

Accountants en steekpenningen

Marcel Pheijffer

NBA, 5 maart 2014

Agenda

1. Kaartkennis
2. Regelgeving accountancy
3. Strafrechtelijk kader
4. Meldplichten
5. FCPA (VS) en Bribery Act (VK)
6. Conclusies
7. Vragen, discussie, dilemma's

1. Kaartkennis

Kaartkennis

PwC's 2014 Global Economic
Crime Survey

Economic crime: A threat to business globally



37%

More than one in three organizations report being victimized by economic crime.

53%

More than half of CEOs surveyed reported being concerned about bribery and corruption.

48%

Nearly half of our respondents reported the risk of cybercrime had increased, a 23% increase from 2011.

PwC: Economic Crime Survey 2014

- Publicatie medio februari 2014.
- 5.128 respondenten, waarvan 50 % senior executives, 23 % vanuit financiële invalshoek, 35 % beursgenoteerd, 54 % meer dan 1.000 medewerkers.
- 99 landen. Nederland 75 respondenten.
- Te vergelijken met eerder onderzoek uit 2011.

PwC: Economic Crime Survey 2014

Corruptie groeiend probleem:

‘Every region reported a significant number of incidences of bribery and corruption. Twenty-seven percent of all respondents who reported economic crime experienced corruption during the survey period, making it the third-highest crime specified and a relative increase of 13 % from the 24 % reported in 2011.’

PwC: Economic Crime Survey 2014

Karakterisering als bedreigend voor alle bedrijfsprocessen:

'Of all the types of fraud covered in our survey, bribery and corruption may pose the greatest threat to global businesses because of the number of business processes it threatens. Sales, marketing, distribution, payments, international expansion, expense reimbursement, tax compliance, facilities operations are all vulnerable processes.'

PwC: Economic Crime Survey 2014

Kosten voor betrokken ondernemingen kunnen aanzienlijk zijn:

‘The financial costs and collateral damage caused by incidences of bribery and corruption – especially in the light of the penalties imposed by governments through increasingly aggressive anticorruption enforcement – can be significant.’

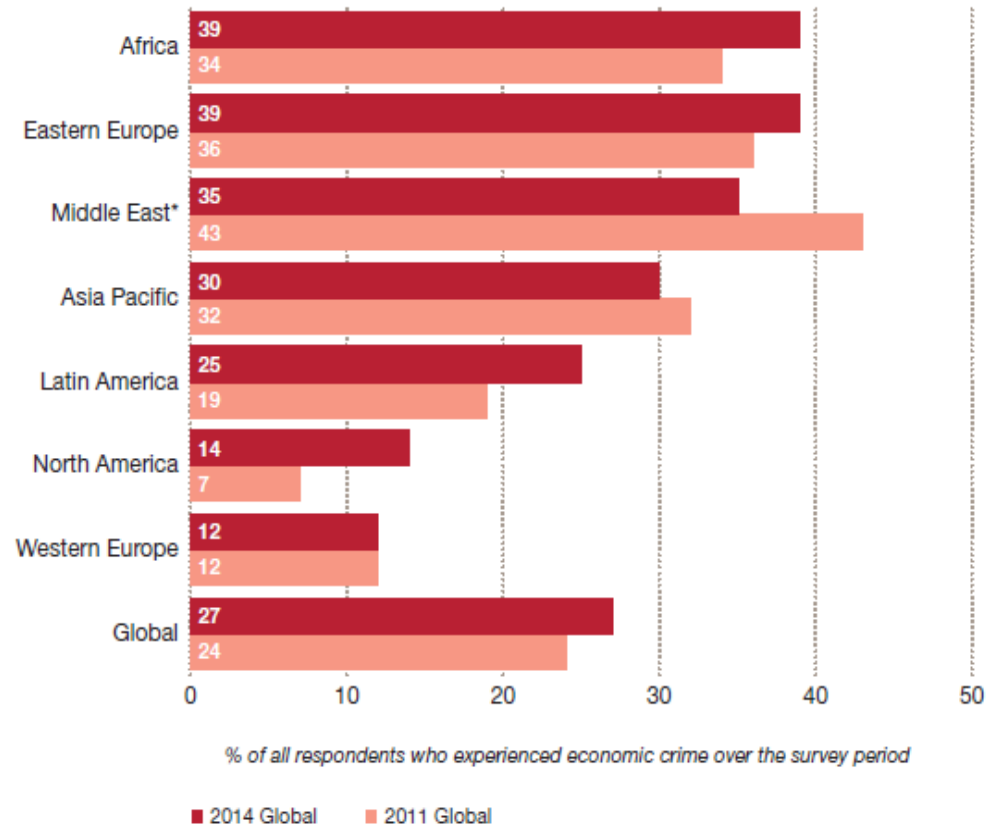
PwC: Economic Crime Survey 2014

Corruptie is een wereldwijd probleem:

'Africa and Eastern Europe reported the highest overall percentage of bribery and corruption (39 %), with the Middle East (35 %) also registering above the global average. Notable, the Middle East and Africa have significant resource extraction and infrastructure/construction-based economies, which are traditionally industries with significant fraud and corruption risks.'

PwC: Economic Crime Survey 2014

Figure 12: Reported bribery and corruption, by region

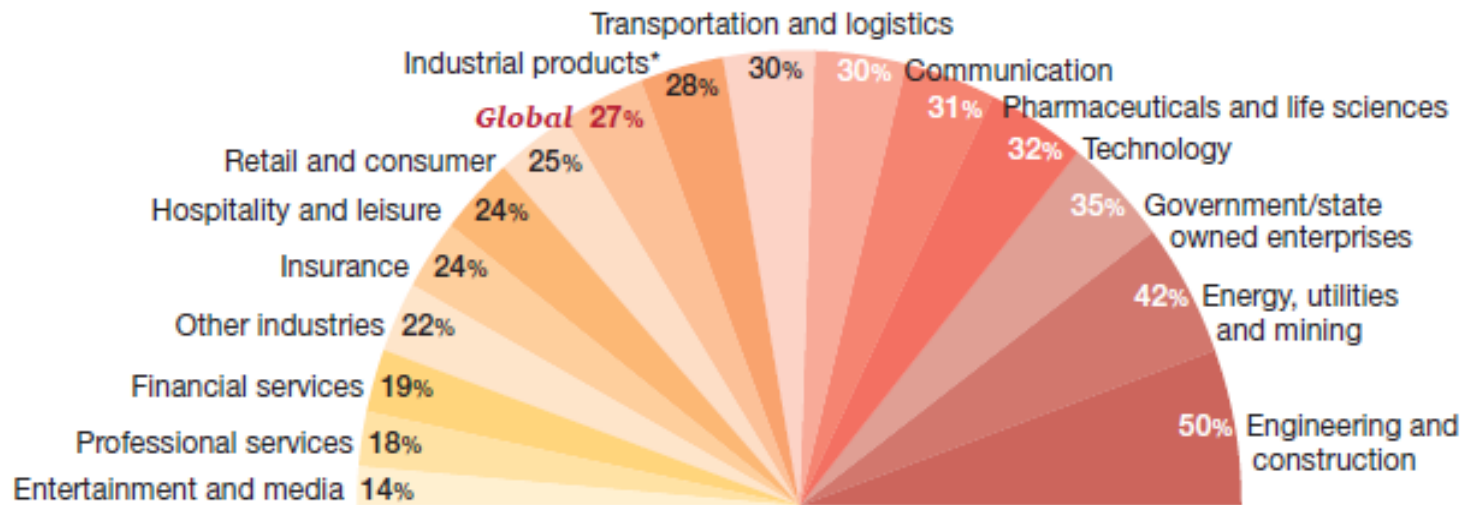


*Middle East was included in the "Asia Pacific" region in 2011

PwC: Economic Crime Survey 2014

Over alle sectoren, met forse verschillen:

Figure 13: Reported bribery and corruption, by industry



% of all respondents who experienced economic crime over the survey period

PwC: Economic Crime Survey 2014

- Corruptie, een zorg voor top bedrijfsleven:
‘53 % of CEO’s surveyed reported being concerned about bribery and corruption’.
- Echter: *‘However, while CEOs may be communicating rising concern, the corresponding strengthening of business processes remains a work in progress in many organisations.’*

PwC helpt graag!

‘PwC kan u optimaal ondersteunen, zowel bij de aanpak van (een vermoeden van) omkoping als bij het onderzoeken van de omkopingsrisico’s binnen uw organisatie.

Ook kunnen onze specialisten u helpen bij het aanpakken van vermoedens of constateringen van corruptie en het opstellen en implementeren van een preventief plan.

Wij bundelen onze kennis en ervaring in het veiligstellen van digitale sporen en bewijzen, gegevensanalyse en FCPA-onderzoeken.

Ons internationale netwerk stelt ons in staat snel en op ieder gewenst moment te handelen, met inachtneming van de lokale cultuur, gebruiken en wet- en regelgeving.’

PwC helpt graag!

‘Het opsporen en voorkomen van fraude, maar ook de risicobeheersing eromheen, is vakwerk. Met de specialisten van de afdeling Forensic Services van PwC beschikt u over vakmensen.

Onze specialisten houden zich dagelijks bezig met alle facetten van fraudepreventie, advisering van cliënten direct na ontdekking van fraude en met het uitvoeren van fraudeonderzoek.

Bij het adviseren over fraudepreventie beschikken wij over de zogenoemde ‘fraud risk management database’, een speciaal voor dit doel door ons ontwikkelde tool waarmee wij op systematische wijze frauderisico’s in kaart kunnen brengen.’

EY beschikt ook over de juiste kennis!

- Meer dan ooit richten nationale en internationale toezichthouders en opsporingsdiensten zich zowel op het management als op de organisatie. Hierdoor is het noodzakelijk om fraude- en compliancerisico's voortdurend goed in kaart te brengen en deze met adequate maatregelen te managen.
- Onze adviseurs op het gebied van fraude en compliance helpen u zowel preventief als reactief om de uitdagingen en risico's in uw businessomgeving te managen. Met onze preventieve programma's ondersteunen wij u om (potentiële) problemen structureel en tijdig aan te zien komen en op te vangen. Met onze reactieve inzet helpen wij u incidenten te onderzoeken en te managen om de impact te beperken en herhaling te voorkomen.

KPMG ook

‘Een lokale cultuur waarin omkoping en corruptie gangbaar zijn, vormt voor veel bedrijven onvoldoende reden om in deze landen geen zaken te doen. Uit internationaal onderzoek van KPMG onder ruim 200 bestuurders van internationaal opererende ondernemingen blijkt dat meer dan 70% vindt dat er nu eenmaal plekken in de wereld zijn waar men geen zaken kan doen zonder zich in te laten met omkoping en corruptie.’

Accountancynieuws, 20 juli 2011

Deloitte ook

Deloitte Forensic – Investigation Services

Handel snel en met vertrouwen

Deloitte biedt u ondersteuning bij het snel en met vertrouwen reageren op regelgeving en daarmee gepaard gaande vraagstukken en maatregelen, of op gevoelige interne onderzoeken naar fraude, corruptie en wangedrag. Wij hebben het wereldwijde netwerk om in combinatie met ons inzicht in lokale bedrijfsculturen en regelgevingsvraagstukken de weg te vinden naar een succesvolle oplossing. U bent daarmee beter voorbereid om uw bedrijf en uw reputatie te beschermen.

BDO ook

De onbekendheid met buitenlandse anticorruptie wetgeving is groot

Uit [recent onderzoek van BDO en TNS/Nipo](#) blijkt dat 6 van de 10 Nederlandse bedrijven zich niet bewust zijn van de verstrekkende gevolgen van deze buitenlandse anticorruptie wetgeving. Daarmee lopen ze verhoogde risico's. Allereerst op fraude en omkoping maar daarnaast ook op fikse boetes van de toezichthoudende instanties in het buitenland en bijbehorende reputatieschade.

En zo ook:

- Grant Thornton
- Mazars
- etc.....

Kortom....

- Accountantskantoren hebben de kennis.....
- Accountantskantoren helpen hun cliënten graag met *advisering* op preventief gebied en bijzondere onderzoeken op *repressief* gebied.....
- ... en zijn daarmee zelf koopman. Maar zijn zij ook dominee als het moet?
- Accountantskantoren en de controle-opdrachten?????

2. Regelgeving

Accountancy

Regelgeving accountancy

- a. NV COS 240
- b. NV COS 250
- c. 26 WTA juncto 36-37 BTA
- d. VGBA

a. NV COS 240

NV COS 240: doelstellingen

De doelstellingen van de accountant zijn:

- a. Het onderkennen van de risico's van een afwijking van materieel belang die het gevolg is van fraude;
- b. Het verkrijgen van voldoende en geschikte controle-informatie over de ingeschatte risico's van een afwijking van materieel belang die het gevolg is van fraude, door het opzetten en implementeren van passende maatregelen om op die risico's in te spelen; en
- c. Het op passende wijzen inspelen op fraude of vermoede fraude die tijdens de controle wordt onderkend.

NV COS 240: frauderisicofactoren

‘Gebeurtenissen of omstandigheden die een aanwijzing vormen voor een incentive tot of voor een druk om fraude te plegen dan wel een gelegenheid te scheppen om te frauderen.’

NV COS 240: (retorische) vragen

- Als al die accountantskantoren zo goed kunnen *adviseren* over corruptierisico's mag je dan veel aandacht van ze in de *controle* verwachten voor dergelijke risico's?
- Geldt dat in verhoogde mate voor risico's ten aanzien van de meer corrupte landen/regio's?
- Geldt dat in verhoogde mate voor risico's ten aanzien van de meer corrupte branches en sectoren?
- Geldt dat in verhoogde mate voor risico's ten aanzien van de inschakeling van agenten, tussenpersonen of intermediairs?
- Kunnen PKI-proof accountants de vragen alleen met 'ja' beantwoorden?

NV COS 240: de mythe van de materialiteit

- Materialiteit is niet louter een kwantitatief begrip
- Kwalitatieve materialiteit is juist bij fraude het te evalueren perspectief
- Hardliners stellen: 'Fraude is per definitie materieel'

NV COS 240: de mythe van materialiteit

- Gaat niet alleen om het bedrag, ook om bijkomende strafbare feiten zoals valsheid in geschrifte en/of openbaarmaking onware jaarrekening
- Gaat ook om evaluatie mogelijke sanctiemaatregelen: boetes, uitsluiting, intrekken vergunning (dus continuïteit)

b. NV COS 250

NV COS 250: (niet-) naleving van wet- en regelgeving

- Denkfout cq drogredenering: niet-materiële corruptie (kwantitatief) heeft geen NV COS 240-gevolgen.
- Gaat hooguit om overtreding van wet- en regelgeving.
- Heeft vaak geen effect om de cijfers in de jaarrekening.

NV COS 250 noemt specifiek...

.... als mogelijke aanwijzing voor het niet-naleven van wet- en regelgeving:

‘commissies op verkopen of vergoedingen van agenten die excessief hoog lijken in verhouding tot hetgeen gewoonlijk wordt betaald door de entiteit of in de branche, dan wel tot de daadwerkelijk ontvangen diensten’.

NV COS 250 noemt verder

‘Betalingen voor niet gespecificeerde diensten of leningen aan consultants, verbonden partijen of overheidsfunctionarissen’.

NV COS 250

- Vereist ook PKI.
- Gaat ervan uit dat de accountant de branche en gebruiken in de branche van de cliënt kent.
- Zijn risico-inschattingen en controle daarop inricht.
- Gaat ook uit van (kwalitatieve) materialiteit.

NV COS 250

- Zal bij gebleken niet-naleving vaak leiden tot het handelen conform NV COS 240.
- Zal bij gebleken niet-naleving kunnen leiden tot het teruggeven van de opdracht....
- en ook tot het doen van meldingen aan de bevoegde en competente autoriteiten.

c. 26 WTA

juncto

36-37 BTA

26 WTA juncto 36-37 BTA

Behandeling stel ik pas aan de orde bij de meldplichten, later in het verhaal.

D. VGBA

Integriteit als voorbeeld

Paragraaf 2.3 – Integriteit

Artikel 6

De accountant treedt eerlijk en oprecht op.

Artikel 7

1. Indien de accountant betrokken is bij of in verband wordt gebracht met niet-integer handelen van anderen, neemt hij een maatregel gericht op het beëindigen van dit handelen.
2. Indien de maatregel, bedoeld in het eerste lid, niet mogelijk is distantieert de accountant zich van het niet-integer handelen.

Artikel 8

De accountant die vermoedt dat de organisatie waarbij hij werkzaam is dan wel waaraan hij is verbonden niet integer handelt, treft een redelijkerwijs te nemen maatregel.

Artikel 9

1. Indien de accountant betrokken is bij of in verband wordt gebracht met informatie die materieel onjuist, onvolledig of misleidend is:
 - a. neemt hij een maatregel gericht op het wegnemen van de onjuistheid, onvolledigheid of misleiding; of
 - b. voegt de accountant aan deze informatie een mededeling toe waarin hij de onjuistheid, onvolledigheid of misleiding aan de beoogde gebruikers van de informatie kenbaar maakt.
2. Indien de maatregel of mededeling, bedoeld in het eerste lid, niet mogelijk is distantieert de accountant zich van deze informatie.

3. Strafrechtelijk

kader

Corruptie: vele varianten

- Ambtelijk/niet-ambtelijk
- Binnen-/buitenlands
- Actief/passief
- Ook relevant: zaken in openbaar bestuur en rond bestuurlijke integriteit (Van Rey/Hooijmaijers)

Actieve omkoping ambtelijk(177 WvSr)

Artikel 177 lid 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.

Passieve ambtelijke omkoping (363 WvSr, niet volledig geciteerd)

Artikel 363 lid 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;

Niet-ambtelijke omkoping (328 ter WvSr)

Passieve omkoping in lid 1:

Hij die, **anders dan als ambtenaar**, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, en dit aannemen of vragen **in strijd met de goede trouw verzwijgt** tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste **twee jaren** of geldboete van de vijfde categorie.

Niet-ambtelijke omkoping (328 ter WvSr)

Actieve omkoping in lid 2:

Met gelijke straf wordt gestraft **hij die aan iemand** die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift of belofte **in strijd met de goede trouw zal verzwijgen** tegenover zijn werkgever of lastgever.

Actualiteit

- In de zaken die in de actualiteit en de discussies daaromheen een rol spelen gaat het veelal niet om binnenlandse ambtelijke corruptie.
- Thans staat de ambtelijke corruptie in het buitenland in de spotlights.
- Daar ga ik dan ook dieper op in.

Drie aanwijzingen vervolgingsbeleid

1. Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland (1 augustus 2011, niet verder te behandelen).
2. Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland (1 augustus 2011, niet verder te behandelen).
3. Aanwijzing opsporing en vervolging buitenlandse corruptie (1 januari 2013, **verder te behandelen**).

Aanwijzing opsporing en vervolging buitenlandse corruptie

*‘In deze aanwijzing wordt nader aangegeven wat de reikwijdte is van de strafbaarheidsstellingen in relatie tot rechtsmacht in Nederland en **met welke factoren rekening wordt gehouden bij het bepalen van de opportuniteit van de vervolging** van op zichzelf strafbare gevallen van buitenlandse ambtelijke corruptie. De factoren hebben uiteraard ook betekenis voor de beoordeling van de opportuniteit van de aan de vervolging voorafgaande opsporingsactiviteiten.’*

Internationale afspraken

- Diverse internationale verdragen zijn gesloten met het oog op een betere bestrijding van fraude en corruptie.
- Deze verdragen strekken tot onderlinge afstemming van de strafrechtelijke bepalingen inzake fraude en corruptie van de verschillende landen met het oog op een doeltreffende internationale samenwerking.
- Bij het OESO-verdrag is de invalshoek die van het internationale zakelijke transactieverkeer.
- In de preambule bij dit verdrag wordt expliciet overwogen dat in dat kader omkoping een wijdverbreid fenomeen is dat het overheidsfunctioneren en de economische ontwikkelingen ondermijnt en dat **desastreus is voor de internationale concurrentie**.

Verdragen invloed op Nederlandse wet

- Als gevolg van deze verdragen is de wetgeving op het terrein van de omkoping van ambtenaren en de ambtelijke corruptie in 2001 ingrijpend gewijzigd en is onder andere artikel 178a Wetboek van Strafrecht ingevoerd, waardoor het vanaf dat moment mogelijk was om (rechts)personen te vervolgen voor buitenlandse corruptie.
- In het buitenland gepleegde corruptie, kortheidshalve ook wel aangeduid als "buitenlandse corruptie" werd vanaf 2001 als volgt gedefinieerd: een ieder die in het buitenland een Nederlandse ambtenaar omkoopt kan in Nederland worden vervolgd; hetzelfde geldt voor de Nederlander die in het buitenland een buitenlandse ambtenaar omkoopt (art. 178a Wetboek van Strafrecht).

Opportuniteitsbeginsel

- Zoals bij elke mogelijke Nederlandse strafzaak moet ook bij corruptie de opportuniteit van de vervolging van de omkoper en de omgekochte steeds per geval worden afgewogen.
- Vooropgesteld moet worden dat omkoping een ernstig misdrijf is, dat de integriteit van de overheid ernstig aantast en tot grote schade kan leiden.
- De Nederlandse overheid heeft zich, ook in internationaal verband, gecommitteerd aan een strenge aanpak van buitenlandse corruptie.
- Bij de beoordeling van de opportuniteit van de vervolging van buitenlandse corruptie dienen deze overwegingen zwaar te wegen en dient de grondhouding ten aanzien van vervolging dan ook positief te zijn.

Economische belangen tellen niet!

Daarbij dient de officier van justitie zich bij de opportuniteitsafweging te houden aan artikel 5 van de door Nederland geratificeerde OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, en **mag hij zich niet laten beïnvloeden door overwegingen van nationaal economisch belang**, het mogelijke effect op relaties met een andere Staat of de identiteit van betrokken natuurlijke of rechtspersonen.

Wegingsfactoren (1)

- Aanzienlijke omvang van de steekpenningen, in absolute zin of in relatieve zin (bijv. een aanzienlijk percentage van de contractsom).
- De 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).
- De steekpenningen komen direct of indirect (bijv. als overheidsteun, krediet verzekering, subsidiering etc.) ten laste van de Nederlandse algemene middelen of ten laste van gelden bestemd voor internationale ontwikkelingshulp.
- De schade voor het land waar de ambtenaar is omgekocht.
- De mate waarin er sprake is van concurrentievervalsing (hoe hogere mate, hoe erger).
- Recidive.
- De mogelijkheden van verder onderzoek en kans op succesvolle vervolging.

Wegingsfactoren (2)

- Tegen vervolging pleit in ieder geval dat de verdachte in een ander betrokken land al is veroordeeld voor dezelfde feiten. Wanneer in het buitenland een strafrechtelijk onderzoek is aangevangen dient het Nederlandse OM contact op te nemen met de buitenlandse ambtsgenoten en te overleggen over de wijze van vervolging.
- In een eerder stadium verdient het aanbeveling zo vroeg mogelijk samenwerking te zoeken met andere betrokken landen. Dat kan via rechtshulp, maar ook kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een parallel onderzoek of een Joint Investigation Team (JIT).
- Strafrechtelijke aanpak van buitenlandse corruptie is meer maatwerk dan confectie en elk geval moet individueel worden beoordeeld. Zo kan het bijvoorbeeld zo zijn dat hoewel er geen sprake is van concurrentievervalsing, of het een kleine betaling betreft, vervolging toch opportuun is vanwege andere omstandigheden.

Facilitation payments (1)

- Het OESO-verdrag beschouwt geringe betalingen ter "vergemakkelijking" niet als betalingen "om zakelijk of enig ander ongeoorloofd voordeel te verkrijgen of te behouden".
- Dit soort "facilitation payments" valt dan ook buiten het bereik van de verdragsrechtelijke verplichting tot strafbaarstelling van omkoping van buitenlandse ambtenaren.
- Volgens de gemeenschappelijke toelichting bij het verdrag zijn dergelijke betalingen die in sommige landen betaald worden om overheidsfunctionarissen aan te sporen hun taken uit te voeren, zoals het afgeven van vergunningen, in het desbetreffende andere land in het algemeen al strafbaar.
- Het werd door de opstellers van het verdrag niet nuttig geacht de aanpak van deze vorm van corruptie te ondersteunen door strafbaarstelling van "facilitation payments" door andere landen, hetgeen vanzelfsprekend ook de nodige inspanningen op het gebied van de opsporing en vervolging veronderstelt.

Facilitation payments (2)

- Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van de artikelen 177a en 177 van het Wetboek van Strafrecht is het niet van belang met welk verder gelegen doel tot omkoping van een ambtenaar wordt overgegaan.
- Strikt genomen zijn "facilitation payments" derhalve ook strafbaar.
- Het OM acht het evenwel niet opportuun een stringenter opsporings- en vervolgingsbeleid betreffende de aanpak van omkoping van buitenlandse ambtenaren te voeren dan waartoe het OESO-verdrag oproept.
- Dit betekent dat gedragingen die in termen van het OESO-verdrag zijn aan te merken als "facilitation payments", niet zullen worden vervolgd.

Facilitation payments (3)

- Hierna zijn enkele factoren benoemd die een nadere invulling geven aan dit vervolgingsbeleid, waarmee kan worden vastgesteld of er inderdaad sprake is van gedragingen die in termen van het OESO-verdrag zijn aan te merken als "facilitation payments".
- Daarbij kan het instellen van een opsporingsonderzoek nodig zijn ter beantwoording van de vraag of deze factoren een beslissing om niet te vervolgen indiceren

Facilitation payments (4, voorwaarden)

1. 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.
2. het gaat om, in absolute zin of relatieve zin, kleine bedragen;
3. het gaat om betalingen aan lagere ambtenaren;
4. de gift moet transparant in de administratie van de onderneming opgenomen worden, en mag niet verheimelijkt worden;
5. het initiatief tot de gift moet zijn uitgegaan van de buitenlandse ambtenaar.

Uitstapje

- Indien de accountant er in een casus vanuit gaat dat er sprake is van 'facilitation payments' dient deze wel alle aspecten te toetsen.
- En uiteraard: deze in zijn dossier vast te leggen.
- Alsmede de vraag te beantwoorden: is er sprake van toereikende controle-informatie?
- Bij twijfel? Niet inhalen?

Toetsing transacties tussenpersonen van groot belang!

- Bij het internationale bedrijfsleven mag er geen misverstand over bestaan dat het enkele inschakelen van een lokale agent / vertegenwoordiger / consultant, ook strafbaarheid kan opleveren.
- Het is een algemeen bekend feit dat dergelijke personen vaak worden gebruikt bij het betalen van steekpenningen in het buitenland.
- Van Nederlandse instellingen mag dan ook een kritische houding ten aanzien van de aard en omvang van de werkzaamheden van een dergelijk persoon worden verwacht.
- Bijvoorbeeld: er mag alleen worden afgegaan op adviezen van een persoon of instantie aan wie zodanig gezag valt toe te kennen dat in redelijkheid op de deugdelijkheid van dat advies mocht worden vertrouwd.
- In een mogelijk strafrechtelijk onderzoek zal nadrukkelijk aandacht worden besteed aan dit aspect voor de beoordeling van de strafbaarheid van een betaling.

Facilitation payments en tussenpersonen

- Schimmig gebied.
- Vervolgingsbeleid in buitenland kan anders zijn (indien ze het daar wel opportuun vinden, zie ook blok 5).
- Shell-zaak als voorbeeld.

Shell VS

‘The SEC alleges that the companies bribed customs officials in more than 10 countries in exchange for such perks as avoiding applicable customs duties on imported goods, expediting the importation of goods and equipment, extending drilling contracts, and lowering tax assessments.

The companies also paid bribes to obtain false documentation related to temporary import permits for oil drilling rigs, and enable the release of drilling rigs and other equipment from customs officials.’

Shell VS

- **Royal Dutch Shell plc** — An oil company headquartered in the Netherlands, Shell and its indirect subsidiary called Shell International Exploration and Production, Inc. (SIEP) violated the FCPA by using a customs broker to make payments from 2002 to 2005 to officials at NCS to obtain preferential customs treatment related to a project in Nigeria.
- SIEP and Shell agreed to a cease-and-desist order and will pay disgorgement and prejudgment interest of \$18,149,459.
- Shell Nigerian Exploration and Production Co. Ltd. will pay a criminal fine of \$30 million.

Shell VS

‘From September 2002 through November 2005, SIEP, on behalf of Shell, authorized the reimbursement or continued use of services provided by a company acting as a customs broker that involved suspicious payments of approximately \$3.5 million to officials of the Nigerian Customs Service in order to obtain preferential treatment during the customs process for the purpose of assisting Shell in obtaining or retaining business in Nigeria on Shell’s Bonga Project.

As a result of these payments, Shell profited in the amount of approximately \$14 million.

None of the improper payments was accurately reflected in Shell’s books and records, nor was Shell’s system of internal accounting controls adequate at the time to detect and prevent these suspicious payments.’

Shell VS

'In developing Bonga, SNEPCO, on behalf of Shell, hired a number of contractors, unaffiliated with Shell, including Contractor A and Contractor B.

In order to assist in the importation into Nigeria of equipment necessary for the Bonga Project, the Contractors, and in some instances SNEPCO directly, hired the services of an international freight forwarding and customs clearing company ("Courier Subcontractor") for transporting and customs clearance.'

Shell VS

‘One of the services Courier Subcontractor provided was an express door-to-door courier service (“Courier Service”) that expedited the delivery of goods and equipment into Nigeria.

The Nigerian customs clearance process was routinely delayed, often taking weeks or even months to clear equipment through customs.

In addition, the Bonga Project was over-budget and behind schedule and a significant amount of equipment needed to be imported into Nigeria.

These circumstances led to the repeated use of Courier Subcontractor’s Courier Service.’

Shell VS

‘Courier Subcontractor was able to expedite the importation of goods because of an “on the side” agreement between Courier Subcontractor and members of the Nigerian Customs Service (“NCS”) in which Courier Subcontractor made corrupt payments to NCS officials to bypass the normal customs process. Goods shipped using Courier Subcontractor’s Courier Service arrived in Nigeria “customs cleared,” resulting in a significant savings of time and a reduction in the required customs duties and tariffs with a significantly higher freight fee.’

Shell VS

‘Typically, Courier Subcontractor billed the Contractors who paid the bill and, in turn, sought reimbursement, which required approval from SIEP. Certain of Courier Subcontractor’s invoices charged a special fee (i.e. bribe).

The special fee was initially invoiced as a “local processing fee” and later invoiced as “administration/transport charges.”

The use of Courier Subcontractor’s Courier Service expedited shipments into Nigeria by about 20 to 39 days.

Therefore, a shipment that would take 30 days to clear Nigerian customs using regular air freight could clear customs in as quickly as 10 days using the Courier Service.’

Strafrechtelijk ook relevant

- 140 WvSr: deelname aan een criminele organisatie.
- 225 WvSr: valsheid in geschrifte.
- 336 WvSr: openbaar maken onware jaarrekening.
- 420bis WvSr: witwassen.

336 WvSr: onware jaarrekening

De koopman, de bestuurder, beherende vennoot of commissaris van een rechtspersoon of vennootschap, die opzettelijk een onware staat of een onware balans, winst- en verliesrekening, staat van baten en lasten of toelichting op een van die stukken openbaar maakt of zodanige openbaarmaking opzettelijk toelaat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Boete rechtspersoon

- Thans wetsvoorstel in Tweede Kamer aanhangig om als strafmaatregel in de toekomst aan rechtspersonen een fors hogere boete op te leggen (overigens ook verhoging strafmaat corruptie en witwassen).
- Maximaal 10 % van de omzet.
- In buitenland vaak ook: uitsluiting opdrachten.
- Ofwel: kan een continuïteitsrisico opleveren!

Casus denkfout (1)

- Bij bepaalde constructies inzake het betalen van steekpenningen gaat zowel de omzet als de kostprijs van de omzet omhoog.
- Terwijl het resultaat gelijk blijft.
- Sommige accountants zeggen: effect 0, niet materieel, geen fraude.

Casus denkfout (2)

- Ik zeg: volstreekte onzin!!!!
- (a) Weergave posten in jaarrekening is onjuist (en daardoor ook allerhande kengetallen) weergegeven: ofwel onware jaarrekening en/of valsheid in geschrifte.
- (b) Kwalitatieve materialiteit.
- (c) Aanpalende delicten als valsheid in geschrifte en witwassen (plus meldplichten) spelen een rol.

4. Meldpflichten

Artikel 26 lid 2/3 WTA

2. Een externe accountant die tijdens het verrichten van een wettelijke controle de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen die het redelijk vermoeden rechtvaardigen dat sprake is van fraude van materieel belang ten aanzien van de financiële verantwoording van de controlecliënt, meldt dit aan een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering behoudens in de bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen.

3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt bepaald wat wordt verstaan onder fraude van materieel belang en worden regels gesteld omtrent het tijdstip en de wijze waarop de melding, bedoeld in het tweede lid, plaatsvindt.

Artikel 26 lid 4 WTA

4. De externe accountant die tot een melding als bedoeld in het tweede lid is overgegaan, is niet aansprakelijk voor de schade die een derde dientengevolge lijdt, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan.

Artikel 36 BTA

Onder fraude van materieel belang als bedoeld in artikel 26, derde lid, van de wet wordt verstaan een opzettelijk handelen of nalaten waarbij misleiding wordt gebruikt om een wederrechtelijk voordeel te behalen en waarbij de aard of de omvang zodanig is dat beslissingen die in het maatschappelijk verkeer worden genomen op grond van de financiële verantwoording van de controlecliënt zouden kunnen worden beïnvloed door die misleiding.

Artikel 37 BTA

1. Een melding als bedoeld in artikel 26, tweede lid, van de wet kan achterwege blijven, indien:

a. de controlecliënt, nadat de externe accountant hem heeft gewezen op zijn redelijk vermoeden van fraude van materieel belang, daarnaar onverwijld onderzoek verricht of doet verrichten en op basis daarvan een schriftelijk plan opstelt waarin zijn opgenomen:

1°. de maatregelen die de controlecliënt zal nemen om de gevolgen van de fraude, voor zover mogelijk, ongedaan te maken en om herhaling van zodanige fraude te voorkomen; en

2°. de termijn waarbinnen de controlecliënt de maatregelen zal hebben uitgevoerd;

b. de externe accountant, binnen vier weken nadat het plan is opgesteld, heeft geoordeeld dat het in onderdeel a bedoelde plan toereikend is; en

c. de externe accountant heeft vastgesteld dat de controlecliënt binnen de in onderdeel a, onder 2°, bedoelde termijn de in het plan opgenomen maatregelen in voldoende mate heeft uitgevoerd.

2. De externe accountant legt zijn oordeel, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, en zijn vaststelling, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, vast.

Incidentmelding AFM (artikel 32 BTA)

- Incidenten kunnen verband houden met wettelijke controleopdrachten, maar dat hoeft niet. De Wta stelt immers algemene eisen aan de integere bedrijfsvoering van accountantsorganisaties, zonder deze eisen te koppelen aan een bepaalde vorm van dienstverlening.
- De meldingsplicht van incidenten ziet op incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van het bedrijf. Dat wil zeggen dat het gaat om incidenten (feiten en omstandigheden) die integriteitrisico's met zich kunnen brengen. Integriteitrisico's zijn de betrokkenheid van de accountantsorganisatie, de externe accountants of andere medewerkers bij strafbare feiten en andere wetsovertredingen die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden, verstremgeling van tegenstrijdige belangen en relaties met cliënten die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden.

Meldplicht witwassen

- Steekpenningen worden verborgen/verhuld.
- Sprake van misdrijven, al dan niet fiscaal.
- Derhalve meldingsplicht ex WWFT.

- Let op: laagdrempeliger dan fraudemeldplicht!

5. FCPA (VS)

en

Bribery Act (VK)

Kenmerken

- Extraterritoriale werking.
- Hoge sancties.
- 'Adequate procedures' verankerd in bedrijfsprocessen en bedrijfscultuur ter voorkoming van omkoping kunnen als verdedigingsgrond in het kader van vervolging en bestraffing worden aangevoerd (preventief beleid/zorgplicht/compliance/handhaving).

Facilitation payments: let op!

- Bribery Act (VK): verboden.
- FCPA (VS): onder stringente voorwaarden acceptabel.

6. Conclusies

Conclusies

- Accountants zijn uitstekend in staat frauderisico's inzake corruptie te benoemen.
- Advisering en bijzondere onderzoeken – veelal vanuit forensische afdelingen – goed op orde.
- Vertaling naar ingrijpen bij de controle ligt in de praktijk lastiger.
- Verantwoordelijkheid is er echter vanuit NV COS 240, NV COS 250, VGBA, en de meldplichten ex WTA/BTA en WWFT.
- Risico's niet ingrijpen groot: voor cliënt en accountant. Strafrechtelijk, tuchtrechtelijk, reputationeel, vergunning.

Veel niet besproken

- Casuïstiek.
- Belang in MKB-praktijk.
- Niet-ambtelijke corruptie (kick backs bij inkooptransacties).
- Binnenlandse corruptie/bestuurlijke integriteit.
- Kwetsbare processen (aanbestedingen, gunfactor).
- Smeren en fêteren.
- Morele dilemma's.
- Doen van nader onderzoek (Wie? Werkwijze?).
- Verantwoording in jaarrekening.
- Verwerking in (informatieve) controleverklaring.
- ??????

Casus MKB (1)

Een accountant komt bij een cliënt betalingen tegen aan een hem onbekende vennootschap. Desgevraagd luit het antwoord dat 'dit voor een voor de cliënt hele belangrijke mijnheer is, die men graag te vriend wil houden'. De accountant vermoedt dat het om zogenaamde 'aanbrengprovisies' gaat, die vroeger ook steekpenningen werden genoemd. Cliënt ontkent dit niet.

Casus MKB (2)

Een Nederlandse besloten vennootschap participeert in een Spaanse S.L., die grond heeft gekocht ten behoeve van projectontwikkeling. Daarnaast is door de Nederlandse vennootschap een bedrag gestort op een Zwitserse bankrekening.

Cliënt deelt desgevraagd mede dat dit provisie is voor de verkoper en dat dit gebruikelijk is in Spanje.

De storting op de Zwitserse bankrekening is in Nederland als verkrijgingsprijs van de Spaanse S.L. verwerkt.

7. Vragen,

dilemma's,

discussie!

Kern:

Dominee

en/of

Koopman?

Is dat wel dilemma voor accountant?

Immers als voor het Openbaar Ministerie geldt dat economische belangen bij vervolgingsbeslissing niet mogen meetellen.....

..... is het dan niet logisch dat de accountant economische (commerciële) belangen ook niet in diens overwegingen mag meewegen?