerkt in een nieuwe formulering van de huidige strafbaarstelling van actieve en passieve omkoping.

Zoals gezegd kan, in plaats van twee wetsbepalingen voor actieve omkoping (artikel 177 en 177a) en twee artikelen voor passieve omkoping (artikel 362 en 363), volstaan worden met één artikel voor actieve en één artikel voor passieve omkoping. De al dan niet strijdigheid van het handelen of nalaten van de ambtenaar met diens plicht wordt dan uit de strafbaarstelling verwijderd en in een nieuw in te voegen artikellid wordt als grond voor strafverzwaring opgenomen de omstandigheid dat het handelen of nalaten van de ambtenaar in strijd is met diens plicht.

Daarnaast is toegevoegd de explicitering van wat reeds in de bepalingen moest worden opgenomen, namelijk dat zowel middellijk als onmiddellijk gepleegde omkoping strafbaar is.

Tot slot is de “gift, belofte of dienst”-formule gewijzigd zodat in plaats daarvan het omkopingsmiddel wordt gedefinieerd als “onbehoorlijk voordeel”.

Wanneer deze voorstellen worden losgelaten op de huidige strafbaarstellingen, dan kunnen de volgende bepalingen ontstaan.

⁹⁵ De Working Group on Bribery van de OECD heeft de Nederlandse omschrijving van het voordeel als gift, belofte of dienst niet afgekeurd. Het is dus niet zo dat niet wordt voldaan aan een verdragsverplichting.

⁹⁶ *Trb.* 2000, 130, p. 41.

⁹⁷ Aangezien het Nederlands één van de officiële talen van de EU is, is het niet noodzakelijk hier de Engelse tekst te citeren om de reden dat het een meer oorspronkelijke tekst zou zijn. Volledigheidshalve noem ik de tekst toch: ‘an advantage of any kind whatsoever’.

⁹⁸ *Trb.* 2005, 244, p. 13.

Artikel 177

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:
 1. hij die een ambtenaar *middellijk of onmiddellijk een onbehoorlijk voordeel geeft, aanbiedt of belooft* met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening iets te doen of na te laten;
 2. hij die een ambtenaar *middellijk of onmiddellijk een onbehoorlijk voordeel geeft, aanbiedt of belooft* ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door deze in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die een feit als in het eerste lid, onder 1°, omschreven, begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd.
3. *Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat, indien het in dat lid bedoelde⁹⁹ doen of nalaten van de ambtenaar in strijd is met diens¹⁰⁰ plicht.*
4. Indien de schuldige een van de misdrijven omschreven in dit artikel in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.
5. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.

Artikel 362

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar:
 1. die een *onbehoorlijk voordeel of een belofte daartoe* accepteert¹⁰¹, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat dit hem gegeven, aangeboden of beloofd wordt teneinde hem te bewegen om in zijn bediening iets te doen of na te laten;
 2. die een *onbehoorlijk voordeel of een belofte daartoe* accepteert, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat dit hem gegeven, aangeboden of beloofd wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten;
 3. die een *onbehoorlijk voordeel of een belofte daartoe* vraagt teneinde hem te bewegen om in zijn bediening iets te doen of na te laten;

⁹⁹ Deze formulering is ontleend aan die van artikel 151c lid 2 Sr.

¹⁰⁰ Hoewel 'diens' wellicht als een ouderwets woord wordt gezien, meen ik dat het hier duidelijker dan 'zijn' aangeeft dat het de plicht van de ambtenaar betreft en niet van de omkoper.

¹⁰¹ Zie voor een onderbouwing van de keuze voor 'accepteert' boven 'aanneemt' paragraaf 5.5.1.6.

4. die een *onbehoorlijk voordeel of een belofte daartoe* vraagt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem in zijn huidige of vroegere be- diening is gedaan of nagelaten.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft, hij die in het vooruitzicht van een aan- stelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid, onder 1° en 3°, omschreven.
3. *Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde catego- rie wordt gestraft de ambtenaar die een feit als omschreven in het eerste lid begaat, indien de ambtenaar door het in dat lid bedoelde doen of nalaten in strijd met zijn plicht handelt.*
4. Hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat in verband met zijn hoedanigheid van minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder of lid van een algemeen verte- genwoordigend orgaan, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoog- ste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie. Indien het een doen of nalaten betreft waardoor hij in strijd met zijn plicht handelt, wordt hij ge- straft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.

6.4.2 Nieuwe strafbaarstellingen

Behalve een aanpassing van de bestaande omkopingsartikelen in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, zou ook een aantal strafbaarstellingen die in de internatio- nale verdragen zijn opgenomen – zij het niet dwingend voorgeschreven – serieus moeten worden overwogen.

De Nederlandse regering heeft deze bepalingen steeds afgedaan met ofwel het ar- gument dat dergelijke bepalingen niet passen in het Nederlandse strafrechtssys- teem, ofwel dat de strafbaarheid van de gedraging reeds onder een andere bepaling uit het Wetboek van Strafrecht valt.

6.4.2.1 Trading in influence/ongeoorloofde beïnvloeding

Zowel het RvE-corrupatieverdrag als het VN-corrupatieverdrag bevat een bepaling die staten verplicht de strafbaarheid te overwegen van ongeoorloofde beïnvloeding. In paragraaf 3.4.2.1.2 is reeds ingegaan op de bepaling uit het RvE-corrupatie- verdrag en in paragraaf 3.5.4.2 is kort gesproken over de bepaling uit het VN- corrupatieverdrag, die grote overeenkomsten vertoont met eerstgenoemde bepaling. Voor de overzichtelijkheid wordt de bepaling uit het RvE-corrupatieverdrag hier nogmaals genoemd, waarna wordt onderzocht hoe Nederland hier al dan niet uit- voering aan heeft gegeven of zou moeten geven.

Artikel 12 van het RvE-corrupatieverdrag luidt:

“Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, het beloven, aanbieden of geven, rechtstreeks of onrecht-

*streeks, van elk onverschuldigd voordeel als beloning, aan enige persoon die beweert of bevestigt in staat te zijn [ongepaste, GS] invloed uit te oefenen op de besluitvorming door een van de personen, bedoeld in de artikelen 2, 4 tot en met 6 en 9 tot en met 11, ongeacht of het onverschuldigde voordeel voor hem zelf is of voor iemand anders, alsmede het vragen, ontvangen of aanvaarden van het aanbod of de belofte daarvan als beloning voor bedoelde beïnvloeding, ongeacht of de invloed al dan niet is uitgeoefend dan wel of de veronderstelde beïnvloeding al dan niet leidt tot het beoogde resultaat.*¹⁰²

Met ‘de personen, bedoeld in de artikelen 2, 4 tot en met 6 en 9 tot en met 11’ worden nationale, buitenlandse en internationale ambtenaren bedoeld.¹⁰³

De strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding doet sterk denken aan die van ‘gewone’ omkoping. Een belangrijk verschil is echter dat de omgekochte persoon (hierna: de beïnvloeder) niet zelf de gedraging verricht waarvoor hij het voordeel ontvangt. De beïnvloeder wendt slechts – in ruil voor het voordeel dat hij zal verkrijgen – zijn (vermeende) invloed aan om de beslissing van een overheidsorgaan of overheidsfunctionaris naar de wens van de verstrekker van het voordeel te laten uitvallen. Hij kan zelf niet de beslissing nemen. Voor strafbaarheid van beide partijen is overigens niet vereist dat de ontvanger van de gift slaagt in zijn poging de beslissing te beïnvloeden. Zelfs niet vereist is dat de beïnvloeder in het algemeen of in theorie enige invloed zou kunnen hebben op (bijvoorbeeld) een bepaalde besluitvorming. Voldoende is dat hij doet voorkomen dat hij de invloed heeft. Niet het resultaat (een succesvolle beïnvloeding) maar de inspanning (de poging tot beïnvloeding) op zich levert reeds een voltooid strafbaar feit op.

Toen Nederland het RvE-corruptieverdrag ratificeerde, maakte het gebruik van de mogelijkheid die artikel 37 lid 1 van het verdrag biedt dat een staat ongeoorloofde beïnvloeding “niet of gedeeltelijk, als strafbaar feit in zijn interne recht zal aanmerken”. Nederland zag geheel af van overneming van de bepaling. Het commentaar van de Nederlandse regering was dat een strafbaarstelling als deze te ruim is. Tijdens de onderhandelingen voorafgaande aan de opstelling van het RvE-corruptieverdrag kon niet tot een concretere omschrijving van het begrip ongeoorloofde invloed worden gekomen, zo meldt de Minister.¹⁰⁴ Naar de opvatting van de Nederlandse regering is niet voldoende duidelijk geworden welke vormen van het uitoefenen van invloed als ongeoorloofd moeten worden aangemerkt. “*In het Nederlandse strafrecht zijn weinig aanknopingspunten te vinden voor een zo brede strafbaarstel-*

¹⁰² Nederlandse vertaling zoals gepubliceerd in *Trb.* 2000, 130, p. 43-44. De invoeging van het woord ‘ongepaste’ is van mijn hand en sluit mijns inziens beter aan bij de Engelse woorden ‘improper influence’.

¹⁰³ Deze artikelen zijn besproken in paragraaf 3.4.2.1.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2000/01, 27 509 (R 1671), nr. 3, p. 17.*

*ling als in dit artikel (artikel 12 RvE-corruptieverdrag, GS) gegeven*¹⁰⁵, aldus de Minister. “Het bezwaar tegen artikel 12 wordt veel meer ingegeven doordat het in de bepaling omschreven handelen veel meer omvat dan wat als strafwaardig is aan te merken. Vormen van (al dan niet gefinancierde) invloeditoefening op de ambtelijke of politieke besluitvorming kunnen zeer wel geoorloofd zijn, bijvoorbeeld wanneer sprake is van het lobbyen door vertegenwoordigers van belangenorganisaties. Pas wanneer het lobbyen of de poging tot het uitoefenen van invloed uitmondt in het concreet in het vooruitzicht stellen van voordelen bestemd voor ambtenaren die betrokken zijn bij de besluitvorming, worden de grenzen van het betamelijke overschreden. Op dat moment komen echter reeds de reguliere omkopingsbepalingen – al dan niet in combinatie met de artikelen 47 en 48 van het Wetboek van Strafrecht – in beeld, hetgeen tot de conclusie leidt dat deze bepalingen reeds in voldoende mate voorzien in adequate bescherming tegen ongeoorloofde en daadwerkelijke beïnvloeding van het ambtelijk apparaat.”¹⁰⁶

De Nederlandse regering is blijven vasthouden aan dit standpunt, dat mij op zich ook niet onredelijk voorkomt. Het argument dat de regering aanvoert dat ook geoorloofd lobbyen onder de strafbaarstelling zou vallen, gaat echter niet op. In de officiële toelichting bij het RvE-corruptieverdrag is immers reeds vastgelegd dat erkende vormen van lobbyen niet vallen onder ‘ongeoorloofde’ beïnvloeding.¹⁰⁷ De persoon die beïnvloedt of tracht te beïnvloeden moet dat doen met een ‘corrupte intentie’, wil sprake zijn van ‘ongeoorloofde’ beïnvloeding.

Wellicht is het misverstand bij de Nederlandse regering ontstaan doordat zij werkt met de Nederlandse vertaling die in het Tractatenblad is gepubliceerd.¹⁰⁸ De Engelse tekst, één van de twee officiële talen waarin de Raad van Europa zijn documenten publiceert spreekt van ‘improper influence’, dat zich beter laat vertalen als ‘ongepaste invloed’. Of dit werkelijk de bedoeling van de Raad is, wordt overigens niet meteen duidelijk uit de verdragstekst: in de Franse – de andere officiële taal – versie van het verdrag is een toevoeging over de ongepastheid van de invloed weer niet opgenomen.¹⁰⁹ Mede gezien de uitleg in de officiële toelichting (en gezien het feit dat fouten in vertalingen in het algemeen vaker ontstaan door het vergeten van woorden in de vertaling dan door het zelf toevoegen van woorden door de vertaler) meen ik dat de Engelse tekst de originele en juiste is en dat bij de vertaling in het Frans een foutje is gemaakt (een woord vergeten). Een storende fout, aangezien de toevoeging ‘ongepast’ het Nederlandse argument dat geoorloofde vormen van lobbyen onder de strafbaarstelling van artikel 12 zouden vallen mijns inziens van tafel

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R 1671), nr. 3, p. 18.

¹⁰⁷ Explanatory Report, punt 65,
<www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/173.htm>.

¹⁰⁸ Zie noot 102.

¹⁰⁹ Het verdrag in de Franse taal is te raadplegen via
<www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>.

zou hebben geveegd. Dan zou immers direct duidelijk zijn geworden dat niet alle vormen van beïnvloeding een strafbaar feit opleveren.

Het argument van de Nederlandse regering dat momenteel te weinig duidelijkheid bestaat over de invulling van het begrip ‘trading in influence’ treft meer doel. Een strafbaarstelling van ‘trading in influence’ kan niet bestaan zonder afbakening van wat toelaatbare, niet ongepaste beïnvloeding is. Indirect dwingt de bepaling staten dus regelgeving op stellen die nadere voorwaarden stelt aan de toelaatbaarheid van lobbyen. In het kader van de Raad van Europa was overigens ook al over deze materie nagedacht. In het ‘Programme of Action against Corruption’ uit 1996 noemde de Multidisciplinary Group on Corruption de rol van lobby-organisaties reeds als één van de ‘general issues of importance for the fight against corruption’.¹¹⁰ In die periode is binnen de Raad van Europa met name door de Parlementaire Vergadering¹¹¹ van de Raad aandacht besteed aan de rol van lobby-organisaties. Deze aandacht had bij sluiting van het manuscript echter nog altijd niet geleid tot enig instrument. Gewerkt werd aan een aanbeveling aan het Comité van Ministers tot het opstellen van een Europese ‘code of conduct’ met betrekking tot het lobbyen. Bij een in juni 2009 gedaan voorstel tot zo een aanbeveling is in een bijlage een korte evaluatie van de regelgeving op het gebied van lobbyen in 14 RvE-lidstaten gemaakt.¹¹² Slechts vijf landen bleken enige regelgeving te kennen. Ook Nederland kent geen (wettelijke) regeling op het gebied van lobbyen.

Uit het hierboven genoemde commentaar van de Nederlandse regering op de voorgestelde strafbaarstelling van trading in influence kan men afleiden dat ook in Nederland wel degelijk “erkende vormen van lobbyen” bestaan. Dat voedt het vermoeden dat ook niet erkende vormen van lobbyen bestaan, waartegen zou moeten worden opgetreden. Nederland hoeft dan niet meteen tot strafbaarstelling over te gaan. Op grond van het RvE-corruptieverdrag dient Nederland immers de strafbaarstelling van trading in influence slechts te overwegen. Niet is noodzakelijk dat die overweging daadwerkelijk moet leiden tot een strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht. Heel goed is ook mogelijk een vergunningstelsel te introduceren waarmee het lobbyen wordt gereguleerd. Overtreding van de vergunningseisen kan leiden tot oplegging van een administratieve boete. Ook kan gedacht worden aan een vergunningstelsel in combinatie met een strafbaarstelling. Lobbyen dat niet

¹¹⁰ GMC (96) 95, p. 75. Zie voor een bespreking van dit actieprogramma paragraaf 2.3.4.2.

¹¹¹ Deze Vergadering is naast het Comité van Ministers één van de twee statutaire organen van de Raad van Europa. Anders dan het Comité vertegenwoordigt de Vergadering de politieke bewegingen in Europa. Het is een platform waarop parlementariërs uit de RvE-lidstaten elkaar kunnen treffen en bestaat uit leden van de nationale parlementen van de lidstaten.

¹¹² Lobbying in a democratic society (European Code of conduct on lobbying), Doc. 11937, 5 juni 2009. Te raadplegen via <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC11937.htm>.

voldoet aan de vergunningseisen kan onder omstandigheden dan onder de strafbaarstelling vallen. Deze min of meer vloeiende overgang van bestuursrecht naar strafrecht is in andere sectoren niet ongewoon.

Het officiële commentaar bij het RvE-corruptieverdrag erkent zoals gezegd dat er “acknowledged forms of lobbying” zijn, erkende vormen van lobbyen die niet onder de reikwijdte van de strafbaarstelling van trading in influence vallen. Welke vormen van lobbyen geoorloofd zijn, is zoals gezegd in Nederland niet in regelgeving vastgelegd. Er bestaat maar weinig zicht op het lobbyen in politiek Den Haag, zeker voor de buitenstaander. Lobbyen kan op zeer uiteenlopende wijzen geschieden. Met een spandoek naar het Binnenhof tijgen om daar je boodschap kenbaar te maken, kan worden gezien als een vorm van lobbyen. Deze vorm is echter geheel anders dan bijvoorbeeld het in het geheim financieel steunen van een verkiezingscampagne door een belangengroep van de auto-industrie. Hiermee in verband staat de financiering van politieke partijen in het algemeen. Dit onderwerp was het tweede thema van de derde evaluatieronde van de GRECO, naast die over de strafbaarstellingen van de corruptiedelicten. Nederland kwam redelijk slecht uit de evaluatie van dit tweede thema.¹¹³ De financiering van politieke partijen in Nederland is zeer ontransparant, de huidige regelgeving laat sterk te wensen over, zo oordeelde de GRECO in 2008. Bij sluiting van dit manuscript bestond nog altijd geen geschikte wetgeving die de financiering van politieke partijen reguleert. Sinds 1999 moeten giften van 4.537,80 euro of meer anders dan van een natuurlijk persoon weliswaar worden vermeld in het financieel verslag van een partij,¹¹⁴ maar op het niet melden staat geen sanctie. En nog altijd is het mogelijk om onder de (beperkte) regels die er wel zijn uit te komen door een partij geen partij te noemen. Een kabinetsvoorstel voor een ‘Wet financiering politieke partijen’ die regels bevat voor de financiële huishouding van politieke partijen en onder meer verplicht tot registratie van giften vanaf 1000 euro en tot publicatie van giften vanaf 4500 euro en die aan de niet-naleving van deze verplichtingen sancties verbindt,¹¹⁵ was aanhangig bij de Tweede Kamer, maar bij sluiting van dit manuscript nog niet aangenomen.

De GRECO is in de derde evaluatieronde (ten aanzien van het eerste thema) ook op de naleving van artikel 12 ingegaan. Nederland werd verzocht de strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding opnieuw te overwegen.¹¹⁶ In reactie hierop meldde Nederland dat een dergelijke strafbaarstelling nog altijd onwenselijk is. Volgens de Nederlandse regering lieten ongeoorloofde vormen van beïnvloeding anders dan

¹¹³ Greco Eval III Rep (2007) 8E Theme II, <[www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2007\)8_Netherlands_Two_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2007)8_Netherlands_Two_EN.pdf)>.

¹¹⁴ Artikel 18 van de Wet subsidiëring politieke partijen (*Stb.* 1999, 257).

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2010/11-2011/12, 32 752.

¹¹⁶ Greco Eval III Rep (2007) 8E Theme I, p. 25, <[www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2007\)8_Netherlands_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2007)8_Netherlands_One_EN.pdf)>.

door middel van omkoping zich moeilijk denken. “*Dat geldt a fortiori voor de vraag of iemand die vorm van invloeduitoefening heeft beloofd of aangeboden. Bij het maken van het voorbehoud is daarom geoordeeld dat het strafrecht op dit terrein geen heldere en handhaafbare normerende rol kan spelen.*”¹¹⁷. Tijdens een congres in 2010 was ook over deze vraag nagedacht, maar het was niet gelukt een grens vast te stellen tussen geoorloofde en ongeoorloofde beïnvloeding.¹¹⁸ Het grijze gebied tussen toelaatbare en ontoelaatbare vormen van beïnvloeding is een ethische kwestie waar het strafrecht zich niet in moet begeven, stelde de regering in haar reactie. De GRECO was tevreden dat Nederland serieus over de aanbeveling had nagedacht en besloot dat Nederland de aanbeveling daarom naar tevredenheid had geïmplementeerd. Daarmee was de kwestie van ongeoorloofde beïnvloeding van de tafel.

De personen in de naaste kring van een besluitvormer¹¹⁹ die hun invloed op die besluitvormer te koop aanbieden, maken zich in Nederland derhalve niet schuldig aan enig strafbaar feit.¹²⁰

6.4.2.2 Illicit enrichment/ongeoorloofde verrijking

Artikel 20 van het VN-corruptieverdrag schrijft – niet-dwingend – een strafbaarstelling voor van ongeoorloofde verrijking door overheidsfunctionarissen. Partijstaten worden verzocht, met inachtneming van hun grondwet en de grondbeginselen van hun rechtsstelsel, te overwegen “*de wettelijke en andere maatregelen te nemen die nodig kunnen zijn om als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, ongeoorloofde verrijking, waaronder wordt verstaan, een aanzienlijke toename van de activa van een overheidsfunctionaris waarvoor hij of zij in relatie tot zijn of haar rechtmatig inkomen geen redelijke verklaring kan geven.*”¹²¹ De andere verdragen die in dit onderzoek aan de orde gekomen zijn, bevatten een dergelijke bepaling niet en de strafbaarstelling van ongeoorloofde verrijking is ook niet geheel onomstreden.

Artikel 20 is in het VN-corruptieverdrag terechtgekomen op aandringen van voornamelijk Midden- en Zuid-Amerikaanse landen,¹²² die een soortgelijke bepaling

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 101, p. 3.

¹¹⁸ Greco RC-III (2010) 5E, p. 4-5, <[www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2010\)5_Netherlands_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2010)5_Netherlands_EN.pdf)>.

¹¹⁹ Te denken valt aan de besluitvormer die de adviezen van zijn vader of ander familielid altijd blind opvolgt.

¹²⁰ Mits de besluitvormer niet op de hoogte is van handel in invloed. Anders is immers weer ‘gewoon’ sprake van indirecte omkoping.

¹²¹ Nederlandse vertaling zoals gepubliceerd in *Trb.* 2005, 244, p. 15.

¹²² Dit blijkt uit de toelichtende nota die de Minister van Buitenlandse Zaken bij zijn verzoek tot stilzwijgende goedkeuring van het VN-corruptieverdrag aan de parlementen van de landen van het Koninkrijk overlegde. Zie *Kamerstukken I/II* 2005/06, 30 808 (R1815), nr. 1, p. 17.

kenden uit de Inter-American Convention against Corruption.¹²³ Reeds tijdens de onderhandelingen van het VN-corruptieverdrag voerden Europese landen aan dat een dergelijke strafbaarstelling niet goed past in de continentaal Europese rechts-tradities. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Nederlandse wetgever in navolging van het voorstel van de Minister van Buitenlandse Zaken besloot geen nadere uitvoering te geven aan artikel 20. Volgens de Minister vormde een “aanzienlijke toename” van het vermogen een vaag bestanddeel. Bovendien is die aanzienlijke toename slechts strafbaar indien de ambtenaar daaromtrent geen redelijke uitleg kan verschaffen.¹²⁴ De Minister meende dat dit zich slecht verhoudt met het in Nederland geldende uitgangspunt “dat het de taak van het openbaar ministerie is het bewijs van schuld aan een strafbaar feit te leveren, en dat het niet de verdachte de persoon is die zijn onschuld moet bewijzen”.¹²⁵

De bepaling lijkt op de wijze zoals die is geformuleerd inderdaad een soort bewijslastomkering in te houden: als een ambtenaar geen redelijke (in de ogen van wie?) verklaring kan (of wil) geven over de herkomst van zijn vermogen, maakt hij zich reeds schuldig aan ongerechtvaardigde verrijking. Niet hoeft te worden onderzocht waar dat vermogen dan wél vandaan komt, voldoende is de vaststelling dat het vermogen niet aan enig rechtmatig inkomen kan zijn ontleend. De ambtenaar is in beginsel schuldig, tenzij hij aantoonst onschuldig te zijn. Dit is in strijd met zowel het onschuldbeginsel als het ‘nemo tenetur’-beginsel, welke beide belangrijke grondwaarden van het Nederlandse strafrecht vormen.

Hierna wordt betoogd dat een strafbaarstelling gebaseerd op artikel 20 van het VN-corruptieverdrag in het Nederlandse strafrecht minder abject is dan de wetgever deed voorkomen en wordt onderzocht of een op artikel 20 gestoelde strafbaarstelling, mits enigszins aangepast, een aanvulling kan zijn op het bestaande arsenaal van corruptiedelictsomschrijvingen.

Een complicerende factor bij de opsporing van corruptiedelicten is dat deze misdrijven vaak geen duidelijk te traceren sporen of slachtoffers achterlaten. Vaak is een plotselinge vermogensstijging van een ambtenaar de enige aanwijzing dat sprake kan zijn geweest van corruptie.¹²⁶ De aankoop van een groot huis of een dure auto door een ambtenaar met een inkomen dat dergelijke uitgaven niet lijken toe te

¹²³ Canada en de VS maakten een voorbehoud met betrekking tot artikel IX van dit verdrag, waarin de strafbaarstelling van illicit enrichment is opgenomen. De overige landen leken geen problemen te hebben met de bepaling (Brazilië maakte een voorbehoud ten aanzien van een onderdeel van de bepaling).

¹²⁴ *Kamerstukken I/II* 2005/06, 30 808 (R1815), nr. 1, p. 17.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ A.H. Korthals, ‘Speech van de Minister van justitie ten behoeve van het congres ‘Bestrijding van corruptie, van taboe naar sociale verandering’ op 14 september 2000’, in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, Deventer: Gouda Quint/SI-EUR 2001, p. 3-4.

laten, kan ook nu reeds reden zijn om nader onderzoek te doen naar zijn financiële situatie en mogelijke illegale wijzen van verkrijging van dat vermogen. Steeds meer politiekorpsen maken gebruik van de zogenoemde ‘patseraanpak’ of ‘cabrio-methode’¹²⁷, welke inhoudt dat personen die opvallen door vertoon van rijkdom op basis van een vermoeden van witwassen worden ‘nagetrokken’ met behulp van onder meer gegevens van het UWV, de Kamer van Koophandel, de Belastingdienst en het Kadaster en CIE-informatie.¹²⁸ Wanneer het vermogen dat die personen bezitten niet kan worden verklaard op basis van de bij die instanties bekende gegevens, dan is dat voldoende voor een vermoeden dat dit vermogen of een deel ervan afkomstig is uit enig misdrijf. Wel dient dan nader onderzoek te worden gedaan alvorens daadwerkelijk een vervolging wegens witwassen kan worden gestart. De verdenking van witwassen is een soort ‘kapstok’-verdenking, op basis waarvan strafvorderlijke bevoegdheden (zoals telefoontaps) kunnen worden ingezet. Bij de cabrio-methode is het (zichtbare) vermogen van een persoon dus de aanleiding voor een onderzoek naar een mogelijk misdrijf. Dit is de omgekeerde volgorde ten opzichte van de traditionele opsporing: de opbrengsten van mogelijke misdrijven – terwijl onduidelijk is of werkelijk een misdrijf gepleegd is – vormen het startpunt van een onderzoek, in plaats van dat een aangifte of een constatering van schade het vermoeden doet ontstaan dat een strafbaar feit is, wordt, of zal worden gepleegd. Deze omgekeerde wijze van rechercheren vindt, zoals gezegd, plaats op basis van een verdenking wegens witwassen. Hier wordt niet uitvoerig ingegaan op de bijzonderheden van de delictomschrijving van dit misdrijf. Wel moeten enige woorden worden gewijd aan het bestanddeel ‘afkomstig uit enig misdrijf’ in de strafbaarstelling van witwassen in artikelen 420bis en 420quater Sr.

In de jurisprudentie is immers bepaald dat in bepaalde situaties waarin een sterke verdenking van witwassen bestaat, van de verdachte mag worden verlangd dat hij een verklaring geeft voor de herkomst van het bij hem aangetroffen vermogen (waarvan vermoed wordt dat het uit enig misdrijf afkomstig is).¹²⁹ Het niet geven van een redelijke verklaring voor een bezwarende omstandigheid kan bewijsrechtelijke consequenties hebben. Vereist is wel dat het gaat om een situatie “which clearly call[s] for an explanation”¹³⁰ omdat zonder die uitleg de sterke verdenking in stand blijft.

Deze situatie neigt naar een omkering van de bewijslast, waarbij de verdachte de herkomst van zijn vermogen moet verklaren en dus zijn onschuld moet aantonen. Wanneer hij daarin niet slaagt, is (onder omstandigheden) voldoende bewezen dat

¹²⁷ Deze naam is ontleend aan het in 2005 in Amsterdam gestarte project, waarbij aanvankelijk slechts werd gelet op dure auto’s en luxegoederen. Inmiddels wordt ook naar ander vermogen gekeken, zoals vastgoed.

¹²⁸ Ook gemeentes, woningcorporaties, verzekeraars, banken en energiemaatschappijen leveren informatie.

¹²⁹ HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 456.

¹³⁰ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, r.o. 47 (Murray).

hij schuldig is aan witwassen. Toch moet dit niet zo worden gezien. Er is slechts sprake van een verlegging van de bewijslast en niet van een omkering.¹³¹ De bewijslast blijft op het Openbaar Ministerie rusten, maar wordt wel verlicht. Niet het specifieke misdrijf waarvan het vermogen afkomstig is, hoeft te worden bewezen. Voldoende is dat wordt aangetoond dat het niet anders kan dan dat het vermogen uit misdrijf afkomstig is. Dat kan zo zijn wanneer de opsporingsautoriteiten geen legale herkomst van het vermogen hebben kunnen vinden en het overigens gaat om een verdachte situatie (bijvoorbeeld het bezitten van een zeer groot contant geldbedrag in verschillende coupures).¹³² In een dergelijk geval kan de rechter witwassen bewezen achten, als de verdachte niet aannemelijk kan maken dat de herkomst van het vermogen legaal is.¹³³

De hierboven beschreven constructie vertoont zeer sterke overeenkomsten met hetgeen artikel 20 van het VN-corruptieverdrag beoogt strafbaar te stellen. De verdragsbepaling richt zich op gevallen waarin men vrijwel zeker weet dat een bepaalde ambtenaar corrupt is en waarin dat ook zichtbaar is aan het vermogen dat de ambtenaar plotseling bezit, maar er niet genoeg bewijs kan worden verzameld dat de ambtenaar steekpenningen heeft aangenomen. Natuurlijk zou het veel interessanter zijn om ook de gever van de steekpenningen te vinden, maar wanneer dat niet lukt, kan een op artikel 20 gebaseerde strafbaarstelling uitkomst bieden. Bovendien kan van een dergelijke bepaling een preventieve werking uitgaan.

Maar het kan natuurlijk niet de bedoeling zijn dat een ambtenaar reeds schuldig is aan een strafbaar feit wanneer hij wordt gevraagd naar de herkomst van zijn vermogen en hij daar geen redelijke en aannemelijke verklaring voor kan of wil geven. Dat druist in, zoals hiervoor al aan de orde kwam, tegen de beginselen van het Nederlandse strafrecht.

De bepaling kan echter door een iets andere formulering van het in artikel 20 gestelde, waarbij het accent meer wordt gelegd op een actief handelen van de overheidsfunctionaris als grond voor de vermogenstoename, toch ingepast worden in het Nederlandse strafrechtssysteem. Een dergelijk accent is bovendien ook in lijn met de verdragsbepaling, die immers vereist dat de toename van de activa opzettelijk, dus willens en wetens gepleegd is.

Binnen het Koninkrijk bestaat een dergelijke strafbaarstelling reeds. In het Wetboek van Strafrecht van Curaçao is in artikel 2:356 de strafbaarheid van ongerechtvaardigde verrijking als volgt geformuleerd.

“De ambtenaar die sedert de uitoefening van zijn functie opzettelijk een significante verhoging van zijn vermogen vergaart, waaraan geen aannemelijke rechtmatige verkrijging ten

¹³¹ Zie ook C.D. Schaap, *Heling getoetst. Een studie naar de strafbaarstelling van heling aan de hand van het witwassen van criminele opbrengsten* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint/SI-EUR 1999 p. 423-426 en 445-446.

¹³² Dit was het geval in Hof Arnhem 24 juni 2009, zaaknr. 21/004925-07.

¹³³ Idem.

grondslag ligt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren¹³⁴ of geldboete van de vierde categorie.”

Het ‘opzettelijk vergaren’ in deze bepaling duidt erop dat een actieve gedraging van de ambtenaar vereist is. Het bestanddeel ‘waaraan geen aannemelijke rechtmatige verkrijging ten grondslag ligt’ wijst op een bewijslast die bij het Openbaar Ministerie ligt. Het OM zal moeten nagaan of een aannemelijke rechtmatige verkrijging aan het vermogen ten grondslag ligt. Wanneer de opsporingsautoriteiten niet zelfstandig een aannemelijke rechtmatige verkrijging kunnen vinden, dan kan slechts de ambtenaar daar nog een ander inzicht in verschaffen, door te verklaren over de herkomst. Pas wanneer het zover is dat het OM geen aannemelijke rechtmatige bron van het vermogen van vinden en de ambtenaar vervolgens niet kan of wil verklaren over de herkomst van dat vermogen, maakt hij zich schuldig aan ongeoorloofde verrijking in de zin van artikel 2:356 van het Curaçaose Wetboek van Strafrecht.

De Curaçaose wetgever licht nog toe dat de strafbaarstelling gepaard moet gaan met “flankerend bestuursrechtelijk beleid: zo lijkt het dan aanbevelingswaardig dat ambtenaren bij hun aantreden een overzicht overleggen van hun financiële positie.”¹³⁵ Dit maakt een vermogensvergelijking mogelijk, welke uiteraard vereist is om een significante verhoging van het vermogen te kunnen vaststellen.

Zoals gezegd zijn er veel overeenkomsten met het bewijs van vermoedens van witwassen. Dit maakt mijns inziens de stap om een dergelijke strafbaarstelling in te voeren veel minder groot dan die lijkt. Nog steeds kan worden tegengeworpen dat de verdachte ambtenaar wordt verplicht mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Maar doordat de nadruk meer wordt gelegd op de opzettelijke vergaring en dus op het actieve handelen door de ambtenaar, wordt beter duidelijk dat het gaat om het handelen dat strafbaar is gesteld en niet het niet kunnen verklaren.

Een argument voor een strafbaarstelling als hiervoor geciteerd, is het gegeven – zo zou gesteld kunnen worden – dat de publieke functie van een ambtenaar met zich meebrengt dat hij een verhoogde openheid van zaken dient te geven omtrent (de bron van) zijn inkomsten. Deze verplichting tot integer gedrag ‘comes with the job’ van ambtenaar. Het is nu al vanzelfsprekend dat Tweede Kamerleden alle door hen ontvangen giften die meer dan 50 euro bedragen melden bij de griffie alwaar ze worden opgenomen in een openbaar register.¹³⁶ Andere overheidsorganen kennen

¹³⁴ Hoewel voor bepaalde delicten in het Curaçaose Wetboek van Strafrecht een hogere maximumstraf geldt dan in het Nederlandse, zijn de wettelijke maxima bij de omkopingsdelicten gelijk. De hier genoemde twee jaren gevangenisstraf zouden ook bij een Nederlands equivalent van deze bepaling een passend strafmaximum kunnen zijn.

¹³⁵ *Staten van de Nederlandse Antillen* 2009/10, 3507, nr. 3, memorie van toelichting bij de Landsverordening van de houdende invoering van een nieuw Wetboek van Strafrecht, toelichting bij artikel 563.

¹³⁶ Deze registers zijn openbaar via www.tweedekamer.nl/organisatie/griffie/overig/Registers.jsp#0.

meldingsplichten ten aanzien van het aannemen van giften en binnen veel overheden bestaan verplichtingen om nevenfuncties en financiële belangen te melden (en in bepaalde gevallen openbaar te maken). Het belang van een integere overheid en de bijzondere positie van de ‘ambtenaar’ als vertegenwoordiger van die overheid maken een strafbaarstelling van ongeoorloofde verrijking mijns inziens niet onwenselijk.

Het verplicht melden van activa en inkomsten vormt voorts geen inbreuk op enig recht van de ambtenaar nu het sinds jaar en dag gebruikelijk is dat iedere belastingplichtige zijn inkomsten (en de bronnen daarvan) en vermogen opgeeft aan de Belastingdienst. De ‘bewijslast’ ligt hier ronduit op de belastingplichtige. Het opzettelijk doen van onjuiste of onvolledige belastingaangifte is reeds een misdrijf. Dat dit voor ambtenaren daarnaast nog het misdrijf van ongerechtvaardigde verrijking zou moeten kunnen opleveren, is in het licht van genoemde bijzondere positie van de ambtenaar niet onbegrijpelijk.

Hoofdstuk 7: Handhaving van de Nederlandse strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping

7.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is ingegaan op het ontstaan en de ontwikkeling van de internationale aandacht voor buitenlandse omkoping. De internationale verdragen die het product zijn van deze groeiende aandacht, hebben genoopt tot aanpassing van de nationale wetgeving. Nederland is op dit punt zijn verplichtingen grotendeels nagekomen, al is in het voorgaande gebleken dat verbeteringen mogelijk zijn. De strafbaarstelling van ambtelijke omkoping – zowel de actieve als de passieve variant – is aanzienlijk uitgebreid. Na het ontwikkelen van passende wetgeving is de volgende stap het uitvoeren of, in juridische termen, het handhaven van die regelgeving. De internationale anticorruptieverdragen verwachten van partijstaten een actieve houding ten aanzien van de opsporing en vervolging van (buitenlandse) ambtelijke omkoping.¹

De opsporing en strafrechtelijke vervolging van gevallen van (buitenlandse) omkoping vormen een belangrijke pijler van de algehele aanpak van het corruptieprobleem. Uiteraard zijn ook andere inspanningen van belang. Zo kan met educatie op het gebied van integriteit veel gewonnen worden, zowel bij ambtenaren als in de zakenwereld.² Allerlei niet-strafrechtelijke, preventieve maatregelen kunnen daarnaast het plegen van omkoping belemmeren en potentiële plegers trachten te ontmoedigen over te gaan tot omkoping. Over het belang van preventieve maatregelen handelt dit onderzoek echter niet. Hoewel het belang ervan niet kan worden onderschat, ben ik van mening dat preventieve maatregelen niet voldoende succes kunnen hebben wanneer ze niet worden ondersteund door repressieve maatregelen. Het voorkomen van een bepaalde gedraging heeft slechts effect wanneer de samenleving de verwerpelijkheid van die gedraging heeft bevestigd. Die bevestiging vindt in eerste instantie plaats door het vastleggen van de strafwaardigheid van die gedraging in een strafwetboek en vervolgens (en des te belangrijker) door de daadwerkelijke handhaving van die strafbaarstelling.

¹ Met name de Working Group on Bribery van de OECD hamert bij de landenevaluaties op een proactieve houding bij de opsporing en vervolging van (buitenlandse) omkoping.

² Op dit gebied leveren het BIOS (Bureau Integriteit Overheid) respectievelijk MVO Nederland (Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen) belangrijke bijdragen.

Op de discussie over de vraag of het risico van strafrechtelijke vervolging wegens omkoping mensen nu wel of niet weerhoudt van het plegen van een omkopingsdelict, oftewel de discussie over de preventieve werking van het strafrecht, wordt hier niet ingegaan. Het is echter een gegeven dat wanneer minder opsporings- en vervolgingsinspanningen worden verricht naar een dergelijk vermogensdelict, de kans klein is dat mensen door de betreffende strafbaarstelling worden weerhouden van het delict. De afschrikkende kracht van een strafbaarstelling zal afnemen wanneer de verwerpelijkheid van het gedrag niet wordt bevestigd door handhaving van de wet die het gedrag strafbaar stelt.³

De handhaving van de strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping vereist een actieve houding van opsporende instanties. Aangezien het delict geen overduidelijke sporen achterlaat (zoals een uitgebrand huis, een levenloos lichaam met kogelgaten of een opgeknapt slot van een verdwenen fiets), zijn veel methoden van klassieke opsporing niet bruikbaar. Er is, zoals dat wel wordt genoemd, geen 'smoking gun'. De opsporing van grensoverschrijdende of buitenlandse omkoping heeft vanwege beperkingen in de jurisdicties van nationale staten te maken met vele extra hindernissen. Om die hindernissen zoveel mogelijk weg te nemen, bevatten de in dit onderzoek besproken internationale anticorruptieverdragen alle (met uitzondering van de regelgeving van de EU)⁴ bepalingen met betrekking tot de opsporing van de verschillende corruptiedelicten.

In het hiernavolgende worden aspecten besproken die van belang zijn voor een effectieve handhaving van de anticorruptiewetgeving en die in vrijwel ieder anticorruptieverdrag aan bod komen. De aandacht ligt met name bij buitenlandse omkoping, maar veel is ook van toepassing op de 'gewone' binnenlandse omkoping. Ten eerste wordt ingegaan op de detectie van (buitenlandse) omkoping, dat wil zeggen het eerste 'opmerken' van een (mogelijk) geval van omkoping (paragraaf 7.2). Vervolgens wordt de daadwerkelijke strafrechtelijke handhaving van de strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping besproken, waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan de rol van de Rijksrecherche hierin (paragraaf 7.3). Daarna worden mogelijke belemmeringen genoemd die de opsporing van buitenlandse omkoping kunnen tegenwerken (paragrafen 7.4 en 7.5) en tot slot worden verbeteringen in de samenwerking tussen verschillende instanties en organisaties voorgesteld die de bestrijding van omkoping kunnen bevorderen (paragraaf 7.6).

³ Vgl. Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 134 en 142. De Roos merkt dit op met betrekking tot de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in artikel 328ter Sr.

⁴ In het EU-corrupcieprotocol en de EU-corrupctieovereenkomst zijn geen bepalingen met betrekking tot handhaving opgenomen. Samenwerking op strafvorderlijk terrein is echter wel een onderwerp waar in EU-verband veel aandacht aan wordt besteed.

7.2 Detectie van omkoping

Misschien wel het lastigste aspect van de strafrechtelijke bestrijding van buitenlandse omkoping is de eerste detectie ervan. Betrapping op heterdaad door een opsporingsambtenaar lijkt uitgesloten vanwege het feit dat de omkoping nu eenmaal voor het overgrote deel in het buitenland plaatsvindt, buiten de bevoegdheid van de Nederlandse opsporingsambtenaar. De eigen waarneming van opsporingsambtenaren kan derhalve zelden als detectiemiddel van buitenlandse omkoping worden gebruikt.

In de laatste twee decennia zijn de mogelijkheden om te starten met opsporing (al dan niet in het kader van een officieel opsporingsonderzoek) wettelijk vastgelegd⁵ en aanzienlijk uitgebreid. De tendens is dat steeds eerder, bij een steeds minder sterk vermoeden dan voorheen, ver gaande opsporingsmiddelen moeten kunnen worden ingezet. Maar ook de inzet van deze uitgebreide bijzondere opsporingsbevoegdheden vereisen ten minste een signaal dat iets ‘misdadigs’ is gebeurd, gaande is, wordt voorbereid of wordt beraamd. Zonder een dergelijk eerste signaal kunnen geen opsporingsmiddelen worden ingezet.⁶ De eerste detectie van een (vermoedelijk) geval van omkoping komt, zoals gezegd, niet vaak van opsporingsambtenaren. Dat geldt des te meer wanneer het een geval van *buitenlandse* omkoping betreft. De Nederlandse opsporingsinstanties zijn afhankelijk van informatie die ze aangeleverd krijgen van personen en instanties die dicht op het vuur zitten of die vanwege hun werkzaamheden mogelijke sporen van buitenlandse omkoping kunnen tegenkomen. Deze personen en instanties worden in het kader van dit onderzoek ‘detectors’ genoemd.

Hieronder wordt ingegaan op een aantal detectors en wijzen waarop de opsporingsinstanties aan hun informatie van mogelijke buitenlandse omkoping komen, of zouden kunnen komen. De besproken detectors zijn deels ontleend aan het tweede evaluatierapport over de Nederlandse situatie met betrekking tot de uitvoering van de verplichtingen uit het OECD-corruptieverdrag (en de 1997-Recommendation) van de OECD Working Group on Bribery (WGB).

Het is van belang dat deze detectors de nodige expertise hebben in het herkennen van verdachte situaties. Ook hierop wordt hieronder ingegaan.

⁵ Naar aanleiding van de beruchte “IRT-affaire” uit de negentiger jaren van de twintigste eeuw zijn bijzondere opsporingsbevoegdheden opgenomen in het Wetboek van Strafvordering, teneinde de inzet en het gebruik van opsporingsmiddelen beter te kunnen reguleren.

⁶ Ook in het ruimste opsporingsdomein (naar aanleiding van aanwijzingen van terrorisme) zal steeds een eerste signaal nodig om de opsporing te starten. Bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen niet gebruikt worden als eerste detectiemiddel om lukraak en ongericht in de rondte te zoeken. Een dergelijke ‘fishing expedition’ is niet toegestaan.

7.2.1 Detectors

7.2.1.1 Door de overheid gesteunde exportkredieten

Signalen van mogelijke buitenlandse omkoping kunnen in de eerste plaats worden opgemerkt door medewerkers van exportkrediet(verzekering)verstrekkers, meent de WGB.⁷

Bedrijven die handel drijven met het buitenland vragen dikwijls kredieten aan om zich op de internationale markt te kunnen begeven, of sluiten een exportkredietverzekering af om het risico van wanbetaling door de buitenlandse handelspartner af te dekken. Deze kredietverzekeringen kunnen bij commerciële maatschappijen worden afgesloten, maar in bepaalde gevallen willen de commerciële instellingen geen verzekering afgeven. Dit speelt voornamelijk bij de export naar landen met een verhoogd risico en voor kredieten voor een product of segment met hoge(re) risico's. Om de export ook in meer risicovolle sectoren en naar meer risicovolle (veelal niet-westerse) landen mogelijk te maken, bieden veel nationale overheden de mogelijkheid aan banken en exporteurs om het risico dat commerciële verzekeraars niet willen verzekeren in verband met exporttransacties naar meer risicovolle landen te beperken door deze risico's onder de exportkredietverzekeringsfaciliteit in herverzekering te nemen.⁸

In OECD-verband wordt in de 'Working Party on Export Credits and Credit Guarantees', beter bekend als de Export Credit Group (hierna: ECG), reeds sinds de oprichting ervan in 1963 gestreefd naar internationale eenheid in de wijze waarop met exportkredietverzekeringen wordt omgegaan. De gegroeide aandacht binnen de OECD voor de bestrijding van buitenlandse omkoping is ook aan de ECG niet voorbij gegaan en heeft geleid tot het aannemen door de OECD Council van de 'Recommendation on Bribery and Officially Supported Export Credits'⁹ in december 2006. Deze Recommendation roept OECD-partijstaten op passende afschrikkende maatregelen te nemen die buitenlandse omkoping (waarbij al dan niet exportkredieten betrokken zijn) voorkomen. De Recommendation maakt deel uit van het OECD-instrumentarium tegen buitenlandse omkoping.¹⁰

⁷ OECD Phase 2 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/14/49/36993012.pdf>, p. 19.

⁸ Dit is overigens geenszins een nieuwe faciliteit. De mogelijkheid om exportverzekeringen te herverzekeren bij de Staat is ingevoerd in 1932 en vindt thans haar grondslag in de Kaderwet financiële verstrekkingen Financiën (*Stb.* 1996, 98).

⁹ TD/ECG(2006)24.

¹⁰ Zie paragraaf 3.2 voor de instrumenten die deel uitmaken van dit instrumentarium.

Nederland: Atradius DSB

Namens de Nederlandse Staat worden de zogenaamde ‘officially supported export credits’ momenteel exclusief uitgevoerd door de commerciële kredietverzekeraar Atradius N.V., die de verzekeringen heeft ondergebracht in de afzonderlijke rechtspersoon Atradius Dutch State Business N.V. (Atradius DSB).¹¹

Uiteraard geeft ook de Staat niet zonder meer een kredietverzekering af op iedere aanvraag. Een landenklassering wordt gehanteerd aan de hand waarvan de verzekeringspremie per land wordt bepaald. Ook kan de maximaal gedekte som per land verschillen. Vanzelfsprekend geldt voor risicovolle landen een hogere premie en veelal een lage dekking. Immers is de kans (het risico) dat een beroep op de verzekering zal moeten worden gedaan in verhouding groot.

De omvang van het risico bij handel met (bedrijven uit) een bepaald land wordt vastgesteld aan de hand van een aantal factoren, waaronder de politieke en economische stabiliteit van het land. Ook de mate van integriteit (of althans de beleving daarvan) vormt een factor die meeweegt bij de bepaling van het risico voor de handel met een land. Een land waar de integriteit als matig of slecht wordt ervaren en dus de mate van (kans op) corruptie als hoog, wordt als meer risicovol aangemerkt dan een land dat goed scoort wat betreft integriteit. En voor het eerstgenoemde land wordt dan minder snel een kredietverzekering verstrekt en als die al verstrekt wordt is de verzekerde waarde meestal lager. Atradius DSB zegt bij het bepalen van de integriteit van landen gebruik te maken van de integriteitsindices van Transparency International.

Aangezien het verkrijgen van een exportkrediet vaak een cruciale voorwaarde is voor een ondernemer om een buitenlandddroom te kunnen doorzetten, hebben exportkredietleveranciers door hun landselectie een aanzienlijke invloed op de lijst van landen waarmee Nederlandse bedrijven handel drijven. De exportkredietverstrekkers kunnen dus preventief optreden tegen omkoping en andere vormen van corruptie, door de handel met landen met een hoog corruptierisico niet financieel te steunen. Daardoor maken ze voor veel Nederlandse ondernemingen de handel met (ondernemingen uit) dat land onmogelijk (en voorkomen ze potentiële omkoping).

¹¹ Deze kredieten worden voornamelijk verleend aan exporteurs van kapitaalgoederen en internationaal opererende aannemingsbedrijven. Atradius Dutch State Business NV, een onderdeel van de (commerciële) kredietverstrekker Atradius Groep, voert de kredietverzekeringen sinds 1 januari 2010 geheel in naam en voor rekening van de Staat der Nederlanden uit. Formeel gezien is het dus de Nederlandse staat die de kredietverzekeringen verstrekt. Voor 1 januari 2010 waren de verzekeringen wel voor rekening van de Staat, maar handelde Atradius in eigen naam. De wijziging is (slechts) bedoeld om te voorkomen dat in geval van een faillissement van Atradius de kredietverzekeringen die voor de Staat zijn afgesloten ook in het faillissement vallen.

OMKOPING BESTRAFT?

Als exportkredietverstrekker voor en namens de Staat is het voor Atradius DSB zelfs een taak om preventief op te treden ten aanzien van buitenlandse omkoping. Atradius DSB voert (namens de Staat) een actief preventief beleid bij de verstrekking van exportkredietverzekeringen. In de aanvraagformulieren voor de verschillende kredieten die de Staat aanbiedt, dient de aanvrager de volgende vragen te beantwoorden.

- a) *Is het u bekend dat er in verband met de opdracht waarop de aanvraag betrekking heeft, door u of door een ander aan personen in openbare dienst van een vreemde Staat of een Volkenrechtelijke¹² organisatie,*
- 1. enige betaling of gift is of zal worden verleend, of aangeboden;*
 - 2. enige belofte is of zal worden gedaan;*
 - 3. enige dienst is of zal worden verleend, of aangeboden;*
 - 4. enig oordeel van ongeacht welke aard (waaronder begrepen immateriële oordelen en oordelen in natura) is of zal worden toegekend, of toegezegd, of aangeboden*
al dan niet afhankelijk van de vervulling van (een) nadere voorwaarde(n), welke betaling, gift, belofte dienst of oordeel zou kunnen worden uitgelegd dat omkoping of een poging daartoe heeft plaatsgevonden af zal plaatsvinden, althans dat op onbehoorlijke wijze is of zal worden getracht een concurrentievoordeel, een betere onderhandelingspositie, gunstiger contractvoorwaarden of enig ander voordeel te verkrijgen?
- b) *Staat u vermeld op een van de openbare uitsluitingslijsten van:*
- 5. de Wereld Bank,*
 - 6. de Asian Development Bank,*
 - 7. de European Bank for Reconstruction and Development of*
 - 8. de Inter-American Development Bank*
inzake betrokkenheid bij omkoping.
- c) *bent u, of iemand die namens u optreedt voor de onderhavige transactie, momenteel aangeklaagd in een gerechtelijke procedure, of bent u in de 5 jaar voorafgaand aan deze verzekeringsaanvraag veroordeeld in een gerechtelijke procedure (of in een daarmee gelijk te stellen administratieve procedure) voor het schenden van wetten die het omkopen van buitenlandse ambtenaren verbieden?*¹³

De aanvrager van een verzekering verklaart met de ondertekening van het aanvraagformulier dat hij zich in verband met het verwerven en de uitvoering van de

¹² Deze (foutieve) schrijfwijze is letterlijk overgenomen uit de formulieren van Atradius DSB.

¹³ De aanvraagformulieren zijn te raadplegen via
<www.atradiusdutchstatebusiness.nl/formulieren/aanvraag/index.html>.

opdracht waarop de aanvraag betrekking heeft te allen tijde zal onthouden van bovengenoemde omkoping, van het uitlokken van omkoping of medepllichtigheid daaraan.

Bovenstaande preventieve maatregelen zijn overigens niet het gevolg van de enorme Nederlandse vindrijkheid bij de bestrijding van corruptie, maar zijn grotendeels overgenomen uit de eerder genoemde Recommendation van de OECD uit 2006. De Nederlandse Staat gaat wel verder dan de verplichtingen die uit de Recommendation voortvloeien. Nederland is een groot voorstander van een stevig optreden tegen omkoping die gefinancierd is met door de Staat verzekerde middelen. De Nederlandse afvaardiging in de ECG van de OECD pleitte voor het verkrijgen van meer informatie over de commissie die tussenpersonen ontvangen. Bij aanvragen van door de Nederlandse Staat gesteunde exportkredieten wordt de aanvrager dan ook altijd gevraagd naar de hoogte van commissies en vergoedingen die aan tussenpersonen worden betaald, naar de naam en adresgegevens van die tussenpersonen en naar het werk dat die tussenpersonen voor de aanvrager verrichten. Wanneer meer dan 5 procent van de contractsom, of meer dan EUR 4.538.000 (afhankelijk van welk bedrag het laagst is) wordt besteed aan een tussenpersoon, dan verricht Atradius DSB automatisch nader 'due diligence'-onderzoek naar de betrokken partijen.

De vragen in het aanvraagformulier en het intensievere 'due diligence'-onderzoek dat de exportverzekeraar in bepaalde gevallen verricht, moet ondernemingen doen afzien van omkoping. Of het formulier deze afschrikkende werking daadwerkelijk heeft, is echter moeilijk vast te stellen. Uit enquêtes onder de partijstaten, die de verantwoordelijke werkgroep van de OECD houdt over de stand van zaken met betrekking tot corruptiebestrijding door verstrekkers van door de overheid gesteunde exportkredieten, blijkt wel dat van de partijstaten Nederland één van de meest stringente controles verricht alvorens het een exportkrediet verstrekt.¹⁴

Naast dit preventieve optreden van exportkredietverzekeraars, kunnen deze organisaties ook een rol spelen bij de repressie van buitenlandse omkoping. Genoemde Recommendation roept lidstaten op zorg te dragen voor het bestaan van procedures voor het melden aan de opsporingsautoriteiten van "instances of credible evidence"¹⁵ van omkoping.¹⁶ Bovendien moeten lidstaten, in het geval op enig mo-

¹⁴ De enquêtes worden gehouden sinds 2006. Zie voor de resultaten over de situatie per 31 december 2008 het document 'Export Credits and Bribery: Annex to 2008 Review of Responses to the 2006 Survey on Measures Taken to Combat Bribery In Officially Supported Export Credits - Situation as at 31 December 2008' van 15 januari 2009, TAD/ECG(2008)20/ANN/FINAL.

¹⁵ Met credible evidence wordt blijkens een voetnoot bij de Recommendation bedoeld op "evidence of a quality which, after critical analysis, a court would find to be reasonable

ment “credible evidence” ontstaat dat bij het aangaan of de uitvoering van de exportovereenkomst sprake kan zijn van omkoping, onverwijld (“promptly”) de nationale opsporingsautoriteiten hiervan op de hoogte brengen.¹⁷

Atradius DSB (namens de Nederlandse Staat) heeft hieraan uitvoering gegeven door in de toelichting bij zijn aanvraagformulieren de aanvrager erop te wijzen “dat ook omkoping van buitenlandse ambtenaren in de artikelen 177 en 177a jo 178a van het Wetboek van Strafrecht uitdrukkelijk is verboden. Voor het geval het vermoeden rijst dat toch omkoping heeft plaatsgevonden, behoudt de Nederlandse Staat zich het recht voor de Nederlandse opsporingsautoriteiten van dit vermoeden op de hoogte te brengen.”¹⁸ Kredietaanvragers worden dus expliciet gewaarschuwd. In hoeverre de Staat de opsporingsautoriteiten in de praktijk daadwerkelijk op de hoogte brengt van een vermoeden is echter onduidelijk. In eerdergenoemde enquête gaf Atradius DSB aan tot 31 december 2008 één melding aan de opsporingautoriteiten te hebben gedaan toen het vermoeden was gerezen dat er mogelijk sprake was van omkoping bij de transactie waarvoor een krediet werd aangevraagd.¹⁹ Meer informatie daarover is echter niet openbaar gemaakt.

In de hierboven opgenomen toelichting bij het aanvraagformulier voor een exportkredietverzekering maakt de Nederlandse Staat een voorbehoud ten aanzien van het melden van vermoedens. Dit lijkt in strijd met de hiervoor besproken bepaling uit de OECD-Recommendation die nu juist oproept tot het onverwijld informeren van de opsporingsautoriteiten van ieder “credible evidence” van omkoping. In een getrouwe uitvoering van de Recommendation (welke Nederland zegt voor te staan) past een dergelijk voorbehoud niet. Het Nederlandse voorbehoud kan ertoe leiden dat het aantal meldingen van vermoedens van omkoping dat de opsporingsinstanties bereikt laag blijft. Een vermoeden van omkoping moet verscheidene drempels passeren voordat het terecht komt op de plek alwaar besloten kan worden of het instellen van een strafrechtelijk onderzoek wenselijk is.

Een eerste drempel wordt vanzelfsprekend gevormd door de eis dat een vermoeden moet zijn gerezen dat omkoping heeft plaatsgevonden. Dat vermoeden moet zijn

and sufficient grounds upon which to base a decision on the issue if no contrary evidence were submitted.”

¹⁶ Recommendation on Bribery and Officially Supported Export Credits van 18 december 2006 (TD/ECG(2006)24), artikel 1 onder i.

¹⁷ Idem, artikel 1 onder j.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld de toelichting bij vraag 8a van het aanvraagformulier voor een aannemingverzekering, te raadplegen via www.atradiusdutchstatebusiness.nl/Images/Aanvraag%20Uitvoering%20van%20werken%20Werktuigdekking_tcm1008-128970.doc.

¹⁹ ‘Export Credits and Bribery: Annex to 2008 Review of Responses to the 2006 Survey on Measures Taken to Combat Bribery In Officially Supported Export Credits - Situation as at 31 December 2008’ van 15 januari 2009, TAD/ECG(2008)20/ANN/FINAL, p. 181.

gewekt bij een werknemer van Atradius DSB, die derhalve moet zijn opgeleid om aanwijzingen van buitenlandse omkoping te herkennen. Atradius DSB verklaarde aan de WGB geen onderzoeken naar onregelmatigheden of vermoedens van strafbare feiten te verrichten.²⁰ Maar het kan bijna niet anders dan dat toch enig (nader) onderzoek door Atradius DSB zal worden verricht wanneer een vermoeden van omkoping rijst, alvorens dat vermoeden wordt gemeld aan de bevoegde instanties. Dat onderzoek is echter uiteraard niet aan te merken als een strafrechtelijk opsporingsonderzoek.

De ontstane vermoedens meldt Atradius DSB (namens de Staat) vervolgens niet direct aan de opsporingsautoriteiten, maar aan het Ministerie van Financiën. Het Ministerie beoordeelt op zijn beurt of de kwestie aan het Openbaar Ministerie dient te worden gemeld. Hier vormt zich een onnodige tweede drempel. Wat de criteria zijn die het Ministerie van Financiën bij deze beoordeling gebruikt, is niet duidelijk. De extra beoordeling kost in ieder geval tijd die de 'onverwijldheid' waarvan de Recommendation spreekt in gevaar brengt. Uit het hierboven geciteerde voorbehoud blijkt voorts dat de Staat het melden van vermoedens kennelijk niet als verplichting maar als (vrijblijvende) bevoegdheid ziet. Dit lijkt behalve strijdig met de Recommendation bovendien in strijd met de plicht die rust op (ambtenaren van) het Ministerie om aangifte te doen van (corruptie-)misdriven waarvan kennis wordt gekregen. Deze meer algemene verplichting bestaat op grond van artikel 162 van het Wetboek van Strafvordering. Hierna in paragraaf 7.2.3 wordt nader uiteengezet hoe en waarom deze aangifteplicht duidelijker vorm zou moeten krijgen.

7.2.1.2 Officiële ontwikkelingshulp

Volgens de WGB kan bij de verstrekking van en de controle op officiële ontwikkelingshulp behalve aan corruptiepreventie tevens veel worden gedaan aan detectie van mogelijke buitenlandse omkoping.²¹

In OECD-verband is in 1996 door het Development Assistance Committee (DAC) – een commissie die zich inzet voor het verbeteren van ontwikkelingshulp – de 'Recommendation on Anti-Corruption Proposals for Bilateral Aid Procurement'²² opgesteld. Ook deze aanbeveling maakt deel uit van het OECD-instrumentarium tegen corruptie.²³

²⁰ OECD Phase 2 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/14/49/36993012.pdf>, p. 20.

²¹ Idem, p. 21.

²² Parijs, 6-7 mei 1996, DCD/DAC(96)11/FINAL.

²³ Zie paragraaf 3.2 voor de instrumenten die deel uitmaken van dit instrumentarium.

Nederland: Task Force Anti-Corruptie

Traditioneel is Nederland in verhouding tot andere landen zeer toegewijd met betrekking tot ontwikkelingshulp of -samenwerking.²⁴ Aangezien het bedrag dat aan ontwikkelingshulp wordt besteed (grotendeels) ‘uit de zakken van de belastingbetaler’ komt, staat de hoogte en bestemming ervan continu onder druk. Het is derhalve van groot belang dat geen of zo min mogelijk ontwikkelingsgeld op de verkeerde plaats terecht komt. Het Nederlandse belang bij corruptievrije ontwikkelingshulp is dus groot.

In 2004 verzochten Kamerleden Wilders en Herben de regering “om in kaart te brengen op welke wijze en in welke mate [de Nederlandse] ontwikkelingshulp te lijden heeft van corruptie, zodat de benodigde tegenmaatregelen kunnen worden genomen.”²⁵ In antwoord op dit verzoek berichtte de Minister voor Ontwikkelings-samenwerking onder andere over een aantal buitenlandse initiatieven ter bestrijding van corruptie dat met Nederlandse (financiële) steun mogelijk was gemaakt.²⁶ Tevens meldde de Minister hierbij de oprichting van de Task Force Anti-Corruptie (hierna: TFAC). Deze was ingesteld met het doel “beter inzicht te krijgen in de oorzaken en effecten van corruptie.”²⁷ Meer in het bijzonder moest de TFAC onderzoeken in hoeverre sprake was van oneigenlijk gebruik van Nederlandse middelen van Ontwikkelingssamenwerking ten gevolge van corruptie. De taak van de TFAC was “het risico op het weglekken van OS-middelen als gevolg van corruptie in de partnerlanden in kaart te brengen en zonodig met voorstellen te komen voor aanpassing van beleidsinstrumenten om risico’s te verminderen.”²⁸

Opvallend is dat bepaalde anticorruptie-activiteiten die Nederland in het buitenland reeds geruime tijd (financieel) ondersteunt, in Nederland zelf niet of nauwelijks vorm hebben gekregen. Zo berichtte de Minister van Buitenlandse Zaken in 2005 dat Nederland in Macedonië een kliklijn financiert voor de douane, als gevolg waarvan corrupte ambtenaren waren ontslagen en smokkelwaar in beslag was genomen. In Nederland heeft het tot 2008 moeten duren voordat integriteitsschendingen

²⁴ In de Commitment to Development Index die sinds 2003 jaarlijks wordt opgesteld door het Center for Global Development in samenwerking met het magazine Foreign Policy, staat Nederland steeds minimaal in de top 3 van de 22 rijke landen die worden beoordeeld op basis van hun nationale inspanningen op zeven terreinen die van belang zijn voor ontwikkelingslanden. Zie <www.cgdev.org/section/initiatives/_active/cdi> voor de indices die tot nu toe gepubliceerd zijn.

²⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 V, nr. 58.

²⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 V, nr. 93.

²⁷ Samenvatting van de eindrapportage van de Task Force Anti-Corruptie, p. 1. Gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 V, nr. 112.

²⁸ Idem.

fatsoenlijk gemeld konden worden.²⁹ De Nederlandse regelingen betreffende het melden van misstanden zijn echter nog altijd gebrekkig.³⁰

Het is niet juist te concluderen dat Nederland zich in het algemeen bij de bestrijding van corruptie vooral op het buitenland richt, alsof het probleem in Nederland niet bestaat. De hierboven beschreven financiële ondersteuning van een meldpunt in Macedonië is afkomstig van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en Ontwikkelingssamenwerking. Ook de TFAC is ingesteld door dit ministerie en richt zich derhalve per definitie op de bestrijding van corruptie in het buitenland en dan met name in arme landen die van Nederland ontwikkelingshulp ontvangen.

Wel kan geconcludeerd worden dat voor initiatieven in het buitenland die gesteund worden met Nederlands geld, kennelijk weinig inhoudelijke aandacht van Nederland bestaat. Bij het opdoen van ideeën voor binnenlandse corruptiebestrijding zou Nederland veel kunnen leren van projecten in andere landen die het nota bene zelf financieel ondersteunt. Het Ministerie van Buitenlandse Zaken heeft daar het beste zicht op. Het opstellen en uitvoeren van nationaal anticorruptiebeleid is echter een binnenlandse aangelegenheid waar het Ministerie van Binnenlandse Zaken de verantwoording voor draagt. Een betere communicatie tussen deze departementen zou het nationale anticorruptiebeleid vele stappen verder kunnen helpen.

De TFAC vestigde in zijn eindrapportage van begin 2008 nadrukkelijk de aandacht op de aanbodkant van corruptie. *“Het zijn immers vaak westerse bedrijven die de steekpenningen betalen en westerse banken die de gelden die dictators aan hun land hebben onttrokken, aanhouden.”*³¹ Volgens de TFAC is deze aanbodkant te lang onderbelicht gebleven. En daar ligt dus een meer binnenlandse taak, voor andere overheidsinstanties dan het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

Na de opheffing van de TFAC was het de bedoeling dat de werkzaamheden van de taskforce zouden worden voortgezet binnen de verschillende afdelingen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, waarbij wel enige coördinatie zou blijven plaatsvinden.³²

7.2.1.3 Ambassades

Voor de hand liggende detectors van buitenlandse omkoping zijn voorts de ambtenaren die werkzaam zijn op Nederlandse ambassades in het buitenland. Zij zijn de ogen en oren van Nederland in het buitenland en hebben veelal het beste overzicht

²⁹ Op 15 april 2008 besloten de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Justitie tot het onderbrengen van het anonieme meldpunt voor integriteitsschendingen door overheidsfunctionarissen bij het Meldpunt M, het algemene anonieme meldpunt voor misdaad. *Kamerstukken II 2007/08*, 28 844, nr. 13, p. 3.

³⁰ Zie hierna over de bescherming van klokkenluiders paragraaf 7.2.2.

³¹ Samenvatting van de eindrapportage van de Task Force Anti-Corruptie, p. 3. Gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 V, nr. 112.

³² Idem, p. 10.

op de in het betreffende land opererende bedrijven. Als Nederlandse ambtenaren hebben zij tevens een plicht om aangifte te doen van de in artikel 162 Sv genoemde strafbare feiten waarvan zij in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen. Voor wat betreft de detectie van buitenlandse omkoping, waarvan slechts de ‘actieve kant’ strafbaar is in Nederland, schiet deze aangifteplicht echter te kort. Dit wordt nader besproken in paragraaf 7.2.3.

Naar aanleiding van de werkzaamheden van de hiervoor besproken TFAC heeft het Ministerie van Buitenlandse Zaken in een annex bij de gedragscode voor ambtenaren van dit ministerie een meldingsplicht voor ambassade medewerkers opgenomen “in geval van vermoedens van omkoping van buitenlandse ambtenaren door Nederlanders en/of het Nederlandse bedrijfsleven.”³³

7.2.1.4 Belastingdienst

Medewerkers van de Belastingdienst worden door de WGB in het meermalen genoemde Phase 2-rapport voornamelijk besproken in verband met de belastingaftrekbaarheid van betaalde steekpenningen. Reeds in zijn 1994-Recommendation³⁴ en naderhand nog meer expliciet in de 1996-Recommendation³⁵ drong de OECD aan op het onmogelijk maken van fiscale aftrekbaarheid van steekpenningen in alle aangesloten staten. Deze aanbeveling is thans vervangen door en opgenomen in de 2009-Recommendation.³⁶

Nederland

De Nederlandse Belastingdienst werd een eerste rol toebedeeld in de bestrijding van omkoping als gevolg van een wijziging van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 en de Wet op de loonbelasting 1964, waardoor kosten en lasten die verband houden met een misdrijf per 1 januari 1997 werden uitgesloten van aftrek.³⁷ Voor uitsluiting was wel vereist dat de belastingplichtige ondernemer (voor wat betreft inkomstenbelasting) of werknemer (voor wat betreft loonbelasting) door een Nederlandse strafrechter bij onherroepelijke uitspraak was veroordeeld, of met hem een schikking getroffen was ter zake van het betreffende misdrijf. Bij de behande-

³³ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 V, nr. 112, p 2. De notitie over de wettelijke verplichting tot aangifte van (vermoedelijke) gevallen van omkoping is op het interne ‘BZnet’ beschikbaar voor alle ambtenaren van Buitenlandse Zaken.

³⁴ Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions, Parijs, 27 mei 1994, C(94)75/FINAL.

³⁵ Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials, Parijs, 11 april 1996, C(96)27/FINAL.

³⁶ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Parijs, 26 november 2009, C(2009)159/REV1/FINAL.

³⁷ *Stb.* 1996, 657.

ling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer werd door Kamerlid Rabbae reeds duidelijk gemaakt dat de wetswijziging geen werkelijke oplossing zou gaan bieden voor het probleem van de aftrekbaarheid van betaalde steekpenningen.³⁸

Sinds augustus 2006 heeft de Belastingdienst een ruimere mogelijkheid om steekpenningen uit te sluiten van aftrekbaarheid. Het aanvankelijke wetsvoorstel was in mei 2003 aangeboden aan de Tweede Kamer naar aanleiding van het 'Phase 1'-rapport waarin de WGB stelde dat de Nederlandse oplossing (strafbaarstelling van buitenlandse omkoping in combinatie met eerder genoemde mogelijkheid om kosten en lasten die verband houden met een misdrijf waarvoor een strafrechtelijke veroordeling of schikking was gevolgd uit te sluiten van belastingaftrek) niet in overeenstemming was met de 1996-Recommendation.³⁹

Artikel 3.14 van de Wet inkomstenbelasting 2001 zegt sindsdien dat bij het bepalen van de winst niet in aanmerking voor aftrek komen de kosten en lasten die verband houden met: "(h) giften, beloften of diensten indien blijkt dat sprake is van een strafbaar feit als bedoeld in artikel 126, eerste lid, 177, 177a, 178, 178a, 328ter, tweede lid, of 328quater, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht."⁴⁰ Een strafrechtelijke veroordeling is niet meer nodig, voldoende is dat *blijkt* dat sprake is van een corruptiedelict als genoemd in deze bepaling. In plaats van de term 'blijkt' was aanvankelijk voorgesteld 'aannemelijk is'. In de Eerste Kamer overheerste de mening dat van de belastinginspecteur een zwaardere bewijslast om aftrekbaarheid te weigeren geëist moest worden dan slechts het aannemelijk maken dat sprake is van steekpenningen.⁴¹ De inspecteur hoeft dan weliswaar niet meer een veroordeling of schikking af te wachten, maar een meerderheid in de Eerste Kamer vond dat die ambtenaar toch wel het 'steekpenningenkarakter' moest *aantonen*. Het in het wetsvoorstel aanvankelijk genoemde "aannemelijk maken" zou hem teveel vrijheid geven, vond de Eerste Kamer. De belastinginspecteur zou immers toch enigszins op de stoel van de rechter gaan zitten.

Een zwaardere bewijslast achtten de senatoren des te noodzakelijker in gevallen waarin een rechter de belastingplichtige vrijspreekt van actieve omkoping. Een

³⁸ *Handelingen II* 1996/97, nr. 31, p. 2599-2600.

³⁹ OECD Phase 1 report on the Netherlands, p. 32-33 en 37. De staatssecretaris van Financiën had blijkens dit rapport eind 2000 reeds toegezegd met een nieuwe regeling te komen met betrekking tot de aftrekbaarheid van steekpenningen. En bovendien "The Government intends to "make haste" with this process, and the Dutch authorities believe that it is possible that the Bill could be passed by the end of the year", zo rapporteerde Nederland begin 2001 (zie p. 37). Dat bleek dus voorbarig.

⁴⁰ *Stb.* 2006, 233 en 235. Nederland gaat met deze bepaling overigens verder dan door de OECD wordt aanbevolen, door de aftrekbaarheid ook uit te sluiten voor steekpenningen met betrekking tot *niet*-ambtelijke omkoping.

⁴¹ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 873, nr. B. Met name CDA en VVD voerden deze kritiek.

belastinginspecteur mag niet zonder meer de aftrekbaarheid weigeren wanneer de steekpenningen weliswaar niet strafrechtelijk bewezen kunnen worden, maar wel belastingrechtelijk aannemelijk kunnen worden gemaakt. Meer zekerheid is nodig dat daadwerkelijk sprake is van steekpenningen.

Dit betekent dat de Belastingdienst eigenhandig onderzoek zal moeten verrichten naar vermoedens van omkoping. Dat is echter geen strafrechtelijk onderzoek en de Belastingdienst kan dan ook geen ingrijpende opsporingsmiddelen inzetten. Anderzijds heeft de ‘verdachte’ belastingplichtige in een dergelijk onderzoek ook niet dezelfde rechtsbescherming als het strafrecht hem zou bieden.

Voordeel van de nieuwe wettelijke mogelijkheid van niet-aftrekbaarheid is dat de Belastingdienst niet het gehele financiële onderzoek door het Openbaar Ministerie en de daarop volgende afdoening van de zaak hoeft af te wachten alvorens de aftrekbaarheid te kunnen weigeren. Strafrechtelijke onderzoeken kunnen immers lang duren en zoals hierna in paragraaf 7.3.3 duidelijk wordt, moeten voordat een strafrechtelijk onderzoek kan worden gestart tal van obstakels worden gepasseerd die een onderzoek kunnen tegenhouden.

Wanneer de Belastingdienst het vermoeden krijgt dat steekpenningen worden opgevoerd als aftrekposten, dan dient behalve dat een eigen onderzoek wordt gestart, tevens aangifte te worden gedaan van dat vermoeden van omkoping. De Belastingdienst heeft dan de rol van (eerste) ‘detector’ van omkoping. Dat de aangifteplicht van artikel 162 Sv hier van toepassing is op de Belastingdienst kan echter niet zonder meer worden aangenomen. Hieronder in paragraaf 7.2.3 wordt bij de bespreking van dit wetsartikel onderzocht in hoeverre de derde categorie van artikel 162 lid 1 Sv van toepassing kan zijn op de Belastingdienst die kennis krijgt van een mogelijk geval van actieve omkoping.

7.2.1.5 Witwasdetectie

Verscheidene malen in dit onderzoek is corruptie in verband gebracht met witwassen. Aangenomen steekpenningen kunnen worden aangemerkt als opbrengsten afkomstig uit een misdrijf (namelijk omkoping). Daarmee maakt de omgekochte ambtenaar zich schuldig aan witwassen, zoals strafbaar gesteld in Titel XXXA van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Daarnaast kan ook het geld dat wordt aangewend om invloed uit te oefenen op overheden reeds uit enig misdrijf afkomstig zijn. Dit laatste is vaak het geval wanneer criminele organisaties door middel van omkoping hun invloed binnen overheden trachten te vergroten.

De WGB bespreekt in genoemd ‘Phase 2’-rapport als laatste detector van buitenlandse omkoping de organisaties die met het detecteren van witwassen belast zijn. Deze organisaties, die gespecialiseerd zijn in het onderzoeken van geldstromen, kunnen bij die onderzoeken stuiten op mogelijke gevallen van omkoping, mits zij getraind worden in het herkennen van dergelijke situaties.

In paragraaf 3.7 zijn kort enkele internationale instrumenten tegen witwassen aan de orde gekomen die ook bij de bestrijding van corruptie een rol kunnen spelen. De bestrijding van witwassen is onder invloed van de Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)⁴² en de Europese Unie in Nederland en ook internationaal gezien veel verder ontwikkeld dan de bestrijding van buitenlandse omkoping. De veertig aanbevelingen ter bestrijding van witwassen⁴³ en de negen speciale aanbevelingen ter bestrijding van de financiering van terroristische daden⁴⁴ van de FATF en de daarop gebaseerde witwasrichtlijnen van de Europese Unie tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme⁴⁵ bevatten (onder meer)⁴⁶ bepalingen die staten dwingen tot het nemen van wettelijke maatregelen die de detectie van witwassen mogelijk maken.

De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) die sinds 1 augustus 2008 de bestrijding van witwassen reguleert, is het resultaat van de uitvoering die de Nederlandse wetgever aan die internationale verplichtingen heeft gegeven. Naast de primaire preventieve functie van de Wwft, welke zich bijvoorbeeld uit in de verplichting voor een aantal beroepsgroepen tot identificatie van cliënten en het verrichten van cliëntenonderzoek⁴⁷, heeft de wet ook een repressieve functie door de versterking van de informatiepositie ten behoeve van opsporing en vervolging, welke mogelijk wordt gemaakt door de meldingsplicht ten aanzien van ongebruikelijke transacties.⁴⁸

In paragraaf 4.3.1 kwam bij de bespreking van de FATF aan de orde dat die organisatie zich inmiddels heeft beseft dat de inspanningen tegen witwassen zeer wel ook aangewend kunnen worden voor de bestrijding van omkoping. Instrumenten en organen gericht op de detectie van ongebruikelijke en verdachte transacties zouden zonder moeite kunnen worden ingezet voor de detectie van geldstromen die uit omkopingstransacties voortvloeien. De financiële handel en wandel van politiek

⁴² Zie ook paragraaf 4.3.1.

⁴³ Bij sluiting van dit manuscript stamde de meest recente versie van de aanbevelingen uit 2003. Deze is te raadplegen via <www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/40/34849567.pdf>.

⁴⁴ Bij sluiting van dit manuscript stamde de meest recente versie van deze aanbevelingen uit oktober 2001. Deze is te raadplegen via <www.fatf-gafi.org/dataoecd/8/17/34849466.pdf>.

⁴⁵ Deze richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 (*PbEU* Nr. L 309 p. 15-36), beter bekend als de 'Derde Witwasrichtlijn' heeft de voorgaande richtlijnen doen vervallen.

⁴⁶ De veertig aanbevelingen zijn breder en geven bijvoorbeeld ook richtlijnen voor hoe de strafbaarstelling van witwassen vorm zou moeten hebben in de nationale wetgevingen.

⁴⁷ Geregeld in hoofdstuk 2 van de Wwft.

⁴⁸ Geregeld in hoofdstuk 3 van de Wwft.

prominente personen wordt bovendien in het kader van witwasbestrijding reeds extra in de gaten gehouden (zie paragraaf 3.7).

Door enerzijds training van de werknemers van de meldpunten voor ongebruikelijke transacties (in Nederland is dat FIU-Nederland (Financial Intelligence Unit)) in het herkennen van transacties die mogelijkwijfs corruptiegerelateerd zijn en anderzijds het gebruikmaken van de informatie van deze meldpunten door opsporingsautoriteiten die zich met corruptieonderzoeken bezighouden, kan de witwasdetectie bijdragen bij de detectie van omkoping.

7.2.1.6 Accountants en auditors

Als laatste mogelijke detector van omkoping noemt de WGB accountants en auditors. Titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bevat (in navolging van EU-richtlijnen hieromtrent) verplichtingen voor bepaalde⁴⁹ rechtspersonen om jaarlijks een jaarrekening en jaarverslag op te stellen. Een deel daarvan, veelal grotere rechtspersonen,⁵⁰ moet deze documenten tevens openbaar maken⁵¹ en laten controleren door een externe accountant.⁵²

Bij de detectie van witwassen wordt reeds veelvuldig een beroep gedaan op de medewerking van beroepsgroepen die met geldstromen te maken kunnen hebben. Accountants hebben een bijzondere positie omdat zij een vrij gedetailleerd inzicht hebben in de financiële cijfers van een rechtspersoon. Zo zouden zij mogelijk kunnen stuiten op (financiële) signalen van (buitenlandse) omkoping. De WGB roept de Nederlandse opsporingsautoriteiten dan ook op om nauw samen te werken met accountantskantoren en initiatieven te ontwikkelen om het bewustzijn van accountants te vergroten ten aanzien van (buitenlandse) omkoping, opdat deze een actieve rol kunnen gaan spelen bij de detectie van dit delict.⁵³

7.2.1.7 Afsluiting

Zoals hiervoor gezegd, kunnen bovenstaande potentiële ‘detectors’ slechts van enig nut zijn wanneer zij enige expertise bezitten in het opmerken en herkennen van verdachte situaties. Het personeel van bovengenoemde instellingen dient derhalve te worden opgeleid voor deze detectiefunctie. Naast het opmerken en herkennen van verdachte situaties dienen de detectors bovendien te weten wat zij met de kennis dat mogelijk een strafbaar feit is of zal worden gepleegd moeten doen. Ze moe-

⁴⁹ Vastgelegd in artikel 2:360 BW.

⁵⁰ Artikelen 2:396 tot en met 2:398 BW bieden vrijstelling van deze plicht voor bepaalde (kleinere) rechtspersonen.

⁵¹ De openbaarmakingsplicht is neergelegd in artikelen 2:394 en 2:395 BW.

⁵² Deze verplichting is opgenomen in artikel 2:393 BW en ook hierop bestaat een uitzondering voor kleinere rechtspersonen (artikel 2:396 BW).

⁵³ OECD Phase 2 report on the Netherlands, <www.oecd.org/dataoecd/14/49/36993012.pdf>, p. 30.

ten weten waar ze de informatie kunnen melden en tevens moeten zij er verzekerd van zijn dat ze die informatie in alle vrijheid en veiligheid kunnen melden, dus zonder dat het negatieve gevolgen heeft voor hun professionele of persoonlijke leven. In nog sterkere mate geldt dit voor de hierna te bespreken categorie personen die een eerste melding van een mogelijk geval van omkoping kunnen doen. Het gaat dan om personen die omkoping waarnemen van heel dichtbij – als werknemer van een bedrijf dat omkoopt – of zelfs van binnenuit, in de zin dat ze er zelf bij betrokken zijn.

7.2.2 Stimuleren van het melden van detectie

Gevallen van (buitenlandse) omkoping door bedrijven kunnen gedetecteerd worden door de hiervoor genoemde ‘detectors’. Alle hierboven beschreven detectors zijn echter (in de meeste gevallen) eerder toeschouwers, die weliswaar in de positie zijn dat ze signalen van mogelijke omkoping kunnen oppikken, maar dat toch steeds van buitenaf moeten trachten waar te nemen. Waardevolle, meer gerichte informatie kan komen van personen die als medewerker van een organisatie van binnenuit waarnemen hoe die organisatie zich schuldig maakt aan omkoping of van personen die zelf – gewild dan wel ongewild – betrokkenen zijn bij een geval of een complot van omkoping. Beide categorieën personen belanden in een zeer lastige en soms zelfs gevaarlijke situatie, wanneer zij besluiten de klok te luiden en informatie over de omkoping naar buiten te brengen.

Klokkenluiden is in Nederland met name in overheidssectoren nog altijd bepaald niet aantrekkelijk. Voorbeelden van klokkenluiders die financieel en emotioneel aan de grond zitten beheersen nog steeds het beeld dat men heeft bij (de toekomst van) personen die misstanden binnen (overheids-)organisaties besluiten te melden. De meeste overheidsinstellingen kennen wel een procedure voor het melden van misstanden. Uit een evaluatie van deze klokkenluidersregelingen in 2008 bleek echter dat ze weliswaar het melden van misstanden bevorderden (zij het slechts in beperkte mate)⁵⁴, maar dat de bescherming van de melders – de klokkenluiders – ernstig te wensen over liet.⁵⁵

Na een lange voorbereiding besloot de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in september 2011 eindelijk tot het instellen van de “Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiders.” Het betrof een tijdelijk besluit in de vorm van een algemene maatregel van bestuur, omdat de regering de extra vertraging die een formele wet met zich mee zou brengen niet aanvaardbaar achtte, aangezien al

⁵⁴ Universiteit Utrecht, Departement Bestuurs- en Organisationswetenschap, *Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector. Eindrapport*, 2008, p. 97. Gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II 2007/08*, 28 844, nr. 13.

⁵⁵ Idem, p. 99. De conclusie van de onderzoekers was op dit punt ronduit negatief: “De regelingen bieden ambtelijke klokkenluiders vrijwel geen (rechts)bescherming.”

sinds eind 2007 gepoogd werd een dergelijke voorziening voor klokkenluiders te creëren. Het besluit trad overigens nog niet in werking en bij sluiting van dit manuscript was dit nog altijd niet het geval. De Commissie moet zowel voor de publieke als voor de private sector een adviserende rol gaan spelen. De taak van de Commissie is in artikel 3 van genoemd besluit als volgt verwoord.

De taak van de Commissie is:

- a. *op verzoek informatie en advies geven over en ondersteuning bieden bij mogelijke vervolgstappen aan degene die een vermoeden heeft van een mogelijke misstand die raakt aan het algemeen belang bij:*
 - *het bedrijf of de organisatie waar hij werkt of heeft gewerkt; of*
 - *een ander bedrijf of een andere organisatie indien hij door zijn werkzaamheden kennis heeft gekregen van de mogelijke misstand.*
- b. *niet tot een persoon te herleiden ontwikkelingen en patronen die zijn af te leiden uit de informatie die de Commissie heeft op grond van haar taak, bedoeld in onderdeel a, mededelen aan organisaties voor wie deze informatie relevant is;*
- c. *algemene voorlichting geven over het omgaan met een vermoeden van een mogelijke misstand.*

De Commissie moet zoals gezegd ook een rol gaan spelen voor de private sector. Maar steeds meer bedrijven introduceren ook zelf mogelijkheden voor medewerkers om misstanden te melden op een wijze die hun rechtspositie beschermt. De op de Nederlandse beurs genoteerde bedrijven zijn sinds de inwerkingtreding van de Nederlandse corporate governance code per 30 december 2004 bovendien verplicht een klokkenluidersregeling te hebben die moet waarborgen “dat werknemers zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid hebben aan de voorzitter van het bestuur of aan een door hem aangewezen functionaris te rapporteren over vermeende onregelmatigheden binnen de vennootschap van algemene, operationele en financiële aard.”⁵⁶ Dergelijke mogelijkheden zijn overigens ook in het belang van de bedrijven zelf, aangezien het intern melden (en oplossen) van misstanden imago schade kan voorkomen die zou ontstaan wanneer klokkenluiders (al dan niet noodgedwongen) externe mogelijkheden, zoals de media, zouden opzoeken om de interne misstanden aan te kaarten.

Op grond van zowel het RvE-corruptieverdrag⁵⁷ als het VN-corruptieverdrag⁵⁸ rust op de partijstaten bij die verdragen een verplichting tot het zorgen voor een doel-

⁵⁶ Nederlandse corporate governance code, zoals gewijzigd per 1 januari 2009, paragraaf II.1.7.

⁵⁷ Artikel 22 RvE-corruptieverdrag.

⁵⁸ Artikelen 32 en 33 VN-corruptieverdrag.

treffende bescherming van klokkenluiders en getuigen.⁵⁹ Het VN-corruptieverdrag beperkt de verplichting tot de bescherming van klokkenluiders tegen ongerechtvaardigde behandeling tot personen die te goeder trouw en op redelijke gronden de klok luiden. Personen die misstanden melden in de hoop daarmee te worden gevrijwaard van vervolging wegens hun eigen bijdrage aan die of andere misstanden, kunnen dus geen aanspraak maken op enige klokkenluidersbescherming. In de evaluaties van de GRECO heeft de bescherming van klokkenluiders nog geen bijzondere aandacht gekregen, evaluaties van de naleving van het VN-corruptieverdrag hadden bij sluiting van het manuscript nog niet plaatsgevonden.

7.2.3 Aangifteplicht ambtenaren ex artikel 162 Sv

Hierboven kwam reeds enkele malen artikel 162 van het Wetboek van Strafvordering aan de orde, dat een plicht tot het doen van aangifte inhoudt voor “*openbare colleges en ambtenaren die in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van een misdrijf met de opsporing waarvan zij niet zijn belast.*”

Artikel 162 Sv kent een beperkte redactie. Van lang niet alle misdrijven dient aangifte te worden gedaan. Het artikel is voornamelijk bedoeld om de integriteit van de overheid en haar organen te waarborgen. De huidige redactie van het artikel kreeg kracht van wet in 1986, toen de bepaling grondig is herzien en het aantal misdrijven waarvoor de plicht geldt, is teruggebracht van alle strafbare feiten – ongeacht hun zwaarte – tot drie groepen van misdrijven. Het doel van deze inperking was de bepaling beter praktisch hanteerbaar te maken.⁶⁰

De drie groepen misdrijven waarvan openbare colleges en ambtenaren melding moeten doen, worden onderscheiden in het eerste lid van artikel 162 Sv. Ten eerste (onder a) worden genoemd de ambtsmisdrijven als bedoeld in titel 28 van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Hieronder zijn mede begrepen de artikelen 362, 363, 364 en 364a Sr, de artikelen die passieve omkoping strafbaar stellen. Wanneer dus openbare colleges of ambtenaren in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van een geval waarin een ambtenaar (als bedoeld in de artikelen 362, 363, 364 en 364a Sr) is, wordt, of zal worden omgekocht, dan dienen zij daarvan aangifte te doen bij de officier van justitie (of bij een van zijn hulpofficieren, zo staat in artikel 162 Sv).

In de tweede plaats (onder b) is aangifte verplicht “indien het misdrijf is begaan door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht heeft geschonden of daarbij gebruik heeft gemaakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken”.

⁵⁹ Het VN-corruptieverdrag breidt deze verplichting uit tot deskundigen en slachtoffers. Ook zij dienen indien nodig beschermd te worden tegen represailles en intimidatie.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1982/83, 18 054, nr. 3, p. 5.

Ten slotte (onder c) dienen openbare colleges en ambtenaren aangifte te doen van hun ter kennis gekomen misdrijven waardoor “inbreuk op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een regeling waarvan de uitvoering of de zorg voor de naleving aan hen is opgedragen”.

Het niet voldoen aan de aangifteverplichting van artikel 162 Sv leidt niet zonder meer⁶¹ tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar wel zouden ambtenaren die verzuimen aangifte te doen disciplinair gestraft kunnen worden en zouden openbare colleges ter verantwoording kunnen worden geroepen.⁶²

De wet en de memorie van toelichting “bieden geen nauwkeurige afbakening”⁶³ van de begrippen ‘openbare colleges’ en ‘ambtenaren’. Volgens Van Hoorn moeten onder openbare colleges alle colleges worden verstaan die door of vanwege de wetgever zijn ingesteld en die in het publieke belang werkzaam zijn, met uitzondering van die openbare colleges die met de opsporing van in artikel 162 Sv genoemde delicten zijn belast.⁶⁴ Ambtenaren ex artikel 162 Sv zijn degenen die door het openbaar gezag zijn aangesteld tot een openbare betrekking om een deel van de taak van de overheid en haar organen te verrichten, zo stelt Van Hoorn op basis van een arrest van de Hoge Raad uit 1960.⁶⁵ Kennelijk is met betrekking tot de aangifteplicht de discussie over de invulling en omvang van het begrip ‘ambtenaar’ minder gevoerd dan over de reikwijdte van dat zelfde begrip in het materiële strafrecht. Dezelfde definitie gaf de Hoge Raad in 1911 ten aanzien van de term ambtenaar in het materiële strafrecht. In 1995 gaf de Raad echter een ruimere definitie ten aanzien van dat begrip, voor wat betreft de uitleg in het materiële strafrecht.⁶⁶ Die nieuwe definitie lijkt volgens Van Hoorn echter niet te gelden voor de ambtenaar als bedoeld in artikel 162 Sv.

Behalve op ambtenaren en openbare colleges rust de aangifteplicht van artikel 162 Sv ingevolge het vierde lid van dat artikel eveneens op “rechtspersonen of organen van rechtspersonen wier taken en bevoegdheden zijn omschreven bij of krachtens de wet, voor zover daartoe bij algemene maatregel van bestuur aangewezen”. Het

⁶¹ Het niet melden van kennis van een (te) begaan strafbaar feit is als zodanig niet strafbaar (met uitzondering van de in artikelen 135 en 136 (en 400 lid 1 onder 3°) Sr beschreven situaties). Wel kan het nalaten van het doen van aangifte door een ambtenaar het gevolg zijn van het omkopen van die ambtenaar. Dan is uiteraard de nalatige ambtenaar strafbaar op grond van artikel 363 Sr.

⁶² A.M. van Hoorn, Aant. 6 bij art. 162, in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 779.

⁶³ *Kamerstukken II* 1982/83, 18 054, nr. 3, p. 9.

⁶⁴ A.M. van Hoorn, Aant. 6 bij art. 162, in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 777.

⁶⁵ HR 27 december 1960, *NJ* 1961, 58.

⁶⁶ Zie paragraaf 5.5.4.

aantal rechtspersonen dat in de op dit artikellid gebaseerde algemene maatregel van bestuur is opgenomen is echter zeer beperkt.⁶⁷

Zoals blijkt uit het bovenstaande bestaat slechts een aangifteplicht met betrekking tot passieve omkoping. Actieve omkoping, zoals strafbaar gesteld is in de artikelen 177, 177a, 178 en 178a Sr, valt in beginsel niet onder de aangifteplicht van artikel 162 Sv. In een aanwijzing van het College van procureurs-generaal (hierna: College van p-g's), die hierna in paragraaf 7.3.3 nader wordt besproken,⁶⁸ wordt echter gesteld dat hoewel artikel 162 Sv niet expliciet verwijst naar genoemde artikelen uit het Wetboek van Strafrecht toch wel degelijk een aangifteplicht bestaat voor actieve omkoping. Immers, *“dit betreft de actieve variant van de passieve corruptie uit art. 362 e.v. Sr. Nu het niet vereist is voor het ontstaan van een aangifteplicht om te weten om welke ambtenaar het in concreto gaat, laat zich de situatie moeilijk voorstellen dat er wel kennis zou bestaan van een misdrijf als genoemd in art. 177 e.v. Sr, maar niet van art. 362 e.v. Sr.”* Het College van p-g's stelt dus dat de aangifteplicht ook bestaat wanneer bij een ambtenaar of openbaar college kennis ontstaat van een geval van actieve omkoping, want actieve omkoping kan nu eenmaal niet bestaan zonder dat tevens sprake is van passieve omkoping, redeneert het College.

Aan de aangifteplicht staat volgens het College van p-g's ook niet in de weg dat Nederland geen rechtsmacht heeft over de omgekochte buitenlandse ambtenaar.⁶⁹ Want, zo stelt het College, *“[...] de voorwaarde van concrete strafrechtsmacht voor de*

⁶⁷ Besluit van 31 maart 1987, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van artikel 162, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering (*Stb.* 1987, 141, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2006, 635). In het besluit zijn aangewezen het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds en het Spoorwegpensioenfonds; de Sociaal-Economische Raad en de hoofdproduct-, product- de hoofdbedrijf- en de bedrijf-schappen, bedoeld in de Wet op de bedrijfsorganisatie; het College van toezicht sociale verzekeringen, de Sociale Verzekeringsbank, het Landelijk instituut sociale verzekeringen en de uitvoeringsinstellingen, bedoeld in de Organisatiewet sociale verzekering 1997; de Nederlandse Zorgautoriteit; instellingen, in het belang van de volkshuisvesting werkzaam, als toegelaten op grond van artikel 59 van de Woningwet; de privaatrechtelijke rechtspersonen, bedoeld in artikel 8 van de Landbouwkwaliteitswet; de keuringsinstellingen, bedoeld in artikel 87 van de Zaaizaad- en plantgoedwet; en de Stichting Gezondheidszorg voor Dieren en de als organen van deze stichting aangewezen gezondheidsdiensten.

⁶⁸ Het betreft de 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland' (*Stcrt.* 2007, 124, p. 14). Een soortgelijke aanwijzing met betrekking tot ambtelijke corruptie in Nederland (*Stcrt.* 2007, 124, p. 15) bevat dezelfde tekst.

⁶⁹ Zie hoofdstuk vijf. Artikel 364a breidt het ambtenarenbegrip in de strafbaarstellingen van passieve omkoping weliswaar uit tot buitenlandse ambtenaren, maar beperkingen in de Nederlandse rechtsmacht maken de vervolging en berechting van een buitenlandse ambtenaar in Nederland echter onmogelijk (tenzij de ambtenaar in Nederland wordt omgekocht en zich in Nederland bevindt).

bedoelde misdrijven, die de werkingssfeer zou beperken, wordt in artikel 162 Sv niet gesteld. Dit ligt ook niet in de rede, omdat een beoordeling hiervan niet van de aangifteplichtige kan worden verlangd. Voor hem geldt slechts de redelijke veronderstelling dat zich een van de bedoelde misdrijven heeft voorgedaan.

Doel van het artikel is het bewaken van de integriteit van en vergroten van vertrouwen in de overheid (en dus niet dat van een integer bedrijfsleven). Aangenomen mag worden dat het hierbij geen verschil maakt of het om de Nederlandse of om een buitenlandse overheid gaat, zeker na de uitbreiding van de strafbaarheidstelling naar omkoping van buitenlandse ambtenaren middels art. 178a Sr.” Ook voor vermoedens van buitenlandse omkoping geldt volgens het College derhalve de aangifteplicht, zelfs al is slechts de omkoper in dat geval in Nederland te vervolgen.

De ruime uitleg van de aangifteplicht is weliswaar wenselijk in het licht van een geïntensiveerde bestrijding van ambtelijke omkoping, helemaal zuiver is de redenering niet. Het College van p-g's zegt dat het niet uitmaakt of integriteit van de Nederlandse overheid in het geding is of dat het een buitenlandse overheid betreft. Artikel 364a Sr⁷⁰ bepaalt weliswaar dat bij de toepassing van een aantal wetsbepalingen met ambtenaren worden gelijkgesteld “personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie”, maar artikel 162 Sv ziet op een grotere groep misdrijven ten aanzien waarvan een aangifteplicht bestaat. De formulering die het College van p-g's bezigt, suggereert dat de aangifteplicht met betrekking tot al die delicten bestaat ter bescherming van de integriteit van zowel de Nederlandse als iedere buitenlandse overheid.

In beginsel is het goed dat het College van p-g's zijn visie op de aangifteplicht duidelijk maakt en ondanks de onzuivere redenering kan ik mij vinden in hetgeen het College met die redenering nastreeft, namelijk dat die plicht tot aangifte ook geldt voor actieve omkoping. Echter, het document waarin deze visie is opgenomen is een aanwijzing welke gericht is aan het Openbaar Ministerie en niet aan de ambtenaren en openbare colleges voor wie de wettelijke verplichting tot het doen van aangifte nu juist geldt.

Bovendien moet nog steeds een hoop worden gedaan om ambtenaren bekend te maken met de aangifteplicht. Een in augustus 2008 gepubliceerd onderzoek heeft uitgewezen dat slechts één op de vijf ambtenaren op de hoogte is van het bestaan

⁷⁰ Het College van p-g's had beter (ook) een verwijzing naar dit artikel kunnen maken in plaats van (slechts) te verwijzen naar artikel 178a Sr. Het College moet eerst aantonen dat de aangifteplicht – die in beginsel slechts op passieve en niet op actieve omkoping ziet – ook geldt voor de omkoping van buitenlandse ambtenaren. Daarvoor kan verwezen worden naar artikel 364a Sr. Los daarvan staat het betoog dat de aangifteplicht mede op actieve omkoping van toepassing moet worden geacht.

van deze op hen rustende plicht.⁷¹ De WGB van de OECD concludeerde in 2006 dan ook dat de huidige aangifteplicht niet werkt. De geïnterviewde vertegenwoordigers van de politie wisten geen enkele zaak te melden waarin een ambtenaar aangifte deed op grond van de aangifteplicht van artikel 162 Sv.⁷²

Het zou beter en juister zijn geweest indien de wetgever de aangifteplicht had heroverwogen bij de herziening van de omkopingsbepalingen in 2001, waarbij meer nadruk op de plicht tot het doen van aangifte van vermoedens van corruptiedelicten zou worden gelegd. Om de bestrijding van omkoping – zowel binnenlandse als buitenlandse – een daadwerkelijke impuls te geven, zou een herziening van artikel 162 Sv, gepaard gegaan met een campagne om de plicht onder de aandacht van zijn doelgroep te brengen, niet hebben misstaan.

7.2.3.1 Atradius DSB, de Minister van Financiën en de aangifteplicht van ambtenaren

Hiervoor is als mogelijke detector van buitenlandse omkoping genoemd de verstrekker van exportkredieten namens de Nederlandse Staat, Atradius DSB.⁷³ De verhouding tussen de Staat en de tot op heden enige kredietverzekeringmaatschappij die exportkredietverzekeringen met herverzekering bij de Staat (en tegenwoordig namens de Staat) kan afsluiten, is altijd een bijzondere geweest. Aanvankelijk was de rechtsvoorganger van Atradius DSB, de Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij N.V. (NCM) de enige maatschappij die gerechtigd was dit type verzekeringen af te sluiten. Deze maatschappij was aangewezen bij een beschikking van de Minister van Financiën van 26 april 1961.⁷⁴ Wat de eisen voor toelating voor de kredietmaatschappij waren en of andere kredietmaatschappijen ook toegelaten konden worden, was niet duidelijk. Pas in 1983 gaf de Minister van Financiën meer duidelijkheid over hoe ook eventueel andere kredietmaatschappijen toegelaten konden.⁷⁵ Maar nog steeds kreeg de NCM expliciet een voorrangpositie en “de ruimste bevoegdheden”⁷⁶ toebedeeld. “Tussen de Staat en dit bedrijf immers bestaat reeds tientallen jaren een nauwe band”⁷⁷, verklaarde de Minister. De Minister noemde de samenwerking tussen de Staat en de NCM “dermate nauw dat over en weer een zeer grote mate van begrip bestaat voor elkaars mogelijkheden en moei-

⁷¹ E. de Vries Robbé, A. Cornelissens & H. Ferwerda, *Ambtscriminaliteit aangegeven?*, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2008, p. 50.

⁷² OECD Phase 2 report on the Netherlands, onder punt 53, p. 17.

⁷³ Zie paragraaf 7.2.1.1.

⁷⁴ Beschikking nr. A 1/5592 van 26 april 1961, *Stcrt.* 1961, 102, p. 5-6.

⁷⁵ ‘Beschikking toelating kredietverzekeringmaatschappijen’ van 14 juni 1983, nr. 183/1988, *Stcrt.* 1983, 132, p. 12.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

lijkheden.”⁷⁸ Wat de Minister met die laatste opmerking wilde zeggen, wordt niet duidelijk. Wel is duidelijk dat kennelijk een dusdanig nauwe band bestond tussen de Staat en de NCM dat mijns inziens terecht gesteld mag worden dat de NCM als verlengstuk van de overheid kon worden gezien en dus tot op zekere hoogte als overheidsorgaan kon worden bestempeld.

Deze situatie is enigszins gewijzigd door de inwerkingtreding op 1 januari 2010 van de “Wet van 12 november 2009 tot wijziging van de Kaderwet financiële verstrekkingen Financiën, in verband met de verzekering door de Staat van handelsrisico’s en de verbetering van het risicobeheer”⁷⁹. Hierdoor is vanaf die datum formeel niet langer Atradius DSB (de rechtsopvolger van de NCM), maar de Staat der Nederlanden zelf de verzekeraar van de exportkredietverzekering voor rekening van de Staat en van de investeringsverzekering voor rekening van de Staat, de zogenoemde staatspolis.⁸⁰ Met terugwerkende kracht trad ook per 1 januari 2010 de “Regeling uitvoering EKI”⁸¹ in werking. Ingevolge artikel 2, eerste lid van die Regeling kan de Minister van Financiën “*met een uitvoerder overeenkomen dat deze bepaalde uitvoeringswerkzaamheden verricht in verband met verzekeringen en garanties voor ondernemers ter dekking van aan het handels- en dienstenverkeer van die ondernemers met landen buiten Nederland verbonden risico’s of ter dekking van niet-commerciële risico’s verbonden aan investeringen van die ondernemers in een land buiten Nederland*”. Die uitvoerder is een ondernemer die de bedoelde uitvoeringswerkzaamheden namens de Staat verricht. In theorie kan dit dus ook een andere (commerciële) instelling dan Atradius DSB zijn. Hoewel de wet ook de mogelijkheid van meer dan één uitvoerder open laat, is sinds 1932 Atradius DSB (en voorheen de NSM) nog steeds de enige kredietverzekeraar die de herverzekering van exportkredieten door de Staat verzorgt.⁸² Behalve dat de formele grondslag dus enigszins is gewijzigd, is in feite alles gelijk gebleven.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ *Stb.* 2009, 495, (*Kamerstukken II*, 31 382).

⁸⁰ Vóór 1 januari 2010 kwamen de krediet- en investeringsverzekeringen weliswaar ook voor rekening van de Staat, maar leverde Atradius DSB ze in eigen naam. Atradius levert echter ook exportverzekeringen als commerciële aanbieder. Om de commerciële producten en de producten van de Staat beter te scheiden is per 1 januari 2010 formeel geregeld dat de Staat de verzekeraar is en Atradius DSB de uitvoerder van deze overheidsfaciliteiten. In het geval dat Atradius failliet zou gaan, vallen de Staatspolitissen niet in dat faillissement.

⁸¹ Regeling van de Minister van Financiën van 11 januari 2010, houdende regels voor de uitvoering van exportkrediet- en investeringsverzekeringsfaciliteiten van de Staat (*Stcrt.* 2010, 699).

⁸² Vóór 2010 als ‘toegelaten kredietverzekeringsmaatschappij’ op grond van de Beschikking toelating kredietverzekeringsmaatschappijen (*Stcrt.* 1983, 132), sinds 2010 als ‘uitvoerder’ van de staatspolis. De Algemene Rekenkamer spreekt van een mandatering van de Minister van Financiën aan Atradius (Toelichting op het Rapport bij het

Gezien het voorgaande kan geconcludeerd worden dat Atradius DSB, hoewel het geen overheids-N.V. (meer) is, een zeer nauwe band met de overheid heeft. Atradius DSB verricht namens de Staat een overheidsdienst, althans een taak die de Staat op zich heeft genomen. De werknemers zijn echter niet zonder meer aan te merken als ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet, noch is Atradius DSB aan te merken als een openbaar college of is het bedrijf genoemd in de op het vierde lid van artikel 162 Sv gebaseerde algemene maatregel van bestuur. Het huidige artikel 162 Sv kan derhalve niet van toepassing zijn op Atradius DSB.

Toch ben ik van mening dat op werknemers van Atradius DSB en op Atradius DSB als zodanig een plicht tot het doen van aangifte zou moeten rusten met betrekking tot vermoedens van omkoping, zowel passieve als actieve. Medewerkers die kennis krijgen van een strafbaar feit, moeten zich rechtstreeks tot de opsporingsautoriteiten kunnen wenden. In de huidige constructie – hierboven beschreven in paragraaf 7.2.1.1 – moeten te veel stations worden gepasseerd alvorens een vermoeden van buitenlandse omkoping tot de start van een opsporingsonderzoek kan leiden. Daarmee gaat niet alleen tijd verloren die voor de toch al lastige opsporing van dit delict goed gebruikt zou kunnen worden, maar ook is door de lange weg die een vermoeden moet afleggen de kans des te groter dat het vermoeden ergens onderweg blijft steken.

Door Atradius DSB op te nemen in de limitatieve opsomming van (organen van) rechtspersonen in de op artikel 162 vierde lid Sv gebaseerde algemene maatregel van bestuur – en dat kan,⁸³ ervan uitgaande dat de taken en bevoegdheden van Atradius DSB zijn omschreven bij of krachtens de wet, te weten de eerdergenoemde Kaderwet financiële verstrekkingen Financiën⁸⁴ en de daarop gebaseerde Regeling uitvoering EKI – zou op het bedrijf ingevolge onderdeel c van het eerste lid van artikel 162 Sv een aangifteplicht rusten met betrekking tot misdrijven waardoor “inbreuk op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een regeling waarvan de uitvoering of de zorg voor de naleving aan hen is opgedragen”. Die regeling is dan eveneens de Kaderwet financiële verstrekkingen Financiën, waarvan de uitvoering aan Atradius DSB is gemandateerd.

Jaarverslag 2009 van het Ministerie van Financiën (IXB) van 19 mei 2010). De Minister blijft dus verantwoordelijk voor deze overheidstaak.

⁸³ Atradius DSB zou als enige commerciële instelling wel een beetje uit de toon vallen in het rijtje van voornamelijk toezichthoudende organisaties dat in genoemde AMvB opgesomd is.

⁸⁴ *Stb.* 1996, 98, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2009, 495.

7.2.3.2 De Belastingdienst, de aangifteplicht en actieve omkoping

Hiervoor in paragraaf 7.2.1.4 is de Belastingdienst genoemd als detector van actieve omkoping. Hierboven is reeds aan de orde gekomen dat, ondanks de andere opinie daarover van het College van p-g's, de aangifteplicht van artikel 162 eerste lid onder a Sv feitelijk slechts ziet op passieve omkoping en dat dus met betrekking tot vermoedens van actieve omkoping geen aangifteplicht bestaat.

Voor een aangifteplicht van (ambtenaren van) de Belastingdienst met betrekking tot actieve omkoping kan echter wellicht een beroep worden gedaan op onderdeel c van het eerste lid van artikel 162 Sv. Gesteld kan immers worden dat door het opvoeren van betaalde steekpenningen als aftrekpost "inbreuk op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een regeling waarvan de uitvoering of de zorg voor de naleving aan [de Belastingdienst] is opgedragen", namelijk de regeling der belastingen. Het opvoeren van betaalde steekpenningen als aftrekpost voor de belastingen is verboden en levert een onjuiste aangifte op. Ingevolge artikel 69 tweede lid jo. artikel 72 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen⁸⁵ is het opzettelijk onjuist doen van belastingaangifte een misdrijf, waarvan de belastingambtenaar verplicht is tot aangifte. Die plicht tot aangifte betreft dan dus echter niet de actieve omkoping, maar de valse belastingaangifte die het opvoeren van steekpenning als aftrekpost oplevert. De opsporingsautoriteiten kunnen op basis van die informatie wel een strafrechtelijk onderzoek naar de omkoping starten, maar minstens even zinvol is het om ook de valse belastingaangifte in het onderzoek en uiteindelijk in de vervolging te betrekken. De mogelijkheden van bestraffing zijn met betrekking tot dat misdrijf veel ruimer, zowel wat betreft de maximum gevangenisstraf als wat betreft de maximaal op te leggen geldboete.

Overigens staat het ambtenaren vrij om aangifte te doen van andere strafbare feiten dan die genoemd zijn in of vallen onder het bereik van artikel 162 Sv (dit geldt ook voor andere personen dan ambtenaren), een plicht tot het doen van aangifte bestaat voor die gevallen echter niet.

7.3 Strafrechtelijke rechtshandhaving

Hiervoor is ingegaan op het signaleren, detecteren en melden van mogelijke gevallen van omkoping. Deze meldingen zijn noodzakelijk voor het nemen van de volgende stap: het starten van een opsporingsonderzoek. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op deze strafrechtelijke opsporing van omkoping en in het bijzonder van buitenlandse omkoping.

⁸⁵ *Stb.* 1959, 301, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2010, 139.

7.3.1 Verplichte waarborgen voor een eerlijke opsporing

Bij (ernstigere) gevallen van omkoping en andere vormen van corruptie spelen vaak grote (private en/of criminele) belangen en geldbedragen mee en meestal hebben de betrokken er heel wat voor over om de corrupte ‘deal’ door te laten gaan. De kans dat geprobeerd wordt degenen die belast zijn met de opsporing, vervolging en berechting van corruptie te beïnvloeden is dan ook zeer wel aanwezig. Om die reden is het essentieel dat de autoriteiten en personen die met deze taken belast zijn zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijk zijn.

Van partijstaten bij de OECD-corruptieregelgeving wordt verwacht dat zij een competente autoriteit belasten met het onderzoek naar klachten van slachtoffers van buitenlandse omkoping en dat die klachten serieus worden genomen.⁸⁶ Veel gedetailleerder is het RvE-corruptieverdrag, dat partijstaten verplicht tot de instelling van organisaties of aanstelling van personen die gespecialiseerd zijn in de bestrijding van corruptie (door middel van rechtshandhaving⁸⁷). Partijstaten dienen ervoor zorg te dragen dat deze personen of organisaties de vereiste onafhankelijkheid hebben om vrij van enige ongeoorloofde druk hun functie effectief te kunnen vervullen, zo volgt uit artikel 20 van het verdrag. Daarnaast dienen partijstaten voldoende (financiële) middelen ter beschikking te stellen en voor de juiste opleiding te zorgen, zodat de personen of organisaties ook feitelijk hun taken kunnen uitvoeren.

Artikel 36 van het later opgestelde VN-corruptieverdrag is inhoudelijk praktisch gelijk aan artikel 20 van het RvE-corruptieverdrag en bevat geen nieuwe verplichtingen.

De EU-corruptieovereenkomst stelt geen bijzondere eisen aan instanties die met de opsporing van corruptiedelicten belast zijn. Van de EU-lidstaten wordt wel gevraagd bepaalde Europese belangen te beschermen op dezelfde wijze als soortgelijke belangen op nationaal niveau worden beschermd.⁸⁸ Specifieke verplichtingen met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van de bepalingen van de EU-fraudeovereenkomst of het EU-corruptieprotocol worden aan de lidstaten niet opgelegd.

⁸⁶ Dit volgt niet letterlijk uit het OECD-corruptieverdrag, maar uit de Annex bij de 1997-Recommendation, paragraaf 6.

⁸⁷ Dit blijkt uit het explanatory report bij artikel 20 van het RvE-corruptieverdrag (paragraaf 95-100). Aangezien het verdrag in de titel de woorden “Criminal Law Convention” draagt, mag ervan uit worden gegaan dat met rechtshandhaving wordt bedoeld op *strafrechtelijke* rechtshandhaving. Het op artikel 20 RvE-corruptieverdrag gebaseerde artikel van het 36 VN-corruptieverdrag noemt wel expliciet dat bedoeld wordt op bestrijding van corruptie door rechtshandhaving (‘law enforcement’).

⁸⁸ Zie voor een bespreking van dit Europese assimilatiebeginsel paragraaf 3.3.1.5.

7.3.2 Opsporing van buitenlandse omkoping in Nederland: de Rijksrecherche

Aan bovengenoemde verdragsrechtelijke verplichtingen heeft Nederland in 2000 uitvoering gegeven door bij het Landelijk Parket van het OM de post 'landelijk officier van justitie voor Rijksrecherche en corruptiezaken' (hierna: corruptieofficier) te creëren. Deze post heeft eerder al bestaan, maar is in het begin van de jaren tachtig officieel (en feitelijk al veel eerder) afgeschaft.⁸⁹ Het onderbrengen van de verantwoordelijkheid voor corruptiezaken en de coördinatie van Rijksrecherchezaken bij dezelfde officier van justitie lijkt een logische keuze aangezien de Rijksrecherche in Nederland het bij uitstek gespecialiseerde orgaan is voor de opsporing van ambtelijke corruptiezaken, dat wil zeggen van integriteitsinbreuken bij de overheid die mogelijk een strafbaar feit opleveren.

De Rijksrecherche is van oudsher, sinds haar oprichting in 1897, als onafhankelijk onderdeel van de politie belast met de opsporing van door (semi)overheidsfunctionarissen gepleegde misdrijven.⁹⁰ Andere opsporingsdiensten (zoals de reguliere recherche van de betreffende regio) kunnen in beginsel dergelijke onderzoeken ook doen, maar wanneer de onpartijdigheid van die opsporingsdiensten in het geding komt, is de Rijksrecherche het aangewezen orgaan om de kwestie te onderzoeken.

In de loop der tijd is de taakomschrijving van de Rijksrecherche steeds verder aangepast, afgebakend en ingeperkt.⁹¹ Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw zijn deze ontwikkelingen van afbakening in een stroomversnelling gekomen. Dit is mede ingegeven door de algemene reorganisatie van de politie die per 1993 (met de invoering van een nieuwe Politiewet) werd uitgevoerd.⁹² De aanloop naar deze reorganisatie vormde voor de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken tevens een reden om het organisatieadviesbureau AEF onderzoek te laten verrichten naar het (verbeteren van het) functioneren van de Rijksrecherche.⁹³ De uitkomsten van dit onderzoek uit 1992 deden de ministers besluiten ook de Rijksrecherche zelf aan een reorganisatie te onderwerpen met als doel de effectiviteit en efficiëntie van deze

⁸⁹ H. de Doelder, 'Enige opmerkingen over art. 328ter Sr', in: A.C. 't Hart, W. Nieboer et al. (red.) *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts* (Geurtsbundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 21.

⁹⁰ Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche, *Stct.* 2010, 20477, p. 1.

⁹¹ Voor een overzicht van de geschiedenis (tot 1997) van de Rijksrecherche, zie H.G. van de Bunt e.a., *Honderd jaar rijksrecherche. Terugblik en toekomst*, Den Haag: Sdu uitgevers 1997.

⁹² De Gemeentepolitie en het Corps Rijkspolitie verdwenen en werden vervangen door 26 regiokorpsen en het Korps landelijke politiediensten (KLPD).

⁹³ Zie 'Taken en inzetcriteria rijksrecherche. Circulaire aan de Minister van Defensie, de CvdK's en PG's' *Stct.* 1997, 135, p. 10.

politieorganisatie te vergroten. Verscheidene organisatorische wijzigingen zijn sindsdien doorgevoerd.⁹⁴ Behalve stroomlijning op het personele en logistieke vlak – de Rijksrecherche is sterk gecentraliseerd en werkte medio 2011 vanuit nog slechts drie locaties in Nederland, maar heeft een grotere personele bezetting dan voorheen – moesten de hervormingen een specialistische organisatie creëren die zich met haar specifieke kennis moest gaan richten op strafrechtelijke onderzoeken naar inbreuken op de integriteit van ambtenaren. De capaciteit van de Rijksrecherche is beperkt en wordt daarom zeer selectief ingezet. Net als bij de reguliere politie wordt ook bij de Rijksrecherche steeds meer een bedrijfsmatige benadering toegepast, waarbij efficiëntie een belangrijke rol speelt.

7.3.2.1 Organisatie Rijksrecherche

Sinds de inwerkingtreding in 1994 van de Politiewet 1993 is het bestaansrecht van de Rijksrecherche neergelegd in artikel 43 van die wet. In dat artikel is bepaald dat het College van p-g's "*ten behoeve van door Onze Minister van Justitie, na overleg met Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, aan te wijzen taken*" beschikt over bijzondere ambtenaren van politie en ambtenaren van politie aangesteld voor de uitvoering van technische, administratieve en andere taken ten dienste van de politie. Deze ambtenaren tezamen vormen de Rijksrecherche.⁹⁵ De Rijksrecherche maakt deel uit van de politie, maar staat los van de regionale politiekorpsen en het Korps landelijke politiediensten, zo blijkt uit artikelen 3 en 4 van de Politiewet 1993. Ingevolge lid 2 van artikel 43 is de Minister van Justitie de korpsbeheerder van en politiek verantwoordelijk voor (de onderzoeken van) de Rijksrecherche.

De huidige Rijksrecherche staat onder leiding van een directeur, valt onder het gezag van één van de leden der College van p-g's en onder het beheer van het Openbaar Ministerie. Rechtstreeks ressorterend onder het College van p-g's, zou het orgaan de vereiste onafhankelijkheid en objectiviteit hebben en gevrijwaard blijven van enige negatieve invloed daarop, zoals de corruptieverdragen van de RvE en de VN dat van partijstaten verlangen.

Voor de aansturing van de Rijksrecherche is per 1 februari 2001 de coördinatiecommissie Rijksrecherche (hierna: CCR) ingesteld door het College van p-g's, teneinde op één centraal punt over de inzet van de Rijksrecherche te besluiten. De CCR wordt gevormd door het lid van het College van p-g's dat aangewezen is als portefeuillehouder Rijksrecherche, de hoofdofficier van justitie van het Landelijk Parket en de directeur Rijksrecherche en wordt bijgestaan door de eerdergenoemde

⁹⁴ De Rijksrecherche brengt sinds 1999 jaarlijks verslag uit over haar werkzaamheden, waarbij ook organisatorische hervormingen worden gepubliceerd. De gegevens over de werkzaamheden die worden gepubliceerd zijn overigens beperkt tot hoofdlijnen en algemeenheden, hetgeen de inzichtelijkheid van de Rijksrecherche aanzienlijk beperkt.

⁹⁵ J. Naeyé, *Nederlands Politierecht. Tekst en commentaar 2009-2010*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 185.

corruptieofficier. De corruptieofficier is ook het dagelijkse aanspreekpunt voor het Openbaar Ministerie. De CCR bepaalt de inzet van de Rijksrecherche op beleidsniveau, maar kan ook in concrete situaties besluiten tot inzet van de Rijksrecherche. De directeur Rijksrecherche is belast met de dagelijkse uitvoering van deze inzet.

7.3.2.2 Taken Rijksrecherche

De door de Minister van Justitie (in overleg met de Minister van Binnenlandse Zaken) aan te wijzen taken van de bijzondere ambtenaren van politie – en dus van de Rijksrecherche – die in artikel 43 lid 1 Politiewet 1993 worden genoemd, zijn vastgelegd in de ‘Taakbeschikking bijzondere ambtenaren van politie’⁹⁶ en zijn omschreven als ‘het doen van onderzoek’ en ‘het verlenen van bijstand’. Deze zeer algemeen geformuleerde taken en de inzetcriteria van de Rijksrecherche zijn door het College van p-g’s nader uitgewerkt in de ‘Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche’, waarvan de meest recente versie per 1 januari 2011 van kracht is.⁹⁷ In de aanwijzing is bepaald in welke gevallen en op welke manier de Rijksrecherche kan of moet worden ingeschakeld.

Hoewel hiervoor gesteld is dat de Rijksrecherche de bij uitstek aangewezen organisatie is om integriteitsinbreuken bij de (semi)overheid te onderzoeken, komen integriteitschendingen binnen het ambtenarenapparaat niet automatisch op het bord van de Rijksrecherche. In beginsel kunnen deze zaken ook door regionale politiekorpsen, of zelfs in het geheel niet door de politie maar door de betreffende ambtelijke organisatie zelf worden behandeld.

Bij disciplinaire (integriteits)onderzoeken binnen overheidsorganisaties is de inzet van de Rijksrecherche uitgesloten. Vanwege haar beperkte capaciteit wordt de Rijksrecherche slechts ingezet voor feitenonderzoeken en opsporingsonderzoeken, waarbij voor feitenonderzoeken bovendien geldt dat het moet gaan om “*onderzoeken naar gedragingen waar een strafrechtelijk of strafvorderlijk aspect aan kleeft*”, zo is bepaald in de aanwijzing. Een feitenonderzoek is slechts bedoeld om feiten op een rijtje te zetten en kan vooraf gaan aan een opsporingsonderzoek. Opsporingsbevoegdheden of dwangmiddelen kunnen nog niet worden toegepast. Voor wat betreft opsporingsonderzoeken wordt de Rijksrecherche slechts ingezet als het gaat

⁹⁶ Regeling van 25 maart 1994 (*Stcrt.* 1994, 64).

⁹⁷ *Stcrt.* 2010, 20477. De aanwijzing volgde een aanwijzing met gelijke titel uit 2006 op (*Stcrt.* 2006, 124, p. 11) welke weer een gelijknamige aanwijzing uit 2002 verving (*Stcrt.* 2002, 15, p. 9). Voor 2002 werkt gewerkt met een circulaire uit 1997 inzake ‘Taken en inzetcriteria rijksrecherche’ (*Stcrt.* 1997, 135, p. 10), welke in de plaats was gekomen van twee sterk verouderde circulaires inzake ‘Strafrechtelijke en disciplinaire onderzoeken naar gedragingen van politie-ambtenaren’ aan de procureurs-generaal (Circulaire van 7 januari 1969 (St.str./dir.pol.014/269)) en aan de commissarissen van de Koningin (Circulaire van 17 januari 1969 (EA69/U126)).

om onderzoek naar misdrijven. Bij onderzoeken naar overtredingen wordt de Rijksrecherche geheel niet betrokken.

De aanwijzing geeft vier algemene uitgangspunten waar gevallen aan moeten voldoen om in aanmerking te komen voor de inzet van de Rijksrecherche.

1. *onderzoeken naar functionarissen in dienst van de overheid (incl. semi-overheid); en*
2. *onderzoeken naar misdrijven (waaronder begrepen pogingen daartoe) waardoor de integriteit van de overheid ernstig is (of kan) worden aangetast; en*
3. *als naar die gedraging een onderzoek moet worden ingesteld dat niet alleen onpartijdig is, maar waarbij ook de schijn van partijdigheid moet worden vermeden.*
4. *Daarnaast is inzet van de Rijksrecherche aangewezen vanwege haar bijzondere expertise of vanwege de delicate verhoudingen die in een zaak een rol spelen.*

Het vierde uitgangspunt is eerst in de aanwijzing uit 2006 opgenomen. In zijn 'Phase 2'-rapport uitte de WGB kritiek op de aanwijzing uit 2002. Volgens de WGB werd in de aanwijzing niet voldoende duidelijk aangegeven dat de Rijksrecherche ook verantwoordelijk is voor onderzoeken naar buitenlandse omkoping. Dit zou de autoriteit van de Rijksrecherche kunnen ondermijnen en voor verwarring kunnen zorgen en de samenwerking met andere opsporingsdiensten kunnen belemmeren. Waarschijnlijk is met invoeging van het vierde uitgangspunt voor inzetbaarheid in de aanwijzing van 2006 beoogd te beantwoorden aan deze kritiek. De inzet bij buitenlandse corruptiekwesties rust dan op het vierde uitgangspunt.

Door toevoeging van het vierde uitgangspunt in de aanwijzing uit 2006 was echter niet meer duidelijk of de vier uitgangspunten cumulatief moesten worden beschouwd. In de aanwijzing uit 2002 was expliciet vermeld dat de (eerste drie) uitgangspunten cumulatief golden en inzet van de Rijksrecherche slechts aan de orde kon zijn indien aan al die uitgangspunten was voldaan. Hoewel deze vermelding in de aanwijzing uit 2006 ontbrak, leek door de formulering het vierde uitgangspunt eveneens cumulatief te gelden. Door de herformulering in 2011, zoals die hierboven is weergegeven, is duidelijk geworden dat de eis van cumulatie slechts geldt voor de eerste drie uitgangspunten en dat het vierde uitgangspunt op zichzelf staat. De tekst van de aanwijzing vervolgt met: *“Als aan deze uitgangspunten is voldaan is daarmee niet gezegd dat de Rijksrecherche dan ook altijd zal worden ingezet. Bij het toepassen van deze uitgangspunten is van belang dat rekening wordt gehouden met het kunnen halen van acceptabele doorlooptijden in de onderzoeken”*. Deze bedrijfsmatige benadering lijkt vooral zoveel mogelijk zaken uit te sluiten van de inzet van de Rijksrecherche.

Wel zijn bepaalde gevallen aangewezen waarbij sneller, maar lang niet altijd, de Rijksrecherche wordt ingezet. De aanwijzing onderscheidt daarbij 'typische Rijksrecherchezaken', 'mogelijke Rijksrecherchezaken', 'afwijkende Rijksrecherchezaken' en 'meldzaken'. Binnenlandse corruptiezaken waarbij overheidsfunctionaris-

sen – in de ruime zin van het woord – betrokken zijn en waarbij de integriteit van de overheid in het geding is of kan raken, vallen onder de categorie ‘typisch’. Voor dit onderzoek van belang is echter voornamelijk de categorie ‘afwijkende Rijksrecherchezaken’.

Als één van de twee afwijkingen van de algemene uitgangspunten voor de inzet van de Rijksrecherche noemt de aanwijzing *‘gevallen waarin Nederlandse burgers of rechtspersonen betrokken zijn bij ambtsmisdriven door buitenlandse ambtenaren (zgn. ‘buitenlandse corruptie’)*. In de hiernavolgende paragraaf wordt op deze bijzondere taak van de Rijksrecherche ingegaan.

Met betrekking tot de ‘Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche’ kan concluderend gesteld worden dat het aantal typen delicten waarvoor de Rijksrecherche kan worden ingezet beperkt is en dat in geval een typisch Rijksrecherchedelict zich voordoet het nog steeds zeer goed mogelijk is dat de Rijksrecherche niet wordt ingezet. De aanwijzing lijkt vooral duidelijk te willen maken dat met de inzet van de expertise van de Rijksrecherche heel behoedzaam moet worden omgegaan.

7.3.2.3 Rijksrecherche en omkoping

Nadat in 2001 de strafbaarstelling van omkoping aanzienlijk was uitgebreid en een strafbaarstelling van buitenlandse omkoping was geïntroduceerd in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, achtte het College van p-g’s het noodzakelijk nadere regels met betrekking tot de opsporing en vervolging van omkoping op te stellen. Het College stelde aanwijzingen op, waarin de wettelijke regeling nader is uitgelegd en getracht is te verduidelijken wanneer de Rijksrecherche bij het onderzoek naar ambtelijke omkoping dient te worden betrokken. Ook met betrekking tot buitenlandse omkoping, het misdrijf, zijn regels voor de opsporing en vervolgbaarheid opgesteld. De hiernavolgende beschouwing van deze regels toont mijns inziens onder andere aan waarom Nederland tot nu toe zo weinig zaken van buitenlandse omkoping voor de rechter heeft weten te brengen.

7.3.3 Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie

7.3.3.1 Oorsprong en totstandkoming

De herziening van de omkopingsbepalingen in 2001 betekende een aanzienlijke verruiming van het werkingsgebied van die bepalingen. Op bepaalde punten was nuancering en nadere afbakening nodig. Zoals in hoofdstuk vijf en zes reeds naar voren kwam, maakt de strafbaarstelling geen onderscheid tussen grote en kleine giften die aan ambtenaren worden gedaan, terwijl dit wel degelijk bepalend kan zijn voor de vraag of het aanbieden of aannemen van een bepaalde gift als strafbare omkoping kan worden vervolgd. Ook de Minister van Justitie erkent immers het bestaan van “sociaal gebruikelijke bagatelgiften, die volgens de algemene opvatting

niet ontoelaatbaar zijn”⁹⁸, welke niet (met het strafrecht, noch op andere wijze) bestreden dienen te worden, althans volgens de huidige stand van het verdragsrecht.⁹⁹ Kennelijk moeten de op dat verdragsrecht gebaseerde Nederlandse wettelijke strafbaarstellingen dus niet zo strikt worden genomen als ze letterlijk geschreven zijn. Tijdens de totstandkoming van de nieuwe ‘corruptiewetgeving’ is wel gepleit voor een duidelijkere afbakening van de strafbare gedraging, in die zin dat voor de gebruiker van de wet (de burger) duidelijker was welke giften, beloften en diensten nog toelaatbaar zijn en welke niet. De Minister was echter het oordeel toegeedaan dat het aanbrengen in de wet van een onderscheidend criterium tussen enerzijds de strafwaardige en anderzijds de toelaatbare giften niet de gewenste helderheid zou geven, aangezien “[...] een dergelijk criterium [...] toch objectief [zal] moeten zijn, bijvoorbeeld door het te koppelen aan de geldelijke (tegen)waarde of met gebruik van woorden als ‘een gift of belofte van betekenis». Problemen die dan opdoemen zijn ofwel van een andere (in verband met de geldontwaarding, verandering van normen), ofwel van dezelfde orde (bagatelgift versus gift van betekenis). Om voornoemde reden is ervoor gekozen voor de delictomschrijvingen geen nadere aanduiding van de gift of belofte voor te stellen waaruit de (on)toelaatbaarheid kan worden afgeleid.”¹⁰⁰

De Minister wijst er in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voorts op dat het Openbaar Ministerie op dit punt zelf sturend kan optreden, bijvoorbeeld door het afkondigen van eenvoudig te wijzigen richtlijnen welke eenvoudiger zijn aan te passen aan de veranderlijke maatschappelijke werkelijkheid, al kan dat naar de mening van de Minister ook best achterwege blijven. “Immers, ook thans bestaan er geen richtlijnen op dit terrein en worden de juiste accenten gelegd door prudente vervolgingsbeslissingen van de officier van justitie.”¹⁰¹ Maar het Openbaar Ministerie – juist een partij die, bij monde van het College van p-g’s, reeds tijdens de ontwerpfasen van het wetsvoorstel te kennen had gegeven een voorkeur te hebben voor “een nadere indicatie op het niveau van de wet”¹⁰², omdat dat naar het oordeel van het College meer helderheid zou verschaffen – wilde kennelijk niet op de prudentie van de individuele officieren van justitie vertrouwen en besloot derhalve tot de opstelling in 2002 van de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie’¹⁰³, welke tot doel heeft de nodige handvatten te geven voor de door de (individuele) officieren van justitie te nemen beslissingen omtrent de opportuniteit van de opsporing en vervolging van gevallen van omkoping. Hierdoor zou een grotere landelijke eenheid in de strafrechtelijke aanpak van ambtelijke omkoping moeten ontstaan. De aanwij-

⁹⁸ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 4.

⁹⁹ Inmiddels wordt ook de aanpak van kleine giften, de zogenaamde facilitation payments, onderzocht in OECD-verband.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3, p. 4.

¹⁰¹ *Idem*, p. 5.

¹⁰² *Idem*, p. 4. Het betrof hier de invulling van de begrippen gift en belofte.

¹⁰³ 2002A009, *Stcr.* 2002, 206, p. 9.

zing uit 2002 had een beperkte geldigheidsduur¹⁰⁴ en is in 2007 opgevolgd door twee afzonderlijke aanwijzingen, zodat sindsdien één aanwijzing bestaat ten aanzien van ambtelijke corruptie in Nederland¹⁰⁵ en een afzonderlijke aanwijzing welke gericht is op de aanpak van ambtelijke corruptie in het buitenland.¹⁰⁶ De herformulering van de aanwijzing uit 2002 en de opdeling ervan in twee aanwijzingen was mede het gevolg van de kritiek die de Working Group on Bribery in 2006 had op het document. Hieronder wordt op deze kritiek ingegaan. Duidelijk wordt ook dat veel van de aanwijzing uit 2002 toch is overgenomen in de aanwijzingen van 2007 en daarna in die van 2011.

7.3.3.2 Aanwijzing 2002

De aanwijzing die het College van p-g's in 2002 opstelde, betrof zoals gezegd de opsporing en vervolging van zowel ambtelijke corruptie in Nederland als ambtelijke corruptie in het buitenland. Zijnde bedoeld als handreiking voor Nederlandse officieren van justitie die met vermoedens van omkoping te maken krijgen, geeft de aanwijzing uit 2002 maar liefst zeventien factoren of aanknopingspunten aan de hand waarvan de individuele officieren van justitie moesten bepalen of een vermoeden opsporings- of vervolgingswaardig was, dus *“of strafrechtelijk optreden al dan niet geïndiceerd is”*.

Het College van p-g's beoogde met deze aanwijzing tegemoet te komen aan de wens voor een eenduidig beleid in de afhandeling van strafbare feiten door het Openbaar Ministerie. Anders dan de strafbaarstellingen in het Wetboek van Strafrecht die alle 'gradaties' van omkoping strafbaar stelden, wilde het College namelijk een onderscheid maken tussen ernstige, vervolgingswaardige gevallen en minder ernstige gevallen die geen strafrechtelijke actie vereisen. Aangezien ook het College beseftte dat het trekken van een harde (in geldwaarde uitgedrukte) grens niet goed mogelijk is, koos het voor het formuleren van de zeventien factoren. Mijns inziens ging het College echter te ver door bepaalde kenmerken van omkoping een indicatie te laten zijn om af te zien van vervolging. Hier wordt niet ingegaan op alle zeventien factoren, daar de meeste ervan ook terugkomen in de huidige aanwijzingen die sinds 2007 van kracht zijn. Een factor die – gelukkig – is weggelaten uit de aanwijzing van 2007 bepaalde dat moest worden nagegaan of *“de ambtenaar de ander*

¹⁰⁴ Aanvankelijk was de aanwijzing geldig tot 15 november 2006 maar begin 2007 werd dit verlengd om meer tijd te creëren voor het opstellen van de nieuwe aanwijzingen (*Stcrt.* 2007, 20, p. 7).

¹⁰⁵ De 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland' (*Stcrt.* 2007, 124, p. 15) is per 1 augustus 2011 vervangen door een nieuwe aanwijzing met gelijke naam (*Stcrt.* 2011, 13660). De wijzigingen zijn, zoals hierna nog blijkt, minimaal.

¹⁰⁶ De 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland' (*Stcrt.* 2007, 124, p. 14) is per 1 augustus 2011 vervangen door een nieuwe aanwijzing met gelijke naam (*Stcrt.* 2011, 13663). De wijzigingen zijn, zoals hierna nog blijkt, minimaal.

‘slechts’ voorrang [heeft] gegeven bij de behandeling van een vergunningaanvraag, met – bij ingewikkelde vergunningen – als consequentie dat andere aanvragers langer moeten wachten, of heeft hij die ander een vergunning verleend waar die had moeten worden geweigerd?’ De eerste situatie was juist in 2001 – ten aanzien van actieve omkoping – in een nieuwe wetsbepaling (artikel 177a Sr) strafbaar gesteld. De wetgever deed dat niet voor niets, maar toch vond het College een dergelijk geval kennelijk in beginsel niet of minder vervolgingswaardig.

Uiteraard moeten de factoren in samenhang worden gezien en kan niet zonder meer gezegd worden dat gevallen van omkoping tot een gedraging die niet in strijd is met de plicht van de ambtenaar door deze aanwijzing geheel niet meer voor vervolging aanmerking komen. Het kan ook zijn dat juist door afweging van deze zeventien factoren wordt besloten tot vervolging, terwijl hetzelfde geval niet vervolgd zou (kunnen) worden als een harde grens zou worden aangehouden.

Maar feit is wel dat bij de zeventien factoren altijd wel een belemmering kan worden gevonden om tot vervolging over te gaan. Of anders gezegd, er kan altijd wel een excuus worden gevonden om niet te hoeven vervolgen.

7.3.3.3 Kritiek van de OECD Working Group on Bribery

In het in 2006 verschenen ‘Phase 2’-rapport over Nederland van de WGB van de OECD wordt de Nederlandse aanwijzing uit 2002 bekritiseerd. De WGB meent dat, hoewel de aanwijzing is onderverdeeld in aparte paragrafen over binnenlandse en buitenlandse corruptie, in beide paragrafen over zowel binnenlandse als buitenlandse corruptie wordt gesproken. Er is dus geen duidelijk onderscheid in de aanwijzing.

Ook de in de aanwijzing gebruikte bewoordingen acht de WGB onduidelijk. In de aanwijzing staat dat bij het OECD-corruptieverdrag de invalshoek “die van het internationale handelsverkeer” is. Volgens de WGB is dat een te beperkte uitleg van het verdrag, dat immers ziet op meer dan alleen de internationale handel, namelijk op alle internationale zakelijke transacties.

Verder acht de WGB de 17 (niet-limitatieve) factoren die moeten worden afgewogen alvorens besloten kan worden of een opsporingsonderzoek moet worden gestart niet allemaal geschikt met betrekking tot gevallen van buitenlandse omkoping. De eerste weegfactor, die stelt dat vervolging van een ambtenaar wegens omkoping waarbij het initiatief genomen is door die ambtenaar (hij heeft naar giften gevraagd) meer opportuun is dan het geval waarin hij giften aangeboden kreeg, is slechts gericht op de vervolgingsbeslissing ten aanzien van de ambtenaar. Bij buitenlandse omkoping is slechts de actieve kant (de omkoper) vervolgbaar in Nederland en voor de vervolgbaarheid van de omkoper zou de genoemde weegfactor juist andersom moeten worden beschouwd. Dat is echter niet in de aanwijzing vermeld.

De kritieken van de WGB zijn meegenomen bij het opstellen van de twee nieuwe aanwijzingen die in 2007 werden vastgesteld. Zoals hiervoor gezegd, werd ook de

Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche uit 2002 bekritiseerd omdat die niet voldoende duidelijk maakte dat de opsporing van buitenlandse omkoping onder de taken van de Rijksrecherche viel. Ook die aanwijzing is spoedig na het bezoek van de WGB gewijzigd.

7.3.3.4 Twee aanwijzingen

Naar aanleiding van de kritische opmerkingen van de WGB is zoals gezegd de aanwijzing per 1 augustus 2007 herzien en bovendien opgedeeld in twee afzonderlijke aanwijzingen, te weten de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland’ voor de aanpak van omkoping binnen onze landsgrenzen (hierna: binnenlandaanwijzing) en de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland’ voor aanpak van in het buitenland gepleegde omkoping (hierna: buitenlandaanwijzing). Per 1 augustus 2011 zijn – vanwege de vervaldatum die het College van p-g’s standaard aan zijn aanwijzingen geeft – beide aanwijzingen opnieuw aangepast, maar de wijzigingen ten opzichte van de aanwijzingen uit 2007 zijn minimaal, behalve dat de tekst enigszins door elkaar is gehusseld.¹⁰⁷ Hierna komen de aanpassingen van de aanwijzingen uit 2011 – die overigens voornamelijk tekstueel en niet inhoudelijk zijn – terloops aan de orde.

Evenals hun voorganger uit 2002 zijn de nieuwe aanwijzingen specifiek gericht op de opsporing en vervolging van de strafbare feiten die in de artikelen 177, 177a, 178, 178a, 362, 363, 364 en 364a van het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen. De aanwijzingen zien dus slechts op de strafrechtelijke aanpak van *omkoping*. Het opnemen in de titel (en de tekst) van de aanwijzingen van de term ‘corruptie’ is dan ook zeer ongelukkig gekozen. Het gebruik van het containerbegrip ‘corruptie’, dat bovendien geen wettelijke term is, werkt verwarrend. Van een aanwijzing gericht aan de hoofden van de parketten van het Openbaar Ministerie en de directeur van de Rijksrecherche mag grotere nauwkeurigheid worden verwacht. Hoewel de term corruptie dus niet helemaal juist is, wordt die in deze paragraaf toch af en toe gebezigd wanneer dat onvermijdelijk is (omdat wordt verwezen naar de tekst van de aanwijzingen).

7.3.3.4.1 Gemeenschappelijke inhoud

Veel van de oorspronkelijke aanwijzing is overgenomen in beide nieuwe aanwijzingen, waarbij de passages over buitenlandse omkoping uiteraard slechts in de buitenlandaanwijzing zijn overgenomen. Beide aanwijzingen komen desalniettemin voor een groot deel overeen.

In beide aanwijzingen is te lezen dat weliswaar een landelijk officier van justitie voor corruptiezaken is aangesteld (in 2000), maar dat dat niet betekent dat de overige

¹⁰⁷ De binnenlandaanwijzing is nu bekend onder nummer 2011A014 (*Stcr.* 2011, 13660), de buitenlandaanwijzing heeft nummer 2011A015 gekregen (*Stcr.* 2011, 13663).

officiëren van justitie van de arrondissementen zich in het geheel niet meer met gevallen van omkoping mogen bezighouden. Iedere officier van justitie kan een omkopingszaak doen, de landelijk officier is voornamelijk een coördinerend officier die geacht wordt “*specialistische deskundigheid op het terrein van de opsporing en vervolging van corruptiezaken*” te bezitten en er zorg voor te dragen dat deze kennis ook voor andere leden van het Openbaar Ministerie toegankelijk is, zo schrijft het College van p-g’s in beide aanwijzingen. De landelijk corruptieofficier kan overige officieren van justitie gevraagd en ongevraagd ondersteunen bij de opsporing en vervolging of de leiding nemen bij opsporingsonderzoeken naar corruptie.

Ook voor de inzet van de Rijksrecherche geldt dat die niet vanzelfsprekend is bij gevallen van corruptie, zo stelt zowel de binnenlandaanwijzing als de buitenland-aanwijzing nadrukkelijk. Hoewel de Rijksrecherche wordt geacht gespecialiseerd te zijn op het gebied van onderzoek naar omkoping, kunnen andere opsporingsdiensten ook vaak onderzoek doen, zo blijkt uit de aanwijzingen. De verwachting is wel dat bij buitenlandse omkoping de Rijksrecherche in een groter deel van de gevallen zal worden ingezet dan bij binnenlandse omkoping het geval is, aldus de buitenlandaanwijzing. Tegenover de OECD verklaart Nederland ook dat ‘the main responsibility for the investigation of foreign bribery has been attributed under the law to the *Rijksrecherche*’.¹⁰⁸

7.3.3.4.2 Binnenlandaanwijzing

De binnenlandaanwijzing betreft de opsporing en vervolging van zowel verdachten van actieve omkoping (de omkopende partij) als verdachten van passieve omkoping (de omgekochte partij). De aanwijzing geeft dertien factoren die de officier van justitie in geval van corruptie binnen Nederland volgens de binnenlandaanwijzing in overweging dient te nemen alvorens tot vervolging over te gaan.¹⁰⁹ Deze factoren gelden derhalve voor de opsporing en vervolgingsbeslissingen ten aanzien van zowel de omkoper als de omgekochte.

De factoren waarop gelet dient worden, zijn de volgende. De opsomming is niet limitatief.

- 1) Wie nam het initiatief tot de gift, de gever of de ambtenaar?
- 2) Wat was de waarde van de gift?
- 3) In hoeverre voldoet de betreffende ambtelijke organisatie aan het in de Ambtenarenwet voorgeschreven integriteitsbeleid?
- 4) Wat is de mate van (sociale) acceptatie van de gift?
- 5) Is het doen en/of aannemen van de gift strijdig met de in de organisatie gel-

¹⁰⁸ OECD Phase 2 report on the Netherlands, onder punt 114, p. 35.

¹⁰⁹ Want “strafrechtelijke aanpak van ambtelijke corruptie is meer maatwerk dan confectie”, zo stelt de binnenlandaanwijzing.

dende gedragscode?

- 6) In welke mate was het kenbaar aan de ambtenaar dat diens handelen verboden was?
- 7) Hoe heimelijk was de gift?
- 8) Gaat het om een incidentele gift of om een meer structurele, stelselmatige gang van zaken?
- 9) Is de aard van de relatie tussen geveer en ontvanger meer persoonlijk of meer zakelijk?
- 10) Wat is de functie van de ambtenaar, zowel qua niveau (hoge of lage ambtenaar), als qua positie ten opzichte van collega's, als qua inhoud (heeft de ambtenaar een grote discretionaire bevoegdheid, of toegang tot vertrouwelijke gegevens)?
- 11) Welke uitwerking heeft de omkoping op de overheid(-dienst)?
- 12) Is het beter om in plaats van een strafrechtelijk optreden een privaot- of administratiefrechtelijke aanpak te kiezen?
- 13) Wat waren de gevolgen van het handelen van de ambtenaar?

Op veel van deze factoren is commentaar mogelijk. De eerste factor (onder punt 1) is meteen een opvallende, die bovendien een afwijking van de wet inhoudt. In het geval de geveer (omkoper) het initiatief tot de gift nam, acht het College van p-g's de vervolging van de ambtenaar (omgekochte) minder opportuun en zal vervolging in feite dus minder snel plaatsvinden. De wet maakt geen onderscheid in vervolgbaarheid van een ambtenaar die om een gift vraagt – en dus het initiatief neemt – en een ambtenaar die een gift krijgt aangeboden. De binnenlandaanwijzing maakt dit onderscheid echter wel. Wat dit zegt over de opportuniteit van de vervolging van de omkoper, wordt in de aanwijzing niet toegelicht. Aangezien de aanwijzing zowel actieve als passieve omkoping betreft, zal deze factor in omgekeerde zin hebben te gelden voor de beoordeling van de opportuniteit van de vervolging van de omkoper. Reeds om die reden is deze factor ongeschikt. In de meeste gevallen zou het doel van een opsporingsonderzoek naar omkoping immers moeten zijn dat beide (of nog meer) betrokkenen bij de omkoping worden berecht. Strikt genomen be- gaat elk van beide betrokkenen bij de omkoping een eigen delict, maar een deel van de verwerpelijkheid van het gedrag is daarnaast gelegen in de 'samenzwering' van de twee partijen om de samenleving te benadelen. Om die reden zouden beide partijen, ongeacht wie het initiatief nam, berecht moeten worden. De samenleving begrijpt niet waarom een ambtenaar wordt vervolgd en veroordeeld voor het aannemen van steekpenningen, terwijl degene die de steekpenningen betaalde zich geheel niet voor de rechter dient te verantwoorden.

De binnenlandaanwijzing lijkt de opportuniteit van opsporing en vervolging daarnaast af te laten hangen van de grootte van de gift (punt 2). Ook al wordt geen harde grens in euro's gegeven, duidelijk moge zijn dat kleinere giften minder snel tot vervolging zullen leiden. Hoewel dit wellicht een logische en begrijpelijke beleidsbe-

slissing is, zegt de wet nergens dat kleine giften (relatief dan wel absoluut) niet aangepakt dienen te worden. De factor is wel zodanig geformuleerd dat eerder een verruiming dan een beperking lijkt te worden beoogd van het soort omkoping dat vervolging behoeft.

Sommige giften zijn normaal en geaccepteerd, zoals giften bij jubilea, en leiden dus vrijwel automatisch niet tot vervolging (punt 4). Dit wil echter niet zeggen dat die giften nooit worden gedaan met een ander doel dan slechts de felicitatie van de betreffende ambtenaar. Ook de gelegenheid van een jubileum kan worden gebruikt als dekmantel voor omkoping. En nu dit als factor om niet te vervolgen is opgenomen (en openbaar is gemaakt), is juist een extra reden ontstaan om dit als dekmantel te gebruiken.

De binnenlandaanwijzing maakt tevens onderscheid tussen een persoonlijke en een zakelijke relatie tussen omkoper en omgekochte (punt 9). Natuurlijk zal in een opsporingsonderzoek de vraag moeten worden beantwoord wat de relatie is tussen de omkoper en de omgekochte ambtenaar, maar het antwoord op deze vraag zou mijns inziens niet van invloed moeten zijn op de opportuniteit van de vervolging.

Al is het aantal criteria in de binnenlandaanwijzing aanzienlijk teruggebracht ten opzichte van de aanwijzing uit 2002,¹¹⁰ toch moet nog steeds een behoorlijk aantal criteria worden afgewogen. Al deze (en nog meer) criteria moesten vóór augustus 2007 ook voor buitenlandse omkoping worden afgewogen. Mede in acht genomen de verhoogde moeilijkheidsgraad van het doen van strafrechtelijk onderzoek in het buitenland, is het mijns inziens dan ook niet verwonderlijk dat de nieuwe wetgeving nagenoeg tot augustus 2007 geen resultaat leverde. Maar ook na die datum biedt de buitenlandaanwijzing nog steeds voldoende ‘excuses’ om van vervolging af te zien, zoals hieronder wordt besproken.

7.3.3.4.3 Buitenlandaanwijzing

De buitenlandaanwijzing is omvangrijker dan de binnenlandaanwijzing. Dat is voornamelijk het gevolg van de gevoelde noodzaak enige toelichting te geven op het bijzondere karakter van de strafbaarstelling en de bijzonderheden die dit meebrengt ten aanzien van de opsporing ervan. Zoals gezegd komt de aanwijzing voor een aanzienlijk deel overeen met de binnenlandaanwijzing. Door het kopiëren van die aanwijzing hoeft er niet steeds naar te worden verwezen, hetgeen de overzichtelijkheid ten goede komt, maar waardoor tevens wordt benadrukt hoezeer beide aanwijzingen op zichzelf staan. De bestrijding van buitenlandse omkoping vereist namelijk deels andere wijzen van opsporing dan die van binnenlandse omkoping.

¹¹⁰ Van de 17 criteria uit de oude aanwijzing, zijn er 11 ongewijzigd terug te vinden in de huidige aanwijzing. Aan de aanwijzing zijn 2 nieuwe criteria toegevoegd.

De buitenlandaanwijzing noemt een aantal bronnen “waaruit informatie kan worden gehaald omtrent mogelijk verdachte situaties van omkoping van ambtenaren in het buitenland.” Er wordt onder meer uitgegaan van een aantal van de detectoren die hiervoor in paragraaf 7.2 zijn genoemd. De aanwijzing noemt de meldingen van klokkenluiders, meldingen van ambtenaren van de diplomatieke dienst en aangiften, al dan niet op basis van artikel 162 Sv. Verder kan volgens de aanwijzing informatie worden verkregen uit open (nieuws)bronnen en uit rechtshulpverzoeken van landen die een ambtenaar onderzoeken die verdacht wordt van het aannemen van steekpenningen van een Nederlandse onderneming. Daarnaast wordt gesteund op informatie die door de WGB (van de OECD) is verzameld uit open bronnen en die signalen bevat van mogelijk gepleegde ambtelijke corruptie in relatie tot internationaal zakelijk verkeer. Deze informatie wordt door het secretariaat van de WGB periodiek gemeld aan de betrokken verdragspartijen.

De buitenlandaanwijzing bevat, evenals de binnenlandaanwijzing, een afzonderlijke paragraaf over de aangifteplicht. Hiervoor is al aan de orde gekomen dat de ruime opvatting die het College van p-g's heeft over deze plicht zijn publiek mist nu die opgenomen is in een aanwijzing die gericht is tot het Openbaar Ministerie en de Rijksrecherche en juist niet tot de personen op wie de aangifteplicht rust.¹¹¹

Nog meer dan bij binnenlandse omkoping het geval is, geldt ten aanzien van buitenlandse omkoping dat primair de Rijksrecherche is belast met de opsporing van dergelijke delicten, zo luidt de aanwijzing. Maar evenals bij binnenlandse omkoping kunnen ook onderzoeken naar buitenlandse omkoping door andere opsporingsinstanties dan de Rijksrecherche worden verricht. Tot samenwerking tussen de verschillende instanties of uitwisseling van gegevens en ervaring worden echter niet opgeroepen in de buitenlandaanwijzing. Daardoor bestaat de mogelijkheid dat verschillende opsporingsinstanties lang elkaar heen werken.

Voor de beslissing omtrent de (verdere) vervolging wegens een verdenking van buitenlandse omkoping geeft de buitenlandaanwijzing een niet-limitatieve lijst van factoren die dienen te worden afgewogen.

- *“omvang van de steekpenningen, in absolute zin of in relatieve zin (bijv. een aanzienlijk percentage van de contractsom);*
- *betrokkenheid van invloedrijke (buitenlandse) ambtenaren of politici (in die zin dat bij betrokkenheid van dergelijke figuren gezien hun voorbeeldrol en/of machtspositie de omkoping ernstiger lijkt dan bij betrokkenheid van minder invloedrijke personen);*¹¹²

¹¹¹ Zie paragraaf 7.2.3.

¹¹² De buitenlandaanwijzing van 2007 noemde in plaats hiervan “betrokkenheid van hoge (buitenlandse) ambtenaren of politici”. In de aanwijzing van 2011, zoals weergegeven in

HOOFDSTUK 7: HANDHAVING VAN DE NEDERLANDSE STRAFBAARSTELLING VAN (BUITENLANDSE) OMKOPING

- *opsporings- en vervolgingsactiviteiten van het betrokken land (bijv. de zaak heeft ook tot een groot schandaal en onderzoeken geleid in het betrokken land);*
- *de steekpenningen komen direct of indirect (bijv. als overheidsteun, krediet verzekering, subsidiering etc.) ten laste van de Nederlandse algemene middelen;*
- *de omvang van de mogelijke reputatieschade voor Nederlandse handels- en politieke belangen, indien een vermoeden niet onderzocht en indien mogelijk aangepakt zou worden;*
- *de mate waarin er sprake is van concurrentievervalsing;*
- *de mogelijkheden van verder onderzoek en kans op succesvolle vervolging.”¹¹³*

Met name de laatste factor biedt veel ruimte om een onderzoek te staken. Het zal niet verbazen dat, wanneer de werklust hoog is en er nog veel zaken “op de plank liggen”, de afweging tussen het in behandeling nemen van een (vrijwel per definitie) lastig te onderzoeken vermoeden van omkoping van een buitenlandse ambtenaar en een vermoeden van omkoping zonder grensoverschrijding, de weegschaal al gauw doorhelt naar het laatste geval. Bovendien is in het laatste geval de Nederlandse rechtsorde veel eerder geschokt en is de schade (voor zover die is vast te stellen) meestal geleden in Nederland en vaak door de Nederlandse Staat. Als men daarbij voegt dat het onderzoeken van buitenlandse omkoping per saldo veel duurder is en over het algemeen minder oplevert en dat tegenwoordig ook de opsporingsdiensten ongetwijfeld een budget zullen moeten verantwoorden door middel van bereikte resultaten, dan is het niet verwonderlijk dat de aandacht meer bij binnenlandse omkoping ligt dan bij de buitenlandse variant. Drie afgeronde zaken van binnenlandse omkoping aan het einde van een jaar zijn nu eenmaal een stuk beter te verantwoorden dan één op niets uitgelopen onderzoek naar buitenlandse omkoping. De beperkte capaciteit van de Rijksrecherche dient zo effectief en efficiënt mogelijk te worden ingezet. Dan raken langdurige moeizame onderzoeken naar mogelijke aanwijzingen van buitenlandse omkoping al gauw op de achtergrond.

De buitenlandaanwijzing weidt vervolgens uit over de onwenselijkheid van vervolging van gevallen waarin ‘slechts’ facilitation payments zijn betaald. Hoewel de Nederlandse strafbepalingen geen onderscheid maken ten aanzien van de omvang en het doel van de omkoping, meent het College van p-g’s dat het niet opportuun is “*een stringenter opsporings- en vervolgingsbeleid betreffende de aanpak van omkoping van buitenlandse ambtenaren te voeren dan waartoe het OESO-verdrag (het OECD-corruptieverdrag) oproept. Dit betekent dat gedragingen die in termen van het OESO-verdrag zijn aan te merken als ‘facilitation payments’, niet zullen worden vervolgd.*”

de hoofdtekst, is duidelijker bepaald dat het gaat om ambtenaren met veel macht en invloed.

¹¹³ Buitenlandaanwijzing van 2011, *Stcrt.* 2011, 13663, p. 4.

In de buitenlandaanwijzing van 2011 wordt kort ingegaan op de 2009-Recommendation van de OECD, waarin de OECD-lidstaten worden opgeroepen hun beleid ten aanzien van de toelaatbaarheid van facilitation payments periodiek te herzien. De OECD wil eigenlijk helemaal af van het gedogen van deze vorm van omkoping.¹¹⁴ Het College van p-g's meent echter dat de nieuwe aanbeveling van de OECD vooralsnog niet hoeft te leiden tot wijzigingen in het Nederlandse vervolgingsbeleid ten aanzien van facilitation payments.

Derhalve noemt de buitenlandaanwijzing van 2011 nog dezelfde factoren die tegen vervolging pleiten als die in de aanwijzing van 2007 genoemd werden, welke luiden als volgt.

- *“Het gaat om handelen of nalaten waartoe de betrokken ambtenaar reeds rechtens verplicht was. De betaling mag op geen enkele wijze een concurrentieverstorend effect hebben.*
- *Het gaat om, in absolute zin of relatieve zin, kleine bedragen.*
- *Het gaat om betalingen aan lagere ambtenaren.*
- *De gift moet transparant in de administratie van de onderneming opgenomen worden, en mag niet verheimelijkt worden.*
- *Het initiatief tot de gift moet zijn uitgegaan van de buitenlandse ambtenaar.”*¹¹⁵

Het gaat hier dus om negatieve factoren, bij aanwezigheid waarvan de vervolging minder opportuun moet worden geacht, omdat sprake is van een facilitation payment. Uit de aanwijzing wordt niet duidelijk of deze factoren cumulatief gelden. Door deze onduidelijkheid kan in theorie de aanwezigheid van slechts één van de factoren reeds voldoende zijn om van vervolging af te zien. Mijns inziens is dat onwenselijk. Van een facilitation payment kan immers slechts sprake zijn indien aan meer dan een enkele factor voldaan is. Slechts het gegeven dat een lagere ambtenaar is omgekocht en het bedrag niet heel hoog is, maakt niet dat sprake is van een facilitation payment. In paragraaf 3.2.2.4 is duidelijk geworden dat volgens de OECD gesproken kan worden van een facilitation payment, wanneer ten minste de eerste twee van de bovenstaande factoren vervuld zijn. Deze twee gelden dus in ieder geval wel cumulatief.

Ook de overige factoren zijn op zichzelf niet voldoende om van vervolging af te zien. Het enkele feit dat de omgekochte ambtenaar een lagere rang heeft (de derde factor), maakt vervolging van de omkoper niet minder opportuun. Er moeten meer redenen zijn.

De vierde factor zal in maar weinig gevallen vervuld worden. Ondernemingen zullen niet gauw een betaalde steekpenning als zodanig in de administratie opnemen.

¹¹⁴ Zie paragraaf 3.2.2.4.

¹¹⁵ Buitenlandaanwijzing van 2011, *Stcrt.* 2011, 13663, p. 5.

Als het al vermeld wordt, dan zal dat niet gauw als ‘steekpenning’ zijn. Immers kunnen die kosten niet als aftrekpost worden opgevoerd voor de belastingen. De paartientjes die een vrachtwagenchauffeur aan een grensbewaker betaalt, kunnen gemakkelijk onder een andere kostenpost op de jaarrekening worden geplaatst (bijvoorbeeld onder de dagvergoeding van de chauffeur). Dat heeft als voordeel dat de gemaakte kosten dan wel als aftrekpost kunnen worden opgevoerd voor de belastingen.¹¹⁶

De laatste factor tegen vervolging beschermt de ondernemer die geconfronteerd wordt met een corrupte ambtenaar zonder wiens medewerking het verkrijgen van bijvoorbeeld een vergunning – waar de ondernemer in beginsel recht op heeft¹¹⁷ – enorm vertraagd wordt, of in het geheel niet zal slagen. Voor strafbaarheid maakt het echter niet uit bij wie het initiatief tot de omkoping lag. Het is mijns inziens ook niet duidelijk waarom de vervolging van de ondernemer die tot omkoping is uitgelokt minder opportuun is. Bij uitlokking tot andere strafbare feiten is de uitgelokte immers ook nog steeds als dader van die strafbare feiten aan te merken. Er zijn natuurlijk wel gevallen te bedenken waarin de ondernemer in een soort overmachtsituatie geraakt en zich daardoor gedwongen voelt een steekpenning te betalen.¹¹⁸

In maar weinig gevallen zal sprake zijn van vervulling van alle factoren. Dat leidt tot de conclusie dat de factoren kennelijk niet cumulatief gelden. Niet alle factoren dienen aanwezig te zijn om van de vervolging af te zien. Het lijkt er echter op dat de genoemde factoren een verschillend niveau hebben, in die zin dat bepaalde factoren een *conditio sine qua non* zijn zonder welke beslist geen sprake kan zijn van een *facilitation payment* (bijvoorbeeld de eerstgenoemde factor), terwijl andere factoren slechts een aanwijzing kunnen inhouden dat wellicht sprake zou kunnen zijn van een *facilitation payment*.

De factoren zijn weliswaar niet geformuleerd als kenmerken van *facilitation payments*, maar als factoren die tegen vervolging pleiten. Echter door de tekst van de aanwijzing, waarin de niet opportuun geachte vervolging wordt gekoppeld aan het

¹¹⁶ Betaalde steekpenningen zijn immers niet aftrekbaar van de belastbare winst van de onderneming. Zie paragraaf 7.2.1.4.

¹¹⁷ Van een *facilitation payment* is immers slechts sprake indien betaald wordt voor iets waar de betaler reeds recht op had. De betaling dient slechts ter bespoediging van de kwestie. Indien de ondernemer geen recht heeft op de vergunning en derhalve een steekpenning betaalt om de vergunning toch te krijgen, dan kan geen sprake meer zijn van een *facilitation payment* en vervalt de uitzondering op de vervolgbaarheid van de ondernemer.

¹¹⁸ Te denken valt aan de vrachtwagen met bederfelijke waar die een landsgrens slechts (of sneller) mag passeren wanneer hij de douanebeambte een bepaald geldbedrag betaalt. Als hij niet op tijd op de plaats van bestemming komt zal de economische schade die hij lijdt zijn eenmansbedrijfje de das om doen.

feit dat sprake is van een facilitation payment, lijken de factoren tevens te gelden als criteria om vast te stellen of sprake is van een facilitation payment.

Als de factoren slechts worden gezien als redenen om van de vervolging af te zien, kan de aanwezigheid van slechts een aantal factoren voldoende zijn. Maar daaraan kan mijns inziens dan niet automatisch de conclusie worden verbonden dat *derhalve* sprake is van een facilitation payment. Bovendien blijft staan dat de aanwezigheid van slechts één factor niet voldoende kan zijn om van vervolging af te zien.

Opgemerkt dient nog te worden dat de factoren slechts betrekking hebben op de vervolgingsbeslissing. De aanwijzing zegt dat het instellen van een opsporingsonderzoek nodig kan zijn “*ter beantwoording van de vraag of één of meer van deze factoren een beslissing om niet te vervolgen indiceren.*” Dus juist om een vermoeden te bevestigen of vast te stellen dat sprake is van een feit dat *niet* vervolgd dient te worden, kan het nodig zijn een opsporingsonderzoek in te stellen.

7.3.4 Uitvoering van de Rijksrecherche van de corruptie-aanwijzingen

Naast de aloude specialistische taak van de Rijksrecherche als onderzoeker van ambtelijke corruptie is de organisatie zoals gezegd in 2002 door het College van p-g's aangewezen als bevoegd orgaan voor de opsporing van *buitenlandse* omkoping. Andere opsporingsinstanties kunnen weliswaar, wanneer zij tijdens een ander onderzoek op een vermoeden van buitenlandse omkoping stuiten, ook onderzoek verrichten, maar wanneer nog geen sprake is van een reeds lopend onderzoek, dan is de Rijksrecherche de bij uitstek geschikte instantie die het nieuwe onderzoek voor zijn rekening dient te nemen, aldus het College van p-g's.¹¹⁹ Tegenover de WGB gaf Nederland bovendien als reden voor de bijzondere geschiktheid van de Rijksrecherche dat ‘the regional police would be more interested in regional issues, and would not necessarily have the financial and human resources to deal with complex foreign bribery cases, which often involve the collection of elements abroad.’¹²⁰ Het is ook om deze reden dat geen noemenswaardige training over de aanpak buitenlandse omkoping is gegeven aan de regionale en nationale politiekorpsen, zo verklaarde Nederland aan de WGB. Hiermee haalde Nederland echter wel de geloofwaardigheid onderuit van zijn stellingname dat andere opsporingsinstanties ook geschikt kunnen zijn voor het doen van onderzoek naar buitenlandse omkoping.

Het belasten in 2002 van de Rijksrecherche met de opsporing van buitenlandse omkoping is een bijzondere beslissing geweest. De Rijksrecherche bezat op dat moment van alle Nederlandse opsporingsdiensten onomstotelijk de meeste ervaring en expertise met betrekking tot de opsporing van corruptie en dus ook van

¹¹⁹ *Stcrt.* 2002, 206, p. 2.

¹²⁰ OECD Phase 2 report on the Netherlands, onder punt 118, p. 35.

omkoping. Dat betrof voornamelijk ambtelijke corruptie en dan voornamelijk de misdrijven die in dat kader gepleegd werden door ambtenaren. De Rijksrecherche richt zich immers van oudsher onderzoek “*op de opsporing van door (semi)-overheidsfunctionarissen gepleegde misdrijven*”, zo is in iedere Aanwijzing taken en inzet Rijksrecherche opnieuw te lezen.¹²¹ Ambtelijke omkoping valt daar uiteraard ook onder, maar dan wel vooral het deel van de omkoping dat de strafbare gedraging van de ambtenaar betreft. Steeds is de focus de (mogelijke) inbreuk op de integriteit van de overheid.

Bij de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping, zoals die voorgestaan wordt door de OECD, is het niet in de eerste plaats de integriteit van overheden die beschermd dient te worden, maar de integriteit van de internationale zakelijke markt. Volgens de doelstellingen van de OECD is de bestrijding van buitenlandse omkoping een onderdeel van de bestrijding van oneerlijke mededinging en dus van competitievervalsing. Voor de opsporing van deze vorm criminaliteit is derhalve financiële expertise en kennis van de internationale markt een vereiste. Daarvan kon in 2002 niet zonder meer gesteld worden dat de Rijksrecherche die in ruime mate bezat.¹²² Inmiddels is aan de ontwikkeling van die kennis en expertise wel gewerkt, door de uitbreiding van financiële expertise en door samenwerkingen aan te gaan met andere opsporingsdiensten, zoals de FIOD-ECD. Hieronder wordt hier nog op teruggekomen.

Een andere reden die de keuze voor Rijksrecherche mijns inziens bijzonder maakt, is de volgende. De Rijksrecherche is een bijzondere opsporingsdienst. Het bijzondere van de Rijksrecherche is haar onafhankelijkheid. De dienst is weliswaar onderdeel van de overheid, maar is zodanig gepositioneerd (uitsluitend onder de verantwoordelijkheid van het College van p-g's) dat die onafhankelijkheid van de overheid gewaarborgd blijft. Dat maakt deze organisatie bij uitstek geschikt voor het verrichten van onderzoek in gevoelige zaken en zaken waarin iedere schijn van belangenverstrengeling en partijdigheid vermeden moet worden. Dit speelt bij zaken waarbij ((semi-)ambtenaren van) Nederlandse overheidsorganisaties voorwerp van onderzoek zijn en de integriteit van de Nederlandse overheid in het geding is.

¹²¹ Ook op de website van de Rijksrecherche prijkt op de thuispagina: “Rijksrecherche-onderzoeken richten zich primair op *opsporingsonderzoeken tegen (semi)-overheidsfunctionarissen (ambtenaren) die verdacht worden van strafbare gedragingen (misdrijven)* (cursief van mij, GS), waarbij de integriteit van de rechtspleging en/of die van het openbaar bestuur (de overheid) in het geding is.”

Zie <www.om.nl/organisatie/rijksrecherche>.

¹²² Zie ook J. van Zijl & W.J. Veldhuis, ‘Buitenlandse corruptie: een binnenlandse zaak. De theorie en de weerbarstigste praktijk van de aanpak van buitenlandse corruptie’, *Strafblad* 2009, 1 (nr. 001), p. 56.

De vraag die gesteld kan worden is of de toch al schaarse capaciteit van de Rijksrecherche nu wel ingezet moet worden voor het opsporen van buitenlandse omkoping. Bij buitenlandse omkoping is de integriteit van de Nederlandse overheid niet in het geding. Het onderzoek richt zich dan (wat Nederland betreft)¹²³ ook niet op Nederlandse ambtenaren, maar op de actieve (Nederlandse) omkoper. De bijzondere onafhankelijke positie van de Rijksrecherche is daarvoor niet vereist.

Ondanks bovengenoemde bedenkingen is het een feit dat de Rijksrecherche nu eenmaal wél is aangewezen als verantwoordelijke instantie voor de opsporing van buitenlandse omkoping. Deze nieuwe taak is dan ook opgenomen en verwerkt in het Beleidsplan Rijksrecherche 2003 – 2007¹²⁴ van de Rijksrecherche. In dit plan zijn dertig beleidsdoelen geformuleerd, waarvan twee relevant zijn voor de aanpak van buitenlandse omkoping.

In het plan stelde de Rijksrecherche zich tot doel om “op het gebied van de buitenlandse corruptie, een betrekkelijk nieuw onderzoeksterrein voor de Rijksrecherche” een plan van aanpak en een afzonderlijke criminaliteitsbeeldanalyse te ontwikkelen, in te vullen en actueel te houden, teneinde tot een goede selectie van zaken te komen.¹²⁵ Hiermee beoogde de Rijksrecherche minder aangifte gevoelig te worden en meer proactief.¹²⁶ Daarmee zou de Rijksrecherche niet langer slechts een ‘brenginstantie’ zijn, maar een organisatie worden die actief informatie ‘binnenhaalt’.

Voor effectieve bestrijding van omkoping is dit een belangrijke voorwaarde. Omkoping is een vorm van wat genoemd wordt ‘haalcriminaliteit’, hetgeen wordt onderscheiden van ‘brengcriminaliteit’. Bij brengcriminaliteit vindt opsporing plaats naar aanleiding van een aangifte (bijvoorbeeld van diefstal) of naar aanleiding van een omstandigheid waar niemand omheen kan (zoals het vinden van een lijk met meerdere schotwonden onvermijdelijk een vermoeden van moord of doodslag met zich meebrengt). Brengcriminaliteit wordt naar de politie gebracht, waarna een onderzoek kan worden gestart. De politie is in eerste instantie passief en krijgt een zaak in de schoot geworpen.

Bij haalcriminaliteit is dit anders. Zoals hiervoor duidelijk werd, bereiken signalen de opsporingsinstanties niet vanzelf. Haalcriminaliteit vergt autonome, (pro)actieve inspanningen van de opsporende instanties. Daarbij moet gedacht worden aan het doen van al dan niet gerichte controles of het gericht inwinnen van informatie en die vervolgens verzamelen, veredelen en analyseren. Door middel van dergelijke

¹²³ Het onderzoek naar de strafbare gedraging van de buitenlandse ambtenaar zal uiteraard wel onderdeel vormen van het Nederlandse onderzoek, maar aangezien de buitenlandse ambtenaar die in het buitenland is omgekocht niet kan worden vervolgd in Nederland zal het zwaartepunt van het Nederlandse onderzoek niet bij hem liggen.

¹²⁴ Vastgesteld door het College van p-g's op 17 december 2002.

¹²⁵ Beleidsdoel 6, p. 16 van bedoeld beleidsplan.

¹²⁶ Beleidsdoel 8, p. 16 van bedoeld beleidsplan.

informatiegestuurde opsporing kunnen gegevens die op zichzelf geen aanleiding voor een strafrechtelijk onderzoek vormen, in samenhang met andere (veredelde en geanalyseerde) gegevens wel degelijk een grondslag voor een verdenking vormen, of ten minste reden geven voor het doen van nader onderzoek.

Belangrijke informatie voor de criminaliteitsbeeldanalyse van buitenlandse corruptie zou door de Criminele Inlichtingen Eenheid van de Rijksrecherche gaan worden geleverd. “Door middel van contacten met buitenlandse opsporingsdiensten (OLAF, de fraudebestrijdingsdienst van de EU in Brussel, het BKA in Wiesbaden, de MPS Londen, Interpol Lyon, KLPD liaisons in Oost-Europa, etc.) en door middel van contacten met het bedrijfsleven (bijvoorbeeld de internationale ‘Chamber of Commerce’) zal getracht worden enig beeld te krijgen van strafbaar niet-integer handelen van Nederlandse bedrijven in de richting van buitenlandse ambtenaren,” aldus het Beleidsplan ter onderbouwing van de doelstelling tot meer proactiviteit.

7.3.4.1 Project Buitenlandse corruptie

Als onderdeel van de uitvoering van bovengenoemd beleidsplan is in 2004 binnen de Rijksrecherche gestart met het Project Buitenlandse corruptie. Doel van dit project was “enig beeld te krijgen van strafbaar niet-integer handelen van Nederlandse bedrijven in de richting van buitenlandse ambtenaren”¹²⁷ en uiteindelijk “door middel van gerichte inzet mogelijk strafbare feiten te ontdekken en te onderzoeken”.¹²⁸ Een projectteam werd hiertoe belast met een drietal opdrachten, te weten “het opzetten van een landendatabank, het draaien van een pilot-onderzoek in het buitenland en het verwerven van nationale en internationale bekendheid”.¹²⁹

In het pilot-onderzoek is samengewerkt met Roemenië en is in het bijzonder gekeken naar de sector Bouw- en Infrastructuur. De processen waar Nederlandse bedrijven mee te maken krijgen indien zij zich willen vestigen of zaken willen doen in Roemenië werden bestudeerd met het doel “corruptiegevoelige elementen binnen die processen te detecteren”¹³⁰, waarna mogelijk strafrechtelijk onderzoek zou kunnen volgen. In haar jaarberichten van 2006 en 2007 spreekt de Rijksrecherche nog van een stijgende lijn. De pilot en andere samenwerkingen leken hun vruchten af te werpen. Verdenkingen rezen, projectvoorstellen werden opgesteld en aan de CCR voorgelegd en in twee gevallen werd toestemming gegeven voor de start van een strafrechtelijk onderzoek. Het projectteam werd in 2007 zelfs uitgebreid met twee rechers.¹³¹

¹²⁷ Beleidsplan Rijksrecherche 2003-2007, vastgesteld door het College van p-g's op 17 december 2002, p. 16.

¹²⁸ Jaarbericht Rijksrecherche 2004, p. 15.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Jaarbericht Rijksrecherche 2005, p. 7.

¹³¹ Jaarbericht Rijksrecherche 2007, p. 9.

De in 2007 vastgestelde buitenlandaanwijzing noemt nog het bestaan van een ‘Afdeling Buitenlandse Corruptie’ van de Rijksrecherche, waar “informatie [kan] worden gedeponereerd over signalen van buitenlandse corruptie. Deze afdeling beheert en onderhoudt een databank op dit terrein.” Voorts houdt de afdeling zich blijkens de aanwijzing bezig met het analyseren en waar mogelijk veredelen van mogelijk verdachte situaties.

Deze ontwikkelingen leken veelbelovend, maar nadat eind 2007 het Project Buitenlandse corruptie werd beëindigd, bleef het, althans in de jaarberichten van de Rijksrecherche, heel stil met betrekking tot het onderwerp buitenlandse omkoping. Van de resultaten van het project is geen openbaar rapport verschenen. Het evaluatierapport naar aanleiding van de tweede evaluatie van Nederland door de WGB vormt derhalve de enige openbare documentatie van de inspanningen van de Rijksrecherche.

Uit dit rapport blijkt bijvoorbeeld dat de Rijksrecherche had verwacht dat het bedrijfsleven zelf een belangrijke leverancier van informatie zou zijn. Gehoopt werd dat bedrijven aangifte zouden doen tegen hun omkopende concurrenten.¹³² Een rare gedachte is dat niet; de omkopers spelen niet alleen vals bij het commerciële spelletje, ze berokkenen ook schade voor de eerlijke concurrenten die door de omkoping de kans op (winstgevende) opdrachten sterk zien terug lopen. Het bedrijfsleven lijkt echter één blok te vormen, waarin bedrijven niet hun concurrentie willen verlinken. Misschien komt dat omdat alle bedrijven zich weleens schuldig hebben gemaakt aan omkoping, of althans niet met volle zekerheid kunnen zeggen dat zij zich er *niet* schuldig aan gemaakt hebben. Wellicht zijn bedrijven bang dat, wanneer zij een concurrent verlinken, zij ook zelf onderwerp van onderzoek zullen worden. Er is dus genoeg reden om de kaken stijf op elkaar te houden.

Meer informatie blijkt te worden verkregen van ex-werknemers van omkopende bedrijven. Daarbij rijst dan wel meteen de vraag of de aangifte van de ex-werknemer wellicht voortkomt uit wrok jegens zijn ex-werkgever en derhalve hoe betrouwbaar de verklaring van de ex-werknemer is. Het kan echter ook zijn dat de ex-werknemer eerder niets durfde te zeggen omdat hij vreesde dat hij anders zijn baan zou verliezen.

7.3.4.2 **Praktijk na 2007**

Buitenlandse omkoping is per 2008 opgenomen in en onderdeel geworden van de normale bedrijfsvoering van de Rijksrecherche, zo verklaarde de directeur Rijksrecherche mondeling desgevraagd. Het projectteam is ontbonden en slechts wanneer zich een zaak aandient wordt, indien de CCR dit nodig acht, personeel vrijgemaakt om een onderzoek in te stellen. Het projectteam was slechts bedoeld om een aantal

¹³² OECD Phase 2 report on the Netherlands, onder punt 52, p. 17.

jaren te bestaan en in die tijd een eerste inleiding op het onderwerp te verzorgen. Dit lijkt achteraf ook inderdaad de bedoeling te zijn geweest, gezien het beperkte actieplan van het project. De tijdelijkheid van het bestaan van het projectteam komt echter niet naar voren in de rapportage aan de OECD in de Phase 2-evaluatie. De vraag is in hoeverre de WGB daarvan op de hoogte was.

Het Meerjarenbeleidsplan 2008-2012 van de Rijksrecherche rept met vrijwel geen woord meer over het buitenland, laat staan over buitenlandse omkoping. Slechts bij een algemene opmerking over de competentie van de Rijksrecherche komt even het buitenlandaspect aan de orde, maar het blijft bij een opmerking dat de Rijksrecherche bevoegd is in Nederland en slechts via rechtshulpverzoeken buiten Nederland onderzoek kan laten verrichten naar verdachten die onder de Nederlandse rechtsmacht vallen (en andersom).¹³³ Van een 'Afdeling Buitenlandse Corruptie' wordt geheel niet meer gerept.

Met het einde van het Project Buitenlandse Corruptie lijkt de proactiviteit bij de opsporing van buitenlandse omkoping, waar de WGB in zijn evaluatierapport zo op hamerde, te zijn getemperd. Zonder het toewijzen van dit onderwerp aan een vaste persoon of groep personen, lijkt met name de functie van (proactieve) informatievergaring en databeheer ondergeschikt te worden aan het toch al vele (binnenlandse) werk dat de Rijksrecherche op haar niet zo grote bord krijgt.

Positieve ontwikkelingen zijn er gelukkig ook. In 2008 sloot de Rijksrecherche een convenant met de Belastingdienst en de FIOD-ECD (Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst – Economische controledienst) waarin zij afspraken om sneller gegevens uit de wisselen.¹³⁴ Dit zou een nieuwe bron van informatie kunnen opleveren voor de bestrijding van omkoping en zeker ook van buitenlandse omkoping. Door een hechtere samenwerking tussen Rijksrecherche en FIOD-ECD kan de expertise van de eerste met betrekking tot ambtelijke corruptie worden gecombineerd met de expertise van de laatste met betrekking tot fiscale kwesties.

Voorts is in 2008 vanuit het programma 'FinEC'¹³⁵ extra geld (1,2 miljoen euro) aan de Rijksrecherche toebedeeld, waardoor een geleidelijke (in de periode 2008-2012) uitbreiding van de opsporingscapaciteit mogelijk is.¹³⁶ De eerste uitbreiding

¹³³ Meerjarenbeleidsplan Rijksrecherche 2008-2012, opgesteld na een gezamenlijke strategiebepaling door het managementteam en de ondernemingsraad van de Rijksrecherche, p. 8.

¹³⁴ Jaarbericht Rijksrecherche 2008, p. 4.

¹³⁵ Het Programma Financieel-Economische Criminaliteit is gestart in 2008 ter versterking van de aanpak van de financieel-economische criminaliteit. Behalve aan de Rijksrecherche zijn aan verschillende politiekorpsen extra middelen toegekend om zicht op deze vorm van criminaliteit te krijgen en informatie te verzamelen teneinde meer proactieve, informatiegestuurde opsporing te kunnen verrichten.

¹³⁶ Jaarbericht Rijksrecherche 2008, p. 4.

van de personeelsformatie is in 2009 van pas gekomen bij een groot onderzoek naar bouwfraude in Zuid-Nederland en een onderzoek naar aanleiding van een veelbesproken dodelijk schietincident tijdens een grote rel op het strand van Hoek van Holland.

Niet duidelijk is of de capaciteit aangewend is om buitenlandse omkoping proactief op te sporen, zoals dat in het Project Buitenlandse Omkoping als doel was gesteld. Een uitbreiding van de financiële expertise is echter voor de opsporing van alle vormen van corruptie, nu de sporen die corruptiedelicten achterlaten vaak (slechts) van financiële aard zijn, zoals dubbele boekhoudingen, valse facturen en (illegale) geldstromen. De Rijksrecherche had de laatste jaren al vaker de sterk toenemende behoefte aan deze vorm van expertise bij al haar onderzoeken aangekaart.

7.4 Obstakels bij en resultaten van de opsporing van buitenlandse omkoping

De opsporing van omkoping is lastig. Het delict wordt omhuld door schimmigheid, een aanwijsbaar slachtoffer ontbreekt vaak en beide betrokken partijen hebben belang bij geheimhouding. Bij buitenlandse omkoping komen daarbij nog de complicerende factoren die strafrechtelijk onderzoek in het buitenland – bovendien naar gedragingen waarbij overheidsdienaren van het betreffende land zijn betrokken – met zich meebrengen.¹³⁷

Het ontbreken van zichtbaar resultaat van de Nederlandse bestrijding van buitenlandse omkoping kan echter niet slechts worden toegerekend aan de schimmigheid van het delict. Nederland heeft een aanzienlijk aandeel in de wereldexport,¹³⁸ hetgeen betekent dat veel Nederlandse bedrijven in het buitenland actief zijn. Dit brengt met zich mee dat er onvermijdelijk ook Nederlandse bedrijven zijn die zich schuldig maken aan de omkoping van buitenlandse ambtenaren, zij het wellicht slechts een klein percentage van het totale aantal in het buitenland opererende bedrijven. Vervolgingen van Nederlandse bedrijven die *in Nederland* een Nederlandse ambtenaar hebben omgekocht, hebben wel plaatsgehad. Het is moeilijk voor te stellen dat bedrijven zich in het buitenland beter aan de regels houden dan in Nederland zelf.

Omringende landen en landen met een vergelijkbaar aandeel in de wereldexport tonen over het algemeen een groter aantal vervolgingen wegens buitenlandse omkoping. Dit blijkt uit rapporten die de non-gouvernementele organisatie Transpa-

¹³⁷ Fijnaut constateerde in 1994 dat de internationale samenwerking van politie en justitie bij de opsporing van corruptie belemmerd wordt juist door corruptie. C. Fijnaut, 'Internationale politiesamenwerking en corruptie', *NJB* 1994, p. 1583-1584.

¹³⁸ Het Nederlandse aandeel is de afgelopen jaren gedaald, maar is altijd meer dan 3 procent geweest.

rency International (TI) sinds 2005 jaarlijks publiceert met betrekking tot de voortgang van de naleving door partijstaten van de verplichtingen uit het OECD-corruptieverdrag.¹³⁹ Door jaarlijks de inspanningen van deze partijstaten naast elkaar te zetten, wordt zichtbaar welke staten veel en welke staten weinig ondernemen tegen corruptie. Zo tracht TI de staten te stimuleren de bestrijding van corruptie voort te zetten of op te pakken. Nederland komt er in de rapporten van TI niet geheel positief vanaf.¹⁴⁰ Getalsmatig (in aantallen vervolgingen en veroordelingen) blijft het achter bij andere, vergelijkbare¹⁴¹ landen.

TI noemt een aantal punten waarop de Nederlandse (straf)regelgeving tekortkomingen vertoont (zoals de geringe strafrechtelijke sancties die aan rechtspersonen kunnen worden opgelegd en het ontbreken van voldoende bescherming voor klokkenluiders), maar ook wordt gewezen op de mogelijk minder juiste toedeling van de 'buitenlandse corruptie'-portefeuille aan de Rijksrecherche.¹⁴²

Dat Nederland (uiteraard) niet de enige partijstaat bij het OECD-corruptieverdrag is die moeite heeft met de internationale verplichtingen, blijkt behalve uit de rapporten van TI tevens uit de overzichten die de OECD Working Group on Bribery sinds 2009 in zijn jaarverslag opneemt. De overzichten geven het aantal berechtingen in de partijstaten bij het OECD-corruptieverdrag sinds de inwerkingtreding van het verdrag weer.¹⁴³ Onderscheiden wordt tussen berechtingen die tot een veroordeling hebben geleid en berechtingen die tot een vrijspraak (of ontslag van rechtsvervolging) hebben geleid. Van de negen partijstaten met een aandeel in de wereldexport van 2,5% of meer (het Nederlandse aandeel in 2009 was 3,6%)¹⁴⁴ was Nederland het enige land dat geen enkele berechting wegens buitenlandse omkoping had weten te melden over de periode 1999-2009. In het jaarverslag van de WGB over 2010 kon eindelijk een eerste Nederlandse berechting worden gemeld. Weliswaar ging het om een zaak waarin de omkoping slechts 'bijzaak' was – het ging in de

¹³⁹ TI Progress Report on Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, te raadplegen via <www.transparency.org/publications>.

¹⁴⁰ Nederland behoort tot de groep landen met een middelmatige handhaving ('moderate enforcement') van de OECD-corruptieregelgeving.

¹⁴¹ Die vergelijkbaarheid moet gezocht worden op punten als het welvaartsniveau, lidmaatschap bij anticorruptieverdragen en aandeel in wereldexport.

¹⁴² F. Heimann, G. Dell & K. McCarthy, *Progress Report 2011. Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Berlijn: Transparency International 2011, p. 55, te raadplegen via <www.transparency.org/publications>.

¹⁴³ OECD Working Group on Bribery, *Annual Report 2009*, Parijs: OECD Publishing 2010, p. 25-31 en OECD Working Group on Bribery, *Annual Report 2010*, Parijs: OECD Publishing 2011, p. 14-19.

¹⁴⁴ In 2011 was dit overigens gedaald tot 3,1% (ontleend aan OECD Economic Outlook No. 90, december 2011, te raadplegen via <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=EO90_INTERNET>).

hoofdzaak om een drugsfeit – en bovendien was die geëindigd in een vrijspraak, maar dit was voor het eerst in de geschiedenis dat een verdenking van buitenlandse omkoping voor de Nederlandse rechter was gebracht.¹⁴⁵

Door het minimale aantal Nederlandse vervolgingen wegens buitenlandse omkoping is een beeld ontstaan dat Nederland faalt bij de bestrijding van buitenlandse omkoping of dat de aandacht voor het onderwerp is verslapt. Deels is die kritiek terecht en dit onderzoek draagt zelfs enigszins bij aan die kritiek. De conclusie dat Nederland faalt bij de bestrijding van buitenlandse omkoping op basis van (slechts) een vergelijking van de Nederlandse vervolgingscijfers met die van het buitenland is echter niet geheel betrouwbaar. Een weergave van de vervolgingscijfers geeft geen volledig beeld van het (gebrek aan) succes van de bestrijding van buitenlandse omkoping. De slechte notering van Nederland op bovengenoemde lijst wordt versterkt door ten minste twee redenen.

Ten eerste is het vrijwel ontbreken van Nederlandse vrijspraken (waarschijnlijk) voor een deel toe te schrijven aan het opportuniteitsbeginsel dat in Nederland de vervolgingsbeslissing beheerst. Een zaak met minimale kans van slagen komt derhalve in Nederland vrijwel nooit op zitting. Het is niet voor niets dat Duitsland in het genoemde overzicht van de WGB veruit de meeste vrijspraken weet te melden. Duitsland kent immers het legaliteitsbeginsel, dat er voor zorgt dat veel meer zaken ter zitting moeten worden aangebracht. Daaronder zouden zich ook zaken kunnen bevinden die zo weinig kans van slagen hebben, dat ze in Nederland nooit tot een terechtzitting zouden hebben geleid. In de Nederlandse cijfers ontbreken derhalve dergelijke zaken.

Een andere reden voor de achterblijvende Nederlandse score met betrekking tot het aantal ‘cases’ van buitenlandse omkoping, zoals die in de rapporten van TI worden vergeleken van land tot land, is wellicht te vinden in de betekenis van ‘case’. De door TI gehanteerde definitie van ‘case’ pakt mogelijk nadelig uit voor Nederland. Onder cases worden begrepen ‘prosecutions’ en ‘judicial investigations’. Met name deze laatste vorm komt in Nederland niet vaak voor omdat in Nederland dergelijk onderzoek plaatsvindt in het voorbereidend onderzoek, hetgeen niet onder leiding van een (onderzoeks-)rechter maar van een officier van justitie geschiedt. Een soortgelijke zaak zou in bijvoorbeeld België of het Verenigd Koninkrijk wel de status van judicial investigation krijgen en daarmee de status van ‘case’, terwijl dezelfde Nederlandse zaak blijft hangen in ‘investigation’ (niet zijnde een judicial investigation).

Wat hier echter ook van zij, feit blijft dat Nederland slechts één berechting en nog geen enkele veroordeling wegens buitenlandse omkoping heeft weten te melden in

¹⁴⁵ Het vonnis in deze zaak is niet gepubliceerd.

de meer dan tien jaar dat deze gedraging strafbaar is.¹⁴⁶ Het lijken uiteindelijk voornamelijk de veroordelingen te zijn waar landen op worden afgerekend, getuige de rapporten van TI en de overzichten die de WGB publiceert. Reeds om die reden zijn meer Nederlandse vervolgingen van buitenlandse omkoping zeer welkom.

7.5 De wil tot handhaving

De vrijheid van officieren van justitie bij het aanwenden van het opportuniteitsbeginsel wordt gereguleerd door aanwijzingen van hogerehand, zoals de hiervoor besproken binnenland- en buitenlandaanwijzing. Als over de ‘wil tot handhaving’ wordt gesproken, moet dus niet in de eerste plaats gedacht worden aan de wil van de individuele officier van justitie. Hij is weliswaar verantwoordelijk voor de beslissing om naar aanleiding van een bepaald vermoeden een opsporingsonderzoek te starten en eventueel daaropvolgend een vervolging in te stellen, maar is daarbij gebonden aan aanwijzingen waarin richtlijnen worden gegeven over wat als opportuun moet worden beschouwd en wat niet.

De hogere macht die de aanwijzingen geeft is in het geval van Nederland een politiek persoon, namelijk de Minister van Justitie. Hoewel wettelijk gezien een afstand is gecreëerd tussen de Minister en het OM, heeft de Minister – zij het via het College van p-g’s – wel degelijk invloed op het (algemene) vervolgingsbeleid van het OM.¹⁴⁷ De punten waarop het OM zijn aandacht dient te richten worden (deels) op deze wijze bepaald. Hierdoor worden opportuniteitsafwegingen derhalve onvermijdelijk voor een niet onbelangrijk deel beïnvloed door de mate van politieke belangstelling voor een bepaald onderwerp. De politieke belangstelling uit zich bovendien ook in de verdeling van de budgetten. Het politieke belang bij de bestrijding van buitenlandse omkoping lijkt tot op heden niet zodanig dat daadwerkelijk hier toe wordt aangemoedigd.

Zoals eerder aangegeven doet Nederland het in vergelijking met andere partijstaten bij het OECD-corruptieverdrag wat betreft resultaat middelmatig,¹⁴⁸ maar dankzij

¹⁴⁶ En dat terwijl de Minister van Justitie in de memorie van toelichting bij de wetsherziening van 2001 nog opmerkte dat de werklust van de rechtbanken, de gerechtshoven en het Openbaar Ministerie naar verwachting enigermate zou gaan toenemen, “vooral vanwege de uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht”. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 10.

¹⁴⁷ Op grond van artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie kan de Minister van Justitie “algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie”. Artikel 128 kent het College van p-g’s hierin een adviserende rol toe.

¹⁴⁸ Zo bleek ook weer uit het rapport van Transparency International uit 2011 over de handhaving van het OECD-corruptieverdrag,

schandalen in andere landen, zoals de BAE-affaire in Groot-Brittannië, blijft het gebrek aan Nederlands resultaat voornamelijk buiten beeld. Daardoor wordt de Nederlandse regering ook niet aangemoedigd om de strafrechtelijke aanpak van buitenlandse omkoping aan te scherpen.

“Door een gebrek aan politieke wil bij de regering dreigt er een cultuur van straffeloosheid te ontstaan t.a.v. gevallen van corruptie”, zo uitte de Minister voor Ontwikkelingssamenwerking in 2005 haar zorg met betrekking tot de aanpak van corruptie door de regering van partnerland Oeganda.¹⁴⁹ Dit geldt echter evengoed voor westerse regeringen ten aanzien van *buitenlandse* omkoping. Door een gebrek aan politieke wil tot de bestrijding daarvan kan in de rijke landen een cultuur van straffeloosheid ontstaan ten aanzien van buitenlandse omkoping. Zonder een aanhoudend actieve houding van westerse overheden ten aanzien van de (strafrechtelijke) bestrijding van buitenlandse omkoping zal de zorg van de in die westerse landen gevestigde multinationale ondernemingen ten aanzien van het vermijden van buitenlandse omkoping verzwakken.

Wellicht is in Nederland nog steeds de leidende gedachte dat, zolang het land hoog scoort in corruptieperceptie-lijsten als die van Transparency International en dus het algemene beeld is dat in Nederland weinig corruptie voorkomt, er geen noodzaak is om werkelijke stappen te nemen.

Wanneer Nederlandse corruptiezaken in de openbaarheid komen, dan kan dat (aanvankelijk) een negatieve invloed hebben op de perceptie van het niveau van corruptie, waardoor Nederland daalt op die ‘ranglijsten’ (de Bouwfraude zorgde voor een tijdelijke (lichte) daling van Nederland op de ranglijst van meest integere landen van TI). De bestrijding van corruptie lijkt dan een omgekeerd effect te hebben. Het openen van beerputten kan weliswaar op lange termijn de integriteit bevorderen, maar de perceptie van het integriteitsniveau (en dat is wat TI meet) op kortere termijn loopt schade op. Dit geldt des te meer voor *internationale* corruptiezaken, met de bijbehorende *internationale* aandacht.

Het lijkt aantrekkelijk om het risico van negatieve aandacht te vermijden door mogelijke corruptiemisdrijven niet aan te pakken en de beerputten vooral maar gesloten te laten. In Nederland blijft het corruptiepeil in vergelijking met veel andere landen toch wel laag. Als dan die paar corruptiezaken per jaar niet worden aangepakt, is dat geen ramp en bovendien lijkt het dan juist alsof er geheel geen corruptie voorkomt. Door het negeren van signalen van corruptie kan dan het beeld van een integer Nederland in stand blijven.

zie <<http://transparency.org/content/download/61106/978536>>. Zie over deze rapportages hiervoor paragrafen 4.9 en 7.4.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2004-05, 29 800 V, nr. 93, p. 2.

Inmiddels wordt echter duidelijk dat de minimale dreiging van vervolging in Nederland de aandacht van bedrijven voor het voorkomen van corruptie doet verslapen.¹⁵⁰ Hierdoor lijkt het onvermijdelijk dat het aantal gevallen van corruptie niet zal afnemen. Het risico dat Nederlandse bedrijven in andere landen worden verdacht van omkoping neemt daardoor zelfs toe. Een betere oplossing zou derhalve zijn de signalen van mogelijke corruptie juist grondig aan te pakken, opdat een signaal wordt afgegeven dat omkoping en corruptie werkelijk niet getolereerd worden.

7.6 Mogelijke verbeteringen in samenwerking

7.6.1 Financieel en fiscaal onderzoek: meer geïntegreerde aanpak door Rijksrecherche en FIOD-ECD

In het voorgaande is gebleken dat de sporen die buitenlandse omkoping in Nederland achterlaat hooguit financiële sporen zijn. De Rijksrecherche ontwikkelt weliswaar steeds meer expertise in het financieel onderzoeken, maar een dienst als de FIOD-ECD heeft deze expertise reeds langer in huis en heeft bovendien veel meer opsporingscapaciteit dan de compacte organisatie van de Rijksrecherche.¹⁵¹ Het is daarom zonde van de tijd en de middelen om zelf het wiel nogmaals uit te vinden. De samenwerking van de FIOD-ECD met de Rijksrecherche zou gemakkelijker gaan wanneer ook op coördinerend en leidinggevend niveau wordt samengewerkt. De Rijksrecherche valt zoals gezegd onder de verantwoordelijkheid van de landelijk corruptieofficier, die is verbonden aan het Landelijk Parket. De FIOD-ECD daarentegen staat voor wat betreft de opsporing onder leiding van officieren van justitie van het Functioneel Parket. Hierboven werd duidelijk dat beide parketten weliswaar over hun eigen expertises beschikken, maar dat wel degelijk een zekere overlap

¹⁵⁰ De European Fraud Survey, waarmee accountantskantoor Ernst & Young sinds 2006 jaarlijks de perceptie van werknemers ten aanzien van fraude en corruptie en hoe het management daarmee omgaat in kaart brengt, laat in 2011 een verminderde aandacht van bedrijven zien voor de voorkoming en bestrijding van corruptie. De survey is te raadplegen via www.ey.com/NL/nl/Newsroom/News-releases/PR_Nederlandse-bedrijven-treffen-ontoereikende-maatregelen-tegen-fraude-en-corruptie_180511.

¹⁵¹ De FIOD-ECD krijgt wel omkopingsonderzoeken op bepaalde gebieden toebedeeld. Dit blijkt ook uit een in 2010 verschenen rapport van de Rijksrecherche, waarin wordt geconstateerd dat “omkoping op het gebied van belastingheffing, grensbewaking en uitvoering van de sociale zekerheid [...] eerder aan het licht [zal] komen bij de bijzondere opsporingsdiensten FIOD-ECD en SIOD” (Rijksrechercherapport ‘Niet voor persoonlijk gebruik. Omkoping van ambtenaren in de civiele openbare sector’, Rijksrecherche 2010, p. 6, noot 2). De inmenging van de Rijksrecherche op deze gebieden is dan ook niet wenselijk.

bestaat. Meer samenwerking van de landelijk corruptieofficier met het Functioneel Parket zou een uitwisseling van gegevens en informatie gemakkelijker maken.¹⁵²

Het delict van buitenlandse omkoping zou voor wat betreft de gedraging van de omkopende ondernemer kunnen worden beschouwd als slechts concurrentievervalsing, dat wellicht niet dringend om een strafrechtelijke afdoening vraagt. In deze optiek zou met een bestuursrechtelijke afdoening kunnen worden volstaan. Ik ben echter van mening dat de morele verwerpelijkheid van de omkoping van ambtenaren een strafrechtelijke aanpak ervan wenselijk maakt. Dit geldt evenzeer voor buitenlandse omkoping.

Wel zou die strafrechtelijke aanpak meer kunnen worden ondersteund door administratiefrechtelijke procedures (bijvoorbeeld van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)), al was het maar omdat via die weg vaak meer geld kan worden ontgenomen van wetsovertreders. Ondanks de verhoging van de strafrechtelijke geldboetecategorieën en ondanks de mogelijkheid van cumulatie van geldboetes, blijft de strafrechtelijke afdoening namelijk tekortschieten in de mogelijkheid rechtspersonen daadwerkelijk te straffen voor gepleegde misdrijven in het algemeen.¹⁵³

De hiervoor genoemde samenwerking heeft overigens pas zin wanneer daadwerkelijk wordt gedetecteerd en opgespoord. Ook bij de detectie en opsporing kan de politie proactiever te werk gaan door actievere samenwerking met andere overheidsorganen. In de aanpak van financieel-economische criminaliteit wordt al langer met een dergelijke geïntegreerde aanpak gewerkt. In paragraaf 6.4.2.2 kwam de zogenoemde ‘cabrio-methode’ aan de orde, waarbij geconstateerd vermogen het startpunt vormt van een onderzoek op grond van een vermoeden van witwassen. De methode is inmiddels verankerd in het Programma Financieel-Economische Criminaliteit (FinEC) dat de Board Opsporing van de Raad van Hoofdcommissarissen van politie in 2008 introduceerde. Ook corruptiebestrijding is meegenomen in de doelstelling van dit programma.

¹⁵² Vlak voor sluiting van dit manuscript verscheen op de website van het OM een persbericht waaruit bleek dat de samenwerking inmiddels vorm lijkt te krijgen. Na een melding van de Wereldbank dat een Nederlandse im- en exportfirma een voormalig consultant van de Wereldbank en één of meer ambtenaren in Oost-Timor zou hebben omgekocht, werkte de Rijksrecherche samen met de Belastingdienst en met de ‘overseas anti-corruption unit’ van Londense politie (bericht van 25 oktober 2011, <www.om.nl/@157569/bedrijf-verdacht/>).

¹⁵³ Een bijkomende straf die een rechtspersoon wellicht meer zou kunnen ‘raken’, is de openbaarmaking van de veroordeling. Deze in artikel 36 Sr neergelegde straf kan echter niet opgelegd worden bij een veroordeling wegens ambtelijke omkoping. Bij veroordeling wegens niet-ambtelijke omkoping is dit vreemd genoeg wel mogelijk, op grond van artikel 328ter jo. artikel 339 Sr. Zie ook D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Deze aanpak zou kunnen worden ingezet bij de bestrijding van passieve omkoping, maar dan alleen wanneer de omgekochte persoon in Nederland verblijft. Voor de bestrijding van buitenlandse omkoping biedt het echter geen soelaas, nu de begunstigde buitenlandse ambtenaar in die gevallen veelal in het buitenland verblijft. De cabrio-methode werkt niet zonder meer als de vermogensverrijking *slechts* in het buitenland plaatsvindt. In dat geval is men afhankelijk van de informatie over vermogenstoename van een buitenlandse ambtenaar die door buitenlandse opsporingsdiensten wordt doorgespeeld.

7.6.2 Samenwerking met private sector

Samenwerking met bedrijfsleven

De Nederlandse strafrechtelijke bestrijding van omkoping in het buitenland richt zich (uiteindelijk) slechts op het gedrag van Nederlandse (actieve) omkopers. De buitenlandse ambtenaar is immers, zoals besproken in hoofdstuk vijf, in de meeste gevallen niet vervolgbaar in Nederland. Bovendien zullen het voornamelijk de grotere, in het buitenland opererende Nederlandse bedrijven zijn die potentieel onderwerp van onderzoek zijn. Aangezien zij over het algemeen over een groter vermogen beschikken, zullen zij eerder in staat zijn de grote omkoopsommen te betalen die onder ‘grand corruption’¹⁵⁴ geschaard kunnen worden. De corrupte betalingen die individuele personen in het buitenland doen, zullen in de meeste gevallen buiten het aandachtsveld van de Nederlandse opsporingsdiensten vallen.

Nu de opsporing dus voornamelijk gericht zal moeten worden op Nederlandse ondernemers, zou een samenwerking of kennisuitwisseling met de private sector een waardevolle bron van informatie kunnen zijn voor de opsporingsdiensten. Integere bedrijven – ervan uitgaande dat die de grote meerderheid van het bedrijfsleven vormen – hebben er immers ook belang bij dat andere bedrijven (hun concurrenten) niet door omkoping de buitenlandse overheidsopdrachten weggapen.

Tijdens zijn eerste evaluatieronde merkte de GRECO op dat de samenwerking tussen enerzijds het Openbaar Ministerie, de politie, de Rijksrecherche en de FIOD-ECD en anderzijds de private sector te wensen overliet. Het was de GRECO tijdens zijn bezoek aan Nederland in augustus 2002 gebleken dat het bedrijfsleven weinig vertrouwen had in de bekwaamheid van de Nederlandse politie en justitie om corruptie en andere economische criminaliteit effectief te bestrijden. Steeds vaker werd daarom een toevlucht genomen tot forensische accountants, die in opdracht van bedrijven bepaalde vermoedens van misstanden, maar ook van strafbare feiten binnen de gelederen van die bedrijven onderzochten. Volgens de GRECO ontstond daardoor het risico dat niet slechts private corruptie, maar ook gevallen van corruptie waarbij ambtenaren betrokken waren buiten de aandacht van de opsporings- en

¹⁵⁴ Hiermee wordt bedoeld op de zwaardere, schadelijkere vormen van corruptie op waarop het OECD-corruptieverdrag primair ziet. Zie hiervoor in paragraaf 3.2.2.3.1.

vervolgingsautoriteiten bleven.¹⁵⁵ Eén van de aanbevelingen van de GRECO luidde dan ook dat de genoemde overheidsdiensten dienden te zorgen voor een “fluid channel of communication with the private sector”.

Het daaropvolgende ‘Compliance Report’ uit 2007 meldde de oprichting eind 2004 van het Platform Corruptiebestrijding onder de auspiciën van het Ministerie van Justitie, dat de functie van communicatiekanaal met de private sector zou moeten gaan vervullen. Het platform werd gevormd door afgevaardigden van een aantal ministeries (behalve Justitie vaak ook Economische Zaken en Binnenlandse Zaken), maar ook van het bedrijfsleven, de universitaire wereld en non-gouvernementele organisaties. Aangezien het platform op het moment van de rapportage nog niet operationeel was (de eerste bijeenkomst stond gepland voor 5 april 2005), moest Nederland na een jaar nogmaals rapporteren over de stand van zaken met betrekking tot dit Platform Corruptiebestrijding.¹⁵⁶ Nederland wist toen te melden dat het platform opgestart was en reeds zes keer bijeengekomen was. De GRECO was onder de indruk, oordeelde dat Nederland naar tevredenheid de aanbeveling had opgevolgd en was vol vertrouwen dat de regelmatige bijeenkomsten van het platform de relatie, de communicatie en het vertrouwen tussen de politie, het OM, de Rijksrecherche en de FIOD-ECD enerzijds en de private sector anderzijds zouden verbeteren.¹⁵⁷

Ook in het ‘Phase 2’-evaluatierapport van de WGB uit 2006 werd het Platform Corruptiebestrijding genoemd als veelbelovend initiatief om de bewustheid in de publieke en de private sector van het bestaan en de kwalijkheid van buitenlandse omkoping te vergroten en strategieën te ontwikkelen voor de bestrijding ervan. Het platform werd in het rapport neergezet als één van de twee wegen waarlangs de bewustheid van het probleem van buitenlandse omkoping verhoogd zou moeten worden. Dit is helaas echter geen goed onderhouden weg gebleken, want in september 2007 kwam het platform voor het laatst bijeen.¹⁵⁸

¹⁵⁵ ‘First Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands’, Straatsburg, 28 maart 2003 (GRECO Eval I Rep (2003) 1E Final), paragraaf 87 en 88.

¹⁵⁶ ‘First Evaluation Round. Compliance Report on the Netherlands’, Straatsburg, 18 maart 2005 (GRECO RC-I (2004) 13E), paragraaf 21-23.

¹⁵⁷ ‘First Evaluation Round. Addendum to the Compliance Report on the Netherlands’, Straatsburg, 21 maart 2007 (GRECO RC-I (2004) 13E Addendum), paragraaf 7.

¹⁵⁸ Slechts sporadisch is nog iets vernomen van het platform. Zo werd in de begroting van het Ministerie van Justitie voor het jaar 2009 gemeld dat ter verwezenlijking van de doelstelling de georganiseerde misdaad, fraude en cybercrime steviger aan te pakken, het Platform Corruptiebestrijding begin april 2009 om te vormen tot Klankbordgroep Corruptiebestrijding (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 2, p. 13). Op de vraag wat het verschil en het voordeel van de klankbordgroep ten opzichte van het platform, volgde een antwoord waaruit blijkt dat er in feite geen verschil is (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 10, p. 14, vraag 39). Bij sluiting van dit manuscript was nog steeds niets concreets ondernomen om het platform of de klankbordgroep nieuw leven in te blazen.

De WGB merkte bij zijn on-site visit aan Nederland in 2006 dat grote ondernemingen juist baat lijken te hebben bij de gegroeide bewustheid van de strafbaarheid van buitenlandse omkoping. Voorts bleken de grote ondernemingen die de WGB sprak veelal een 'zero bribery'-beleid te hebben opgenomen in hun code of conduct dat geen enkele betaling aan ambtenaren toestaat. Ze verbieden derhalve ook facilitation payments en sommige bedrijven hebben dit zelfs expliciet in de code opgenomen.¹⁵⁹ De verklaring van de bedrijven hiervoor is niet dat zij het braafste jongetje van de klas willen zijn, maar dat het gewoonweg eenvoudiger is om de betalingen categoriaal uit te sluiten dan om te proberen definities en drempels vast te stellen die de grens aangeven tussen wat nog wel en wat niet meer kan.¹⁶⁰

Forensische accountants

Behalve samenwerking met het bedrijfsleven zelf zou ook vaker en meer structureel de samenwerking gezocht moeten worden met forensische accountantsbureaus.¹⁶¹ Deze bureaus worden vaak ingehuurd door bedrijven voor het verrichten van interne onderzoeken naar vermoedens van omkoping en ander schadelijk gedrag van werknemers. Daardoor bezitten deze accountants vaak veel expertise die de opsporings- en vervolgingsautoriteiten goed van pas zou kunnen komen. Het delen van deze expertise hoeft er niet toe te leiden dat de accountants interne kwesties van individuele ondernemingen delen met opsporingsinstanties, het gaat te ver om een aangifteplicht te creëren. Het delen van expertise kan reeds nieuwe inzichten geven die de strafrechtelijke opsporing naar vermoedens van buitenlandse omkoping kunnen bevorderen.

Feit blijft wel dat forensische accountants niet of in mindere mate gehinderd worden door de wettelijke regels van strafvordering die de mogelijkheden tot het inzien van documenten en andere gegevens van ondernemingen beperken. Niet alle methoden van 'opsporing' die accountants toepassen zullen derhalve door de opsporingsautoriteiten in gelijke mate kunnen worden aangewend. Bovendien kan ook het feit dat accountants ingehuurd en betaald worden door de bedrijven waarbinnen zij onderzoek verrichten, met zich meebrengen dat (de leiding van) het bedrijf dat ze heeft ingehuurd een meer open houding aanneemt richting die accountants

¹⁵⁹ OECD Phase 2 report on the Netherlands, paragraaf 44, p. 15.

¹⁶⁰ Uit deze opstelling van het bedrijfsleven blijkt mijns inziens eens te meer dat de eerder besproken aanwijzingen voor de opsporing en vervolging van corruptie van het Openbaar Ministerie te ingewikkeld zijn. Als bedrijven kennelijk in staat zijn alle betalingen uit te sluiten, dan is het niet nodig dat het OM toch weer een deel daarvan toestaat.

¹⁶¹ Hiervoor in paragraaf 7.2.1.6 kwam reeds de vergroting van het detectievermogen van accountants die de jaarrekeningen van bedrijven onderzoeken aan de orde en hoe deze accountants zouden kunnen bijdragen aan de bestrijding van omkoping. Hierop wordt echter niet gedoeld met de hier bedoelde samenwerking.

dan het geval is tegenover opsporingsambtenaren. Dit maakt het werk van de accountants wellicht minder goed vergelijkbaar met dat van de opsporingsautoriteiten.

Civil society

De samenwerking met ‘civil society’-organisaties en non-gouvernementele organisaties, zoals het eerdergenoemde Transparency International, kan eveneens waardevol zijn voor de strafrechtelijke bestrijding van buitenlandse omkoping. Behalve dat bij dergelijke organisaties expertise aanwezig is over het onderwerp, kunnen de organisaties ‘gebruikt’ worden om het bedrijfsleven beter te bereiken en zo het besef dat buitenlandse omkoping schadelijk is en de aangiftebereidheid met betrekking tot buitenlandse omkoping vergroten.

7.7 Afsluitende opmerkingen

Het is een illusie om te denken dat het mogelijk is alle omkoping de wereld uit te krijgen. Er zullen altijd mensen en bedrijven bestaan die op oneerlijke, illegale wijze geld willen verdienen. Dat geldt zelfs voor ambtenaren. Het strafrecht kan dat niet voorkomen of volledig uitbannen. *“Een onkreukbare integriteit van de overheid en elk harer dienaren als politiek ideaal is via het strafrecht nimmer te bereiken en moet ook niet het doel van strafrechtelijke rechtshandhaving zijn,”* schrijft Mevis.¹⁶² Die strafrechtelijke rechtshandhaving lijkt echter niet serieus te worden genomen en kan niet serieus worden genomen zolang geen enkele verdenking van buitenlandse omkoping tot vervolging leidt. De afschrikkende rol die het strafrecht bij vermogensdelicten kan spelen, wordt verspeeld wanneer de strafrechtelijke normen niet gehandhaafd (lijken te) worden.

Het bedrijfsleven zal nooit geheel uit zichzelf de wereld (trachten te) verbeteren, hoezeer ook maatschappelijk verantwoorde initiatieven worden ondernomen. Want hoewel bedrijven zich in het eerste decennium van de eenentwintigste eeuw ogenschijnlijk vanuit een goed hart steeds meer inzetten voor maatschappelijk verantwoord en integer ondernemen, leek die aandacht bij het doorzetten van de financiële en economische crisis snel tanende te zijn. Ook het opkomen van bepaalde landen als nieuwe economische grootheden, die – niet geremd door de strenge regels voor eerlijk ondernemen waaraan westerse bedrijven zich dienen te houden – in staat zijn goedkoper te produceren en derhalve de concurrentiestrijd dreigen te

¹⁶² P.A.M. Mevis, ‘Omkoping’, in: H.J.B. Sackers en P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 85.

winnen en de westerse landen voorbijstreven, maken dat de wil in die westerse landen om op eerlijke en integere wijze te handelen onder druk komt te staan.¹⁶³

Commerciële en economische factoren zullen altijd de overhand houden in de besluitvorming van bedrijven. Ondernemingen maken afwegingen van kosten en risico's. De kosten en baten van corrupt gedrag en de kosten en baten van niet-corrupt gedrag worden afgewogen. De kans om gepakt en bestraft te worden en eventuele kosten van schikkingen of geldboetes worden afgewogen tegen de opbrengsten die het illegaal handelen oplevert. De wens tot winstoptimalisering gaat in sommige gevallen zelfs zo ver dat ondernemingen in anticipatie op mogelijke boetes op voorhand fondsen reserveren ter bekostiging daarvan. Het geld voor de te betalen boetes is al apart gezet, zodat het bedrijf de boete niet of nauwelijks 'voelt' wanneer die daadwerkelijk wordt opgelegd. Te vaak zijn bovendien de boetes die de Nederlandse rechter oplegt of kan opleggen slechts een fractie van hetgeen het (jarenlang) overtreden van de regels een onderneming heeft opgeleverd of bespaard.

Het bedrijfsleven zoekt altijd manieren om op een zo goedkoop mogelijke wijze zoveel mogelijk geld te verdienen. Pas wanneer een wereldverbeterende of meer integere manier van handelen een aantrekkelijk, of ten minste een redelijk en concurrerend alternatief voor hen biedt, zullen ondernemers die handelwijze serieus overwegen en zich daar met goede wil voor inzetten. Derhalve dient de optie van het wél omkopen zodanig onaantrekkelijk te worden gemaakt voor bedrijven, dat die andere, integere optie meer voor de hand komt te liggen. De taak op dit punt ligt niet slechts bij de Rijksrecherche en de landelijk officier van justitie voor corruptie. Want alleen actieve handhaving van de strafbaarstelling is niet voldoende om de commerciële sector zo ver te krijgen dat die integer zal handelen. Wanneer de enige stimulans voor normconform handelen moet komen van de strafrechtelijke rechtshandhaving, dan zullen sommige ondernemers blijven gokken op het ongezien blijven van hun wetovertredende gedrag.

Hoewel de internationale aandacht voor corruptiebestrijding niet geheel nieuw meer is, is nog steeds veel te bereiken ten aanzien van de eerste stap in de aanpak van corruptie en dat is de bewustwording en -making van de noodzaak van corruptiebestrijding. Dit geldt niet slechts met betrekking tot het bedrijfsleven, maar ook voor overheden en de gehele bevolking.

¹⁶³ Meer aspecten van maatschappelijk verantwoord ondernemen, zoals milieuvriendelijke productie en de waarborging van mensenrechten, kunnen hierdoor onder druk komen te staan.

Samenvatting

Hoofdstuk 1

Inleiding en vraagstelling

In het inleidende hoofdstuk is het verschijnsel corruptie geïntroduceerd. In de afgelopen decennia is de aandacht voor de bestrijding van corruptie op het internationale toneel aanzienlijk gegroeid. Dat corruptie een verderfelijk fenomeen is dat bestreden moet worden, staat buiten kijf. De term corruptie laat zich echter moeilijk definiëren. Meerdere internationale organisaties hebben een definitie trachten te formuleren, zoals bijvoorbeeld Transparency International, die corruptie definieert als ‘the abuse of entrusted power for private gain’. Deze beschrijving is zeer ruim en omvat een breed spectrum van onintegere gedrag. Om deze reden is de term niet geschikt voor gebruik in het strafrecht. Een strafbaarstelling van ‘corruptie’ zou veel te breed en te weinig concreet zijn. Lang niet al het onintegere gedrag is namelijk strafrechtelijk relevant.

De strafrechtelijke bestrijding van corruptie richt zich derhalve slechts op bepaalde specifieke gedragingen die als corruptie zijn aan te merken. De meest wezenlijke vorm van corruptie die strafbaar is gesteld en die het centrale onderwerp van dit proefschrift vormt, is de omkoping van ambtenaren.

De eerdergenoemde toegenomen aandacht van internationale organisaties is het gevolg van het groeiend besef dat omkoping niet stopt bij de landsgrenzen, maar een grensoverschrijdend probleem is. Vanuit meerdere internationale organisaties zijn daarom verdragen opgesteld die partijstaten dwingen niet alleen binnenlandse omkoping op een bepaalde wijze strafbaar te stellen en te bestrijden, maar ook grensoverschrijdende omkoping aan te pakken. Nederland is partij bij een aantal van deze verdragen en dient zijn wetgeving en handhavingspraktijk derhalve in overeenstemming te hebben gebracht met wat de verdragen eisen.

Dit proefschrift is het resultaat van een onderzoek naar de vraag: *“In hoeverre voldoet Nederland aan de internationale strafrechtelijke standaarden op het gebied van corruptiebestrijding?”* Daarbij is in de hoofdstukken twee tot en met zeven ingegaan op de volgende deelvragen.

- Waarom is buitenlandse omkoping strafbaar en wat zijn de internationale verplichtingen met betrekking tot strafbaarstelling van buitenlandse omkoping?
- Wat zijn de internationale verplichtingen met betrekking tot de handhaving van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping?
- In hoeverre voldoet Nederland aan de internationale verplichtingen met betrekking tot strafbaarstelling van buitenlandse omkoping?

- In hoeverre zijn de Nederlandse inspanningen op het gebied van handhaving van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping in overeenstemming met de internationale verplichtingen en aanbevelingen hieromtrent?
- Zijn er (niet-verplichtende) verdragsbepalingen aan te wijzen die de Nederlandse strafbaarstelling van corrupte gedragingen zouden kunnen verbeteren?

Hoofdstuk 2

Geschiedenis van verdragen tegen buitenlandse omkoping

Het begin van de internationale aandacht voor de bestrijding van omkoping is terug te voeren op het Watergate-schandaal dat begin jaren '70 in de VS speelde en de Amerikaanse president Nixon tot aftreden dwong. Een bijproduct van het onderzoek naar dit schandaal was de ontdekking dat Amerikaanse bedrijven op grote schaal buitenlandse ambtenaren omkochten om opdrachten of, in het algemeen, een gunstigere behandeling te krijgen. Dit leidde tot strafbaarstelling van de omkoping van buitenlandse ambtenaren in de FCPA van 1977. Omdat Amerikaanse bedrijven hierdoor een slechte concurrentiepositie kregen ten opzichte van buitenlandse bedrijven, streefde de VS een internationale equivalent van de FCPA na die ervoor moest zorgen dat de meeste landen de omkoping van buitenlandse ambtenaren strafbaar zouden stellen. Vanaf de jaren '90 was dit succesvol en plaatsten steeds meer internationale organisaties de bestrijding van corruptie op de agenda. Een eerste verplichting tot strafbaarstelling van *buitenlandse* omkoping was opgenomen in de in 1997 aangenomen OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Inmiddels zijn meerdere verdragen tegen corruptie van verschillende organisaties tot stand gekomen, waarvan vooral de verdragen van de OECD, de Europese Unie, de Raad van Europa en de Verenigde Naties van belang zijn voor Nederland. De verdragen overlappen elkaar deels en dit heeft geleid tot een situatie die niet steeds overzichtelijk is.

Hoofdstuk 3

Inhoud van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping

In dit hoofdstuk is ingegaan op de inhoud van de anticorruptieverdragen van de OECD, de Europese Unie, de Raad van Europa en de Verenigde Naties. Hierbij is voor elk verdrag achtereenvolgens aandacht besteed aan de strafbaarstellingen waartoe elk instrument de partijstaten verplicht, de sancties die zij daarop moeten stellen en de rechtsmachtbepalingen in het instrument. Hierdoor is een overzicht ontstaan van de verplichtingen waaraan Nederland als partij bij al die verdragen dient te voldoen.

Hoofdstuk 4

Monitoring en handhaving van verdragen tegen (buitenlandse) omkoping

Door middel van monitoring houden de internationale organisaties toezicht op de naleving door partijstaten van de verplichtingen die ‘hun’ verdragen aan die partijstaten opleggen. De organisaties bieden een orgaan of een forum of beide door middel waarvan staten elkaar controleren. De Working Group on Bribery (WGB) van de OECD is voorlopig het meest succesvol gebleken in het monitoren van de inspanningen die partijstaten verrichten om te voldoen aan de verplichtingen uit het anticorruptieverdrag van de OECD. Maar ook de Group of States against Corruption (GRECO) van de Raad van Europa verricht waardevolle landenevaluaties. In het vierde hoofdstuk van dit proefschrift is ingegaan op de werking van deze monitoringsorganisaties. Monitoringsmechanismen van de Europese Unie en van de Verenigde Naties bevonden zich bij sluiting van dit manuscript nog in de ontwikkelingsfase. In de toekomst zal een land als Nederland, dat partij is bij anticorruptieverdragen van alle vier genoemde organisaties, derhalve door vier verschillende monitoringsmechanismen worden geëvalueerd. Landen die met meerdere organisaties te maken hebben, kunnen hierdoor op bepaalde punten dubbel geëvalueerd worden. Dit gaat gepaard met het risico dat de rapporten van de ene evaluatie afwijken van de andere. Monitoringsmechanismen dienen rekening te houden met elkaar.

Er zullen afspraken moeten worden gemaakt over de status van de verschillende evaluaties ten opzichte van elkaar, anders zullen overheden ofwel de verschillende evaluaties tegen elkaar uitspelen, ofwel zal vanzelf een verhouding in gewicht ontstaan tussen de verschillende evaluaties.

Hoofdstuk 5

Strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping in de Nederlandse wetgeving

In het vijfde hoofdstuk zijn bestanddelen van de Nederlandse strafbaarstelling van ambtelijke omkoping (thans neergelegd in de artikelen 177, 177a, 178, 178a, 362, 363, 364 en 364a Sr) besproken en is ingegaan op de herziening van deze ‘corruptiewetgeving’ in 2001 en de ontwikkelingen nadien. Ik meen dat op bepaalde punten de herziening geen verbetering inhoudt of zelfs de wettekst gecompliceerder maakt. Zo is door de toevoeging van de ‘dienst’ aan de omkopingsmiddelen juist onduidelijker dan voorheen wat onder de oorspronkelijke omkopingsmiddelen ‘gift’ en ‘belofte’ moet worden verstaan.

Voorts is geconstateerd dat de rechtsmachtbepalingen in de artikelen 2 tot en met 6 Sr door de vele invoegingen – die overigens niet alle het gevolg van de implementatie van de corruptieverdragen zijn – een onoverzichtelijk en inconsistent

geheel geworden zijn. Ook is betoogd dat de bijkomende straf van de ontzetting van het kiesrecht zou moeten worden opgedeeld in twee verschillende straffen, namelijk de ontzetting van het actieve kiesrecht en de ontzetting van het passieve kiesrecht. Ik meen dat de ontzetting van het recht om gekozen te worden in een vertegenwoordigend orgaan afzonderlijk moet kunnen worden opgelegd.

Aan het slot van het vijfde hoofdstuk is ingegaan op de omkoping van rechters, die in het Nederlandse recht afzonderlijk strafbaar is gesteld, terwijl de verdragen daartoe niet verplichten. Ook deze strafbaarstellingen zijn in 2001 herzien, maar dat is voornamelijk het gevolg geweest van de wens van de wetgever om de eenheid in de omkopingsbepalingen te handhaven. Er lijkt weinig bijzondere aandacht van de wetgever te zijn geweest voor de omkoping van rechters en daardoor is een aantal knelpunten in de bepalingen niet weggenomen.

Concluderend wordt opgemerkt dat Nederland voor het grootste deel voldoet aan de belangrijkste verplichtingen die vanuit de internationale gemeenschap zijn opgelegd. Wel zou Nederland, om zijn voortrekkersrol in de strijd tegen corruptie waar te maken, nog een aantal wijzigingen kunnen aanbrengen in de regelgeving.

Hoofdstuk 6

Evaluatie van Nederland en hoe het beter kan

Hoofdstuk zes bespreekt de evaluaties van de Nederlandse wetgeving en praktijk door de WGB en de GRECO en de gevolgen die Nederland heeft gegeven aan de aanbevelingen van deze organisaties.

Vervolgens is ingegaan op de verbeteringen van de strafbaarstellingen die mijns inziens zouden moeten worden gemaakt om de bepalingen eenvoudiger en effectiever te maken. Zo wordt voorgesteld de omkopingsmiddelen 'gift, belofte en dienst' te vervangen door 'onbehoorlijk voordeel'. Dit zou ook de kritiek van de WGB op dit punt wegnemen. Naar aanleiding van in hoofdstuk vijf geconstateerde tekortkomingen van de Nederlandse strafbaarstellingen en de aanbevelingen van de WGB en de GRECO hieromtrent, is een voorstel gedaan voor een nieuwe formulering van de bepalingen. Behalve de nieuwe formulering van de omkopingsmiddelen, wordt voorgesteld expliciet in de wettekst op te nemen dat zowel directe als indirecte omkoping strafbaar is. Ook worden de afzonderlijke strafbaarstellingen van omkoping tot een handelen of nalaten in strijd met de plicht en omkoping tot een handelen of nalaten *niet* in strijd met de plicht samengevoegd. De strijdigheid is dan een grond voor strafverzwaring.

Tot slot wordt ingegaan op de strafbaarstelling van ongeoorloofde beïnvloeding en van ongeoorloofde verrijking. Deze zijn niet verplichtend voorgeschreven aan partijstaten van het anticorruptieverdrag van de Raad van Europa en dat van de Verenigde Naties. Met de eerstgenoemde strafbaarstelling zouden ongeoorloofde vormen van lobbyen kunnen worden aangepakt. De tweede strafbaarstelling ziet

op plotselinge significante vermogensstijgingen van ambtenaren waarvoor zij geen verklaring kunnen geven in relatie tot hun rechtmatig inkomen. Hoewel aan het overnemen van een dergelijke strafbaarstelling in de Nederlandse wet meerdere haken en ogen zitten, dient deze niet reeds op voorhand te worden verworpen, zoals Nederland gedaan heeft. Ingegaan is op het Wetboek van Strafrecht van Curaçao, waarin een op deze verdragsbepaling gebaseerde delictsomschrijving wel is opgenomen.

Hoofdstuk 7

Handhaving van de Nederlandse strafbaarstelling van (buitenlandse) omkoping

In het laatste hoofdstuk is ingegaan op de vraag in hoeverre de Nederlandse inspanningen op het gebied van handhaving van de strafbaarstelling van buitenlandse omkoping in overeenstemming zijn met de internationale verplichtingen n aanbevelingen hieromtrent. Vanuit het gegeven dat in Nederland nog nooit een veroordeling wegens buitenlandse omkoping heeft plaatsgevonden, is eerst bezien of voldoende mogelijkheden aanwezig zijn om buitenlandse omkoping te detecteren. De eerste ontdekking of detectie van een mogelijk geval van buitenlandse omkoping geschiedt vaak niet door de opsporingsinstanties, maar door personen en instanties die dichterbij het vuur zitten of die vanwege hun werkzaamheden mogelijke sporen van dit strafbare feit kunnen tegenkomen. In dit kader is ingegaan op de rol van verstrekkers van door de overheid gesteunde exportkredieten, van toezichthouders op ontwikkelingshulp, van ambassades, van de Belastingdienst, van actoren in de witwasbestrijding en van accountants en auditors. Personeel van deze instanties zouden moeten worden opgeleid voor deze detectiefunctie.

Vervolgens is strafrechtelijke rechtshandhaving ten aanzien van het delict van buitenlandse omkoping besproken. Het College van procureurs-generaal heeft een aanwijzing aan het OM opgesteld voor opsporing en vervolging van buitenlandse omkoping die los staat van de aanwijzing over de opsporing en vervolging van binnenlandse omkoping. Beide aanwijzingen noemen een reeks factoren die voor en een reeks factoren die tegen vervolging van een vermoeden van (buitenlandse) omkoping pleiten. Daardoor is eigenlijk altijd wel een aanknopingspunt te vinden om van vervolging af te zien.

Ik meen dat het onterecht is dat de Rijksrecherche een hoofdrol is toebedeeld in de opsporing van buitenlandse omkoping. De Rijksrecherche bezit van oudsher expertise op het gebied van de strafrechtelijke opsporing van ambtsmisdriven, waaronder mede ambtelijke omkoping is begrepen. Bij die onderzoeken staat echter voornamelijk de verwijtbare gedraging van de ambtenaar centraal. De opsporing van buitenlandse omkoping vereist een ander soort expertise die al-

thans bij de toedeling van deze taak aan de Rijksrecherche begin deze eeuw niet aanwezig was bij deze organisatie. Inmiddels is die expertise in zekere mate ontwikkeld binnen de Rijksrecherche, maar de conclusie van dit hoofdstuk luidt desalniettemin dat nog meer de samenwerking dient te worden gezocht zowel met andere opsporingsinstanties, zoals de FIOD-ECD, als met de private sector, waaronder het bedrijfsleven, forensisch accountants en 'civil society'-organisaties moeten worden begrepen.

Summary

Chapter 1 Introduction and Hypothesis

In the introductory chapter the phenomenon of corruption is introduced. In the last few decades the attention to the fight against corruption on the international stage has grown considerably. That corruption is a pernicious phenomenon that must be fought, is beyond dispute. The term corruption, though, is difficult to define. Several international organizations have tried to formulate a definition, such as Transparency International, which defines corruption as “the abuse of entrusted power for private gain”. This description is very broad and includes a wide spectrum of dishonest behaviour. For this reason, the term is not suitable for use in criminal law. A criminalisation of ‘corruption’ would be much too broad and not concrete enough. Nowhere near all dishonest behaviour is criminally relevant.

The criminal fight against corruption therefore focuses only on certain specific behaviours that can be regarded as corruption. The most substantial form of corruption that has been made punishable and that is the central topic of this thesis is the bribery of officials.

The aforementioned increased attention of international organisations was due to the growing realization that bribery does not stop at national borders, but is rather a cross-border problem. Therefore, several international organisations have drawn up treaties that not only force Member States to make domestic bribery punishable in a specific manner and to combat it, but also to tackle cross-border bribery. The Netherlands is party to a number of these treaties and, with regards to their legislation and enforcement, should be in compliance with what is required in these treaties.

This thesis is the result of an investigation into the question: “*to what extent does the Netherlands conform to international criminal standards in the field of corruption?*” Moreover, in chapters two through seven, the following questions are elaborated upon.

- Why is foreign bribery punishable and what are the international requirements relating to the penalization of foreign bribery?
- What are the international requirements concerning the enforcement of the penalization of foreign bribery?
- To what extent does the Netherlands conform to the international requirements relating to the penalization of foreign bribery?
- To what extent are the Dutch efforts in the area of enforcement of the penalization of foreign bribery in accordance with international requirements and recommendations on this matter?

- Are there (non-binding) treaty provisions which could improve the Dutch penalization of corrupt behaviours?

Chapter 2 History of Treaties Against Foreign Bribery

The beginning of the international attention to combating bribery can be traced back to the Watergate scandal in the U.S.A. in the early 1970s, which forced the American president Nixon to resign from office. A by-product of the investigation of this scandal was the discovery that American companies bribed foreign officials on a large scale to get assignments or a more favourable treatment in general. This led to the penalization of the bribery of foreign officials in the FCPA of 1977. As a result, American companies got a bad competitive position relative to foreign companies and the U.S. wanted an international equivalent of the FCPA to ensure that most countries would penalize the bribery of foreign officials. From the 1990s this was successful and more and more international organizations placed the combating of corruption on their agendas. One of the first obligations to penalize foreign bribery was included in the 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions.

In the meantime, multiple conventions against corruption have been established by various organizations, of which the conventions of the OECD, the European Union, the Council of Europe and the United Nations are especially important for the Netherlands. The treaties overlap partly and this has led to a situation that is not always straightforward.

Chapter 3 Content of Conventions Against (Foreign) Bribery

This chapter elaborates on the content of the anti-corruption conventions of the OECD, the European Union, the Council of Europe and the United Nations. For each treaty, successively, attention is paid to the incriminations to which each instrument commits the Member States, the penalties they must set with regards to this and the jurisdiction provisions. In so doing, an overview was created of all the obligations that must be met by the Netherlands as a party to all those treaties.

Chapter 4 Monitoring and Enforcement of Treaties Against (Foreign) Bribery

Through monitoring, the international organisations keep an eye on the compliance of Member States with the commitments that ‘their’ treaties impose on those Member States. The organizations offer a body or a forum or both through which States can monitor each other. The Working Group on Bribery (WGB) of the OECD has, for the time being, proven itself to be the most successful in monitoring the efforts made by Member States to comply with the obligations from

the Anti-Bribery Convention of the OECD. The Group of States against Corruption (GRECO) of the Council of Europe also carries out valuable country evaluations. In the fourth chapter of this dissertation, the functioning of these monitoring organisations is addressed. At the conclusion of this manuscript monitoring mechanisms of the European Union and the United Nations still found themselves in the development phase. In the future, a country like the Netherlands, that is party to the anti-bribery conventions of all four of the aforementioned organizations, will therefore be evaluated by four different monitoring mechanisms. Countries that have to deal with multiple organizations can be evaluated doubly with regards to certain points. This involves the risk that the reports from one evaluation differ from the other. Monitoring mechanisms should take each other into account. Agreements should be reached about the status of the different evaluations relative to each other, otherwise governments will either use the various evaluations against each other, or a hierarchy will naturally arise between the different evaluations.

Chapter 5 Penalization of (Foreign) Bribery in Dutch Legislation

In the fifth chapter constituents of the Dutch penalization of official bribery (now enshrined in articles 177, 177a, 178, 178a, 362, 363, 364 and 364a Sr) is discussed and the revision of this ‘corruption legislation’ in 2001 and subsequent developments are addressed. I believe that at certain points the revision made no improvements or even complicated the legislation drafting. Thus, by the addition of ‘service’ to the bribery resources it has become more uncertain than before what must be understood under the original bribery resources ‘donation’ and ‘promise’.

It is also noted that the jurisdiction provisions in articles 2 to 6 of the Criminal Code because of the many insertions – and not just because of the implementation of the corruption conventions – have become a confusing and inconsistent whole. It is also argued that the additional penalty of the deprivation of the right to vote should be divided into two different penalties, namely the deprivation of active suffrage and the deprivation of passive suffrage. I believe that the deprivation of the right to be elected in a representative body should be able to be imposed separately.

At the conclusion of the fifth chapter the bribery of judges is elaborated upon, which in Dutch law is punishable separately, while the treaties do not obligate States to do so. These penalizations were also revised in 2001 but that was mainly a consequence of the legislator's wish to maintain unity in the anti-bribery provisions. There seems to have been little special attention paid by the legislature to the bribery of judges and thus a number of stumbling points in the provisions were not removed.

In conclusion, it is noted that for the most part the Netherlands meets the most important requirements that have been imposed by the international community. However, in order to realize its pioneering role in the fight against corruption, the Netherlands would have to make a number of changes in the legislation.

Chapter 6 Evaluation of the Netherlands and Possible Improvements

Chapter six examines the evaluations by the WGB and GRECO of the Dutch legislation and practice and the effect that the Netherlands has given to the recommendations of these organizations.

I then elaborate on the improvements of the penalizations that I believe should be made in order to make the provisions easier and more effective. It is thus proposed that the bribery resources, 'donation, promise and service' be replaced by 'undue advantage'. This would also remove the WGB's criticism on this point. In connection with the deficiencies established in chapter five of the Dutch penalizations and the recommendations of the WGB and GRECO, a proposal is made for a new wording of the provisions. Besides the new wording of the bribery resources, it is proposed to explicitly include in the legislative text that both direct and indirect bribery is punishable. The individual penalizations of bribery to an act or omission contrary to duty and bribery to an act or omission not contrary to duty are also merged. Then the contrariety becomes a basis for harsher sentencing.

Finally, the penalization of trading in influence and illicit enrichment are elaborated upon. These are not mandatorily prescribed to member States of the Anti-Bribery Convention of the Council of Europe and that of the United Nations. With the first-mentioned penalization, illicit forms of lobbying can be addressed. The second looks at sudden significant increases of income of officials for which they cannot give any explanation in relation to their lawful income. Although adopting such penalization in the Dutch law comes with multiple hooks and eyes, it should not be rejected beforehand, such as the Netherlands has done. The Criminal Code of Curaçao, where an offence based on these treaty provisions is included, is discussed.

Chapter 7 Enforcement of the Dutch Penalization of (Foreign) Bribery

In the last chapter the question is addressed concerning the extent to which the Dutch efforts in the area of enforcement of the penalization of foreign bribery is in conformity with the international obligations and recommendations on this matter. Seeing that there has never been a conviction for foreign bribery in the Netherlands, it should first be considered whether sufficient possibilities exist to detect foreign bribery. The first discovery or detection of a possible case of foreign bribery is often not done by investigative authorities, but rather by individu-

als and agencies who are closer to the source or who, because of their work, could possibly encounter traces hereof. In this context, the role of providers of officially supported export credits, supervisors of development aid, embassies, the tax administration, actors in the fight against money laundering and accountants and auditors is treated. Staff of these bodies, should be trained for this detection.

Next, criminal law enforcement regarding the offence of foreign bribery is discussed. The College of Prosecutors General has prepared a directive for the Public Prosecutor's Office for the investigation and prosecution of foreign bribery that is separate from the directive concerning the detection and prosecution of domestic bribery. Both mention a series of factors that plead partly for and partly against the persecution of a presumption of (foreign) bribery. Thus an indication to refrain from prosecution can always be found.

I believe that it is unjustified that the National Police Internal Investigations Department has been given a key role in the detection of foreign bribery. The National Police Internal Investigations Department traditionally has had the expertise in the area of criminal detection of misconduct, including official bribery. In those investigations, however, the reprehensible conduct of the State official is central. The detection of foreign bribery requires a different kind of expertise that, at least in the apportionment of this task at the beginning of this century, was not present in The National Police Internal Investigations Department. Meanwhile, this expertise has been developed to some extent within this organization, but the conclusion of this chapter nevertheless reads that further cooperation should be sought with both other investigative bodies, such as the FIOD-ECD, as with the private sector, including the business world, forensic accountants and civil society organizations.

Aangehaalde literatuur

G. Aiolfi e.a., *Corruption. A Glossary of international standards in criminal law*, Parijs: OECD 2008.

R. Blanpain, *Richtlijnen voor multinationale ondernemingen: de OESO-verklaring van 21 juni 1976*, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij 1980.

N. Blokker & S. Muller, 'General Introduction', in: N. Blokker & S. Muller (red.) *Towards more effective supervision by international organizations* (Liber Amicorum Henry Schermers), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 1-6.

N. Blokker & S. Muller, 'Towards more effective supervision by international organizations. Some concluding remarks', in: N. Blokker & S. Muller (red.) *Towards more effective supervision by international organizations* (Liber Amicorum Henry Schermers), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 275-311.

N. Bonucci, 'Monitoring and Follow-up', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 445-475.

H.G. van de Bunt e.a., *Honderd jaar rijksrecherche. Terugblik en toekomst*, Den Haag: Sdu uitgevers 1997.

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009.

C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

G.J.M. Corstens, 'Europese initiatieven tegen corruptie', in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, z.p.: Gouda Quint 2001, p.21-30.

G.J.M. Corstens, 'Europeanisering van het strafrecht', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht. Opstellen aangeboden aan mr. W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004, p. 328-341.

W. Cragg & W. Woof, 'The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: A Study of Its Effectiveness', *Business and Society Review*, 2002, Vol. 107, Issue 1, p. 98-144.

P.J. Cullen, 'Article 3: Sanctions', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 207-266.

C.I. Dales, 'Om de integriteit van het openbaar bestuur', toespraak gehouden het congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in juni 1992 te Apeldoorn, opgenomen in: L.W.J.C. Huberts, *Machtsbederf ter discussie*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1994, p. 7-13.

M.N. Darrough, 'The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience', Working Paper, 2004 <<http://ssrn.com/abstract=555643>>.

H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1985.

H. de Doelder, 'Enige opmerkingen over art. 328ter Sr', in: A.C. 't Hart, W. Nieboer et al. (red.) *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts* (Geurts-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 15-21.

H. de Doelder, 'Wetende dat', in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af Liber Amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 17-28.

H. de Doelder, 'Wetende dat', in: H. de Doelder (red.), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 141-161.

D.R. Doorenbos, 'Ambtelijke corruptie', *DD* 28 (1998), afl. 4, p. 344-364.

D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

R. van Elst & A.M.M. Orie, '2. Strafrechtsmacht', in: E. van Sliedrecht, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orie (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 29-91.

C. Fijnaut, 'Internationale politiesamenwerking en corruptie', *NJB* 1994, p. 1583-1584.

J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon/Langemeijer/Remmelink)*, losbladig.

J.H. Guilmette, *The power of peer learning. Networks and development cooperation*, New Delhi: Academic Foundation 2007.

- A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998.
- H.P. 't Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Ijdo 1890.
- J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
- B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.
- B.J.V. Keupink, 'Nederlandse ondernemingen en de UK Bribery Act', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk*, 2011, nr. 8, p. 309-315.
- A.H. Klip, 'Rechtsmacht heroverwogen', *DD* 2011, 42, p. 615-625.
- R. Koch, 'The Foreign Corrupt Practices Act: It's time to cut back the grease and add some guidance', *Boston College International & Comparative Law Review*, 2005, Vol. 28, p. 379-403
- J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Achtergronden, grenzen en mogelijkheden* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2001.
- P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008.
- A. Korenhof, 'Doen plegen en uitlokking', in: H. de Doelder (red.), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 67-76.
- A.H. Korthals, 'Speech van de Minister van justitie ten behoeve van het congres 'Bestrijding van corruptie, van taboe naar sociale verandering' op 14 september 2000', in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, Deventer: Gouda Quint/SI-EUR 2001, p. 1-4.
- F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 121-189.

J. de Lange, *Detentie genormeerd: een onderzoek naar de betekenis van het CPT voor de inrichting van vrijheidsbeneming in Nederlandse penitentiaire inrichtingen* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

P.A.M. Mevis, 'Omkoping', in: H.J.B. Sackers & P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 84-104.

P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

J. Mooren & J.J. van Hasselt, *Verhandeling over de misdaden en der selver straffen*, Arnhem: Jacob Nyhoff 1764.

J. Naeyé, *Nederlands Politierecht. Tekst en commentaar 2009-2010*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

J.T. Noonan, Jr, *Bribes*, New York: Macmillan Publishing Company 1984.

F. Pagani, *Peer review: a tool for co-operation and change*, Parijs: OECD 2003.

M. Pieth, 'Die Strafbarkeit der aktiven Bestechung ausländischer Beamter', in: M. Pieth, P. Eigen (Hrsg.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention*, Neuwied/Kriftel: Luchterhand 1999, p. 341-353.

M. Pieth, 'Introduction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 3-41.

M. Pieth, 'Article 2. The Responsibility of legal Persons', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 173-206.

M. Pieth, 'Article 4: Jurisdiction', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 267-288.

A. Posadas, 'Combating Corruption under International Law', *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2000, Vol. 10, Issue 2, p. 345-414.

J. Rummelink, *D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlands Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

J.F.L. Roording, 'Corruptie in het Nederlandse strafrecht', *DD* 32 (2002), afl. 2, p. 106-161.

Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

C.F. Rüter & A.J. Hoekema, 'Omkoping van anderen dan ambtenaren', *TvS* 1968-3, p. 132-158.

C.D. Schaap, *Heling getoetst. Een studie naar de strafbaarstelling van heling aan de hand van het witwassen van criminele opbrengsten* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint/SI-EUR 1999.

H.G. Schermers, *De gespecialiseerde organisaties. Hun bouw en inrichting* (diss. Leiden), Leiden: Slijthoff 1957.

H. Schermers & N. Blokker, *International Institutional Law: unity within diversity*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2003.

E. Sikkema, 'Weten en begrijpen: onbegrijpelijke begrippen?', *DD* 29 (1999), afl. 10, p. 998-1015.

E. Sikkema, 'Over ambtelijke omkoping. Het wetsvoorstel herziening corruptiewetgeving', *DD* 30 (2000), afl. 9, p. 891-911.

E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Derde Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892.

F. Thomas, *Internationale rechtshulp in strafzaken*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen België 1998.

C. Tobler, *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law. Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upperlimits on compensation to victims of discrimination*, Luxemburg: Office for official publications of the European Communities, 2005.

D. Vlassis, 'The United Nations Convention against Corruption: Origins and Negotiation Process', *Resource Material Series*, 2005, No. 66, Tokyo: UNAFEI, p. 126-131.

F. de Vries, *De bestuurlijke boete in de Douanewet* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer/SI-EUR 2005.

H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.

I. Zerbes, 'Article 1. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials', in: M. Pieth, L.A. Low, P.J. Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, 45-172.

J. van Zijl & W.J. Veldhuis, 'Buitenlandse corruptie: een binnenlandse zaak. De theorie en de weerbarstige praktijk van de aanpak van buitenlandse corruptie', *Strafblad* 2009, 1 (nr. 001), p. 47-56.

Aangehaalde rapporten

C.J.C.F. Fijnaut, F. Bovenkerk, G.J.N. Bruinsma & H.G. van de Bunt, *Eindrapport georganiseerde criminaliteit in Nederland*, Den Haag 1995, gepubliceerd als *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 16.

Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie' van 11 december 2001, COM (2001) 715 def.

G.A.A.J. van den Heuvel e.a., *De maat van het onregelmatige. Een rapport over aard en omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid*, deelproject 2 in de Enquête bouwnijverheid, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 244, nr. 9.

Samenvatting van de eindrapportage van de Task Force Anti-Corruptie. Gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 V, nr. 112.

Universiteit Utrecht, Departement Bestuurs- en Organisationswetenschap, *Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector. Eindrapport*, 2008. Gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 28 844, nr. 13.

E. de Vries Robbé, A. Cornelissens & H. Ferwerda, *Ambtscriminaliteit aangegeven?*, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2008.

TRACE, Trace Facilitation Payments Benchmarking Survey, oktober 2009, <<http://www.complianceweek.com/s/documents/TRACEFacilitatePay.pdf>>.

A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht. Onderzoek naar de grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-)praktijk*, Maastricht: Universiteit Maastricht, WODC 2010.

Rijksrechercherapport 'Niet voor persoonlijk gebruik. Omkoping van ambtenaren in de civiele openbare sector', Rijksrecherche 2010.

Ernst & Young, De European Fraud Survey, <http://www.ey.com/NL/nl/Newsroom/News-releases/PR_Nederlandse-bedrijven-treffen-ontoereikende-maatregelen-tegen-fraude-en-corruptie_180511>.

OMKOPING BESTRAFT?

G.J.J. Heetman e.a. (red.), *Handreiking integriteit van politiek ambtsdragers bij gemeenten, provincies en waterschappen*, 2011, te raadplegen via <http://www.integriteitoverheid.nl/fileadmin/BIOS/data/Toolbox/Handreikingen/Handreiking_integriteit_politieke_ambtsdragers_01.pdf>.

F. Heimann, G. Dell & K. McCarthy, *Progress Report 2011. Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Berlijn: Transparency International 2011, te raadplegen via <<http://www.transparency.org/publications>>.

UN:

Yearbook of the United Nations 1975, Vol. 29, New York: United Nations.

E/C.10/1988/5, Yearbook of the United Nations 1988, Vol. 32, New York: United Nations.

E/C.10/1989/4, Yearbook of the United Nations 1989, Vol. 33, New York: United Nations.

E/1991/31, Yearbook of the United Nations 1991, Vol. 35, New York: United Nations.

E/C.10/1992/8, Yearbook of the United Nations 1992, Vol. 36, New York: United Nations.

GRECO:

'First Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands', Straatsburg, 28 maart 2003 (GRECO Eval I Rep (2003) 1E Final).

'First Evaluation Round. Compliance Report on the Netherlands', Straatsburg, 18 maart 2005 (GRECO RC-I (2004) 13E).

'Second Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands', Straatsburg 14 oktober 2005 (Greco Eval II Rep (2005) 2E).

'First Evaluation Round. Addendum to the Compliance Report on the Netherlands', Straatsburg, 21 maart 2007 (GRECO RC-I (2004) 13E Addendum).

'Second Evaluation Round. Compliance Report on the Netherlands', Straatsburg 19 oktober 2007 (Greco RC-II (2007) 7E).

‘Third Evaluation Round. Evaluation Report on the Netherlands on „Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)’, Straatsburg, 13 juni 2008 (Greco Eval III Rep (2007) 8E, Theme I).

OECD:

Phase 1 report on Australia, <www.oecd.org/dataoecd/0/29/2378916.pdf>.

Phase 2 report on Australia, <www.oecd.org/dataoecd/5/42/35937659.pdf>.

Phase 1 report on Slovenia, <www.oecd.org/dataoecd/3/50/34541732.pdf>.

Phase 1 report on the Netherlands,
<www.oecd.org/dataoecd/3/43/2020264.pdf>.

Phase 2 report on the Netherlands,
<www.oecd.org/dataoecd/1/49/36993012.pdf>

Phase 3 report on the USA van 15 oktober 2010
<<http://www.oecd.org/dataoecd/10/49/46213841.pdf>>.

‘Consultation Paper Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption’, 14 januari 2008, <www.oecd.org/dataoecd/18/25/39882963.pdf>.

OECD Working Group on Bribery, *Annual Report 2009*, Parijs: OECD Publishing 2010.

OECD Working Group on Bribery, *Annual Report 2010*, Parijs: OECD Publishing 2011.

Jurisprudentieregister

Hoge Raad der Nederlanden:

- HR 24 november 1890, WvHR, nr 5969.
HR 10 april 1893, W 6333.
HR 13 november 1893, WvHR, nr. 6427.
HR 30 januari 1911, W 9149.
HR 15 oktober 1915, *NJ* 1915, p. 1205.
HR 25 april 1916, *NJ* 1916, p. 551.
HR 26 juni 1916, *NJ* 1916, p. 916-918.
HR 21 oktober 1918, *NJ* 1918, p. 1128.
HR 2 november 1925, *NJ* 1925, p. 1254.
HR 20 juni 1932, W 12 562.
HR 5 november 1934, *NJ* 1935, 337.
HR 9 april 1946, *NJ* 1946, 324.
HR 4 februari 1947, *NJ* 1947, 170.
HR 7 oktober 1947, *NJ* 1948, 39.
HR 16 november 1948, *NJ* 1949, 138.
HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55.
HR 27 december 1960, *NJ* 1961, 58.
HR 20 juni 1967, *NJ* 1968, 67.
HR 19 juni 1985, *NJ* 1986, 104.
HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 496.
HR 1 december 1992, *NJ* 1993, 354.
HR 31 mei 1994, *NJ* 1994, 673.
HR 30 mei 1995, *NJ* 1995, 620.
HR 30 mei 1995, *NJ* 1995, 620
HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513.
HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 370.
HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557.
HR 19 juni 2001, LJN: ZD2851.
HR 18 december 2001, *NJ* 2002, 300.
HR 8 juli 2003, LJN: AE5288.
HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328.
HR 18 mei 2004, *NJ* 2004, 527.
HR 30 augustus 2005, *NJ* 2005, 541.
HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 318.
HR 7 april 2009, *NJ* 2009, 187.
HR 13 juli 2010, *NJ* 2010, 456.

Gerechtshoven:

Hof Arnhem, 25 maart 2005, LJN AT2539.

Hof 's-Gravenhage op 5 december 2008, LJN: BG6141.

Hof Arnhem 24 juni 2009, zaaknr. 21/004925-07.

Hof 's-Hertogenbosch, 4 juni 2010, LJN BM6781.

Europees Hof van Justitie:

HvJ EG 4 december 1974, nr. 41/74, *Jur.* 1974, p. 1337 (*Van Duyn*).

HvJ EG 16 december 1976, nr. 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).

HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (*Griekse mais*).

HvJ EG 2 oktober 1991, nr. C-7/90, *Jur.* 1991, p. I-4371 (*Vandevenne e.a.*).

HvJ EG 8 juni 1994, nr. C-382/92, *Jur.* 1994, p. I-2435 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

HvJ EG 8 juni 1994, nr. C-383/92, *Jur.* 1994, p. I-2479 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

HvJ EG 26 oktober 1995, nr. C-36/94, *Jur.* p. I-3573 (*Siesse*).

HvJ EG 7 december 2000 nr. C-213/99, *Jur.* 2000, p. I-11083 (*De Andrade*).

Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

EHRM, 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Öztürk*).

EHRM, 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725 (*Murray*).

US:

U.S. v. David Kay and Douglas Murphy, District Court Houston, Texas, 2002.

U.S. v. David Kay and Douglas Murphy, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit 4 februari 2004.

Lijst van gebruikte afkortingen

CCPCJ	Commission on Crime Prevention and Criminal Justice
CIME	Committee on International Investment and Multinational Enterprises (OECD)
CTC	Commission on Transnational Corporations (VN)
DD	Delikt en Delinkwent
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
EU	Europese Unie
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
GMC	Multidisciplinary Group on Corruption (Raad van Europa)
GRECO	Group of States against Corruption (Raad van Europa)
HR	Hoge Raad
IACAC	Inter-American Convention against Corruption
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OAS	Organization of American States
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (ook bekend als OESO: Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling)
OEEC	Organisation for European Economic Co-operation
OLAF	Unité de Coordination de la Lutte Antifraude / Europees bureau voor fraudebestrijding (EU)
OM	Openbaar Ministerie
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
RvE	Raad van Europa
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
TI	Transparency International
Trb.	Tractatenblad
UNCATOC	United Nations Convention against Transnational Organized Crime
UNCTC	United Nations Centre on Transnational Corporations
VN	Verenigde Naties
VS	Verenigde Staten van Amerika
WGB	Working Group on Bribery (OECD)
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Appendix

Strafbaarstelling van ambtelijke omkoping in het Wetboek van Strafrecht¹

Actieve omkoping

Artikel 177

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:

1°. hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening, in strijd met zijn plicht, iets te doen of na te laten;

2°. hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door deze in zijn huidige of vroegere bediening, in strijd met zijn plicht, is gedaan of nagelaten.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die een feit als in het eerste lid, onder 1°, omschreven, begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd.

3. Indien de schuldige een van de misdrijven omschreven in dit artikel in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

4. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.

Artikel 177a

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:

1°. hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, iets te doen of na te laten;

2°. hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door deze in zijn huidige of vroegere bediening, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, is gedaan of nagelaten.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die een feit als in het eerste lid, onder 1°, omschreven, begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling van ambtenaar is gevolgd.

3. Indien de schuldige een van de misdrijven omschreven in dit artikel in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

¹ Wetttekst zoals geldend op 1 december 2011.

4. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.

Artikel 178

1. Hij die een rechter een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt met het oogmerk invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan diens oordeel onderworpen zaak, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Indien die gift of belofte gedaan wordt dan wel die dienst verleend of aangeboden wordt met het oogmerk om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
3. Indien de schuldige een van de misdrijven omschreven in dit artikel in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.
4. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.

Artikel 178a

1. Met ambtenaren worden ten aanzien van de artikelen 177 en 177a gelijkgesteld personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.
2. Met ambtenaren worden ten aanzien van de artikelen 177, eerste lid, onder 2°, en 177a, eerste lid, onder 2°, voormalige ambtenaren gelijkgesteld.
3. Met rechter wordt ten aanzien van artikel 178 gelijkgesteld de rechter van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.

Passieve omkoping

Artikel 362

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar:
 - 1°. die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten;
 - 2°. die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten;
 - 3°. die een gift, belofte of dienst vraagt teneinde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten;

- 4°. die een gift, belofte of dienst vraagt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft, hij die in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid, onder 1° en 3°, omschreven.
3. Hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat in verband met zijn hoedanigheid van minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder of lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 363

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar:
- 1°. die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten;
- 2°. die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten;
- 3°. die een gift of belofte dan wel een dienst vraagt teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten;
- 4°. die een gift of belofte dan wel een dienst vraagt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid, onder 1° en 3°, omschreven.
3. Hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat in verband met zijn hoedanigheid van minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder of lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 364

1. De rechter die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak,

wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2. De rechter die een gift, belofte of dienst vraagt teneinde hem te bewegen om invloed uit te oefenen op de beslissing van een aan zijn oordeel onderworpen zaak, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.

3. Indien de gift, belofte of dienst wordt aangenomen, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze gedaan, verleend of aangeboden wordt om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, wordt de rechter gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

4. Indien de gift, belofte of dienst wordt gevraagd teneinde hem te bewegen om een veroordeling in een strafzaak te verkrijgen, wordt de rechter gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 364a

1. Met ambtenaren worden ten aanzien van de artikelen 361 tot en met 363, 365 tot en met 368 en 376 gelijkgesteld personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.

2. Met ambtenaren worden ten aanzien van de artikelen 362, onder 2° en 4°, en 363, onder 2° en 4°, voormalige ambtenaren gelijkgesteld.

3. Met rechter wordt ten aanzien van artikel 364 gelijkgesteld de rechter van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.