



ZELFMELDEN VAN OVERTREDINGEN VAN INTERNATIONALE SANCTIES: DE AMERIKAANSE BENADERING

Dit drieluik gaat over de handhaving van internationale sancties. In deze tweede bijdrage wordt het op eigen initiatief melden van een geconstateerde overtreding van sancties besproken. In deze bijdrage ligt de nadruk op de Amerikaanse benadering en in de volgende bijdrage komt het Nederlands perspectief aan bod. In onze vorige bijdrage (in *de Beursbengel* nr. 915, juni 2022) is reeds uitgelegd hoe sancties worden gehandhaafd op Amerikaans, Europees en Nederlands niveau.

Overtredingen van sancties leiden doorgaans tot boetes, strafrechtelijke vervolging, vertraging in de toeleveringsketen en reputatieschade. Dergelijke schade kan – met name in de Verenigde Staten – worden beperkt door op eigen initiatief een overtreding te melden bij bevoegde autoriteiten; de zogeheten *voluntary self disclosure* (VSD).

Dit fenomeen kennen wij in Europa met name op het gebied van het mededingingsrecht, waar een lid

Voor een VSD is het van belang dat een overtreding niet eerder is gemeld door een andere partij

van een kartel een fikse korting kan krijgen, en soms zelfs geheel vrijgesteld kan worden van boetes, als deze het kartel zelf meldt bij de mededingingsautoriteiten. Ook binnen andere rechtsgebieden vindt dit fenomeen terrein in Europa. Zo biedt bijvoorbeeld in Frankrijk de anti-corrupiewet *Sapin III* garanties aan bedrijven die op eigen initiatief onregelmatigheden melden.¹ Het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten spannen echter de kroon met uitgebreide regelingen voor VSD's, ook op het vlak van sanctierecht. Daarom staan we in deze bijdrage

eerst stil bij de Amerikaanse benadering van VSD's in het kader van de handhaving van sancties.

Achtergrond

Een VSD houdt in dat een persoon of bedrijf, voordat de autoriteiten uit eigen beweging of via derden vernemen van een overtreding van – in dit geval internationale sancties – zelf een melding doet bij de toezichthouder dat een overtreding is geconstateerd. In 'ruil' voor een dergelijke zelfmelding, krijgt de overtreder in principe een korting op de voor de desbetreffende overtredingen geldende straf. Hoe hoog die korting is, is afhankelijk van allerlei omstandigheden.

Het voordeel hiervan is dat de autoriteiten – vroegtijdig – kennisnemen van strafbare feiten, waar die anders wellicht niet aan het licht zouden zijn gekomen. In de regel – althans in veel landen – wordt een VSD gevolgd door een (intern) onderzoek en een schikkingsvoorstel, zodat een ander bijkomend voordeel van een VSD kan zijn dat geen openbaar strafproces volgt, met alle tijd, kosten en reputatieschade die daarbij komen kijken.

Amerikaanse benadering

OFAC-beleid

Indien een (rechts)persoon een (mogelijke) schending van Amerikaanse sancties constateert, kan

deze zelfstandig worden gemeld bij OFAC. Het is dan wel van belang dat de (mogelijke) schending niet al eerder is gemeld door een andere partij. Als eerst meldende partij kan men in aanmerking komen voor een vermindering van de basisstraf tot vijftig procent, conform de *Economic Sanctions Enforcement Guidelines* (ESEG). Daarnaast brengt een succesvolle VSD met zich mee dat een overtreding op administratiefrechtelijke (civil enforcement) wijze wordt afgehandeld, waar dit normaliter een strafrechtelijke aangelegenheid is. In grote lijnen werkt deze benadering van de VSD door de OFAC als volgt:

- Eerst bepaalt OFAC of sprake is van een VSD: de melding van een geconstateerde overtreding moet door het bedrijf zelf geïnitieerd zijn. Een melding door een overheidsinstantie of een derde partij (bijvoorbeeld na een geblokkeerde betaling) wordt niet als zodanig erkend.
- Dan verifieert de OFAC de melding: binnen een redelijke termijn moet OFAC een gedetailleerd rapport ontvangen van de melder dat inzicht geeft in alle omstandigheden van de overtreding en de geschonden regels. OFAC stelt hier op voorhand een vragenlijst voor op. In de praktijk betekent dit doorgaans dat een intern onderzoek wordt ingesteld, waarbij advocaten en accountants een analyse maken ten aanzien van de gemelde overtredingen, maar vooral ook van eerdere, eventueel nog niet gemelde of geconstateerde overtredingen.
- Vervolgens bestudeert de OFAC het rapport, worden eventueel aanvullende vragen gesteld, en – vaak na geruime tijd (zes maanden tot twee jaar zijn eerder regel dan uitzondering) – komt de OFAC terug met een schikkingsvoorstel.
- Indien OFAC besluit een boete op te leggen, stelt zij een basisbedrag vast. Dit doet zij op basis van haar zogeheten *Base Penalty Matrix* (zie figuur 'Base Penalty Matrix').
- De volgende twee elementen uit de matrix (zie hiernaast) zijn relevant voor de uitkomst van de basisboete: 1. *de vraag of de VSD als zodanig wordt aangemerkt*. Zoals gezegd, is hierbij van belang of de meldende partij de eerste melder was, maar ook of die partij

In veel landen wordt een VSD gevolgd door een (intern) onderzoek en een schikkingsvoorstel en volgt geen openbaar strafproces

volgens de OFAC voldoende en tijdig meewerkt aan het onderzoek en volledige openheid van zaken geeft. 2. Daarnaast is *de vraag of de overtreding als egregious, flagrant, kwalificeert*. Daarvoor is, onder meer, van belang of er sprake is van opzet, bewustzijn van het gedrag en de gevolgen van de overtreding. Een levering van nucleaire goederen aan Iran kwalificeert bijvoorbeeld eerder als flagrant dan een kleine betaling aan een gesanctioneerde persoon.

- Bij flagrante overtredingen geldt in beginsel per overtreding het toepasselijke wettelijke maximumbedrag. Dit maximumbedrag verschilt per overtreden sanctieregime, maar kan oplopen tot 1.644.396 US dollars of zelfs tweemaal het bedrag van de onderliggende transactie. Een VSD leidt ertoe dat dit bedrag wordt gehalveerd.
- Niet-flagrante overtredingen worden bestraft met een boete ter hoogte van de onderliggende transactiewaarde², met een boete ter hoogte van de 'Applicable Schedule Amount', wat afhankelijk is van de onderliggende transactiewaarde, met een maximum van 330.947 US dollar óf het toepasselijke wettelijke maximum per overtreding, afhankelijk van welk bedrag het laagst is. Indien een VSD wordt geaccepteerd, wordt dit verlaagd naar de helft van de transactiewaarde, met een max van 165,474 US dollar of de helft van de maximale wettelijke boete, afhankelijk van welk bedrag het laagste is.
- Tot slot houdt de OFAC rekening met geval specifieke omstandigheden. Uit de *Economic Sanctions Enforcement Guidelines* blijkt dat de volgende factoren worden meegenomen in de stafmaat.

- Strafverlichtende factoren:
 - Bij substantiële medewerking aan het onderzoek verlaagt de OFAC het basisbedrag tot maximaal veertig procent. Ook het aangaan van een uitstelovereenkomst door een Subject Person kan een strafverminderende invloed hebben.
 - Wanneer een bedrijf een overtreding voor het eerst begaat, verlaagt de OFAC het basisbedrag doorgaans tot maximaal vijftwintig procent.
- Strafverzwarende factoren:
 - Indien een bedrijf opzettelijk of roekeloos heeft gehandeld of overtredingen heeft verzwegen, zal de OFAC het basisbedrag doorgaans verhogen.
 - Ook het uitblijven van samenwerking met de OFAC of het niet-treffen van passende corrigerende maatregelen ter voorkoming van toekomstige schendingen kan de OFAC doen besluiten om de op te leggen boete te verhogen.

Naast het geven van een waarschuwing of het opleggen van een administratiefrechtelijke boete, kan de OFAC ook administratiefrechtelijke maatregelen treffen, zoals het opleggen van een last onder dwangsom of andere willekeurige sancties, zoals uitsluiting van het uitvoeren van USD-transacties gedurende een bepaalde periode. Voorts is van belang dat OFAC al haar schikkingen publiceert, zodat een zelfmelder ook na een VSD niet geheel aan (negatieve) publiciteit ontkomt. De OFAC kan te allen tijde een overtreding – vanwege haar ernst of weigering van medewerking aan het onderzoek – doorverwijzen naar de Department of Justice (DOJ) voor strafrechtelijke vervolging. Bij een dergelijke verwijzing komt een rechtspersoon geen aanspraak toe op

een VSD (en diens voordeelgevolgen). Bovendien zijn er strafrechtelijke boetes van toepassing, die substantieel hoger zijn dan administratiefrechtelijke boetes en is strafrechtelijke vervolging van

Figuur: Base Penalty Matrix

		Egregious Case	
		NO	YES
Voluntary Self-disclosure	YES	1. One-Half of Transaction Value (capped at lesser of \$165,474 or one-half of the applicable statutory maximum per valuation)	3. One-Half of Applicable Statutory Maximum
	NO	2. Applicable Schedule Amount (capped at lesser of \$330,947 or the applicable statutory maximum per valuation)	4. Applicable Statutory Maximum

de betrokkene(n) – met inbegrip van gevangenisstraf – niet uitgesloten.

DOJ-beleid: strafrechtelijke afdoening

Bij opzettelijke overtredingen kan de DOJ ook altijd zelf een vervolgingsactie instellen. Om dit te voorkomen, kan het voor een melder van belang zijn om een eventuele overtreding niet alleen bij de OFAC maar ook – onder omstandigheden – bij de DOJ te doen. De Amerikaanse VSD *Guidance* van de DOJ stelt de volgende eisen aan een VSD:

- De melding wordt gedaan voorafgaand aan een onmiddellijke dreiging van openbaarmaking van het gedrag of een strafrechtelijk onderzoek;
- De melding vindt plaats binnen een redelijke termijn nadat men kennis heeft genomen van de overtreding; en,
- Het bedrijf werkt volledig mee aan het onderzoek door alle relevante feiten bekend te maken, met inbegrip van feiten over eventuele betrokkenheid van werknemers en functionarissen van de onderneming bij de overtreding.

Indien hieraan is voldaan, heeft de VSD als voordeel dat eventueel een schikking met de DOJ in de vorm van een niet-vervolgsovereenkomst (*Non-Prosecution Agreement*; 'NPA') of uitgestelde vervolgsovereenkomst (*Deferred Prosecution Agreement*; 'DPA') kan worden getroffen. In beide gevallen wordt wederom een openbare zitting vermeden en kan in sommige gevallen zelfs gevangenisstraf worden voorkomen. We herkennen echter de trend dat DOJ dergelijke overeenkomsten weigert te sluiten met individuen en deze slechts nog met rechtspersonen aangaat. Bij een geconstateerde overtreding betrokken individuen kunnen dan alsnog vervolgd worden in een openbare procedure.

Mogelijkheid tot niet-vervolgsovereenkomst

Een bedrijf komt, in geval van VSD, volgens de DOJ in aanmerking voor een NPA, waarbij in beginsel geen boete betaald hoeft te worden. Doorgaans omvat een NPA de volgende voorwaarden:

- de DOJ doet afstand van strafrechtelijke vervolging;

- de (rechts)persoon erkent geen enkele vorm van aansprakelijkheid; en,
- afdoening vindt plaats zonder tussenkomst van een rechter.

Een NPA omvat zelden monitorvereisten of strenge compliancemaatregelen. In geval van strafverzwarende omstandigheden – zoals de betrokkenheid van hoger leidinggevend, aanzienlijke winst door de overtreding of eerdere overtredingen in het verleden – komt de zelfmelder *niet* in aanmerking voor een NPA. Ondernemingen die overtredingen niet op eigen initiatief melden komen vanzelfsprekend in beginsel evenmin in aanmerking voor niet-vervolg.

Uitgestelde vervolgsovereenkomst

In geval van strafverzwarende omstandigheden, kan de DOJ een zelfmelder – zoals gezegd, geen NPA maar wel een DPA – een uitgestelde vervolgsovereenkomst, aanbieden. Een DPA is strenger van aard, vereist goedkeuring van een rechter en stelt doorgaans de volgende voorwaarden:

- oplegging van een geldboete;
- erkenning van de feiten, waaronder aansprakelijkheid; en
- de verbintenis om aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Deze aanvullende voorwaarden bestaan in de regel uit monitoring- en rapportageverplichtingen, maar kunnen ook zien op het opstellen van een complianceprogramma of het aanstellen van een compliance officer.

De ondertekening van een DPA schort de vervolging op. Indien binnen de voorgeschreven termijn niet aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan, dan volgt alsnog vervolging voor de overtreding. De vervolging zal dus gedurende de looptijd van de DPA als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de (rechts)persoon blijven hangen.

Overigens heeft een VSD ook in het kader van de DPA enig effect. Zo zal de DOJ in geval van zelfmelding een boete voorstellen die, net als in het geval van de OFAC, ten minste *vijftig procent* lager is dan de boete die zou zijn opgelegd als de entiteit niet zelf had gemeld. Ook kan de DOJ afzien van het opleggen van monitoring en

rapportageverplichtingen, als de partij ten tijde van ondertekening van de DPA een effectief complianceprogramma heeft geïmplementeerd.

Een afwijking van deze vereisten kan een gunstiger regeling uitsluiten. Om volledig van de vruchten van de VSD-regeling te profiteren, moet een bedrijf niet alleen zelfmelden, maar ook volledige medewerking verlenen aan het onderzoek én tijdig, passende herstelmaatregelen treffen. Onder herstelstappen wordt verstaan: het analyseren van de oorzaak, het uitvoeren of verbeteren van nalevingsprogramma's en, indien mogelijk, het nemen van disciplinaire maatregelen tegen de betrokkenen.

Conclusie: de Amerikaanse VSD is een efficiënt handhavingsinstrument

Kortom, een VSD vergt het nodige van een rechtspersoon. Terwijl de OFAC of de DOJ wellicht zonder een VSD niet op de hoogte zouden zijn geweest van een schending van internationale sancties, wordt deze overtreding nu vrijwillig gemeld, met de aanzienlijke kans dat er een of andere vorm van bestraffing volgt. Niettemin wordt dit in veel gevallen gekozen boven handhaving door de Amerikaanse autoriteiten zonder VSD, aangezien dit doorgaans leidt tot een publiek proces met alle negatieve beeldvorming van dien, oplopende proceskosten en substantieel hogere boetes dan in het geval waarin een VSD wordt gedaan. Daarom kiezen steeds meer bedrijven ervoor om overtredingen van sancties zelf te melden, hetgeen ertoe leidt dat de OFAC de belangrijkste en machtigste sanctie-rechtautoriteit ter wereld is. Tot slot, in de volgende en tevens laatste bijdrage van dit drieluik, besteden we aandacht aan de Nederlandse benadering van de VSD en bieden we praktische handvatten voor het naleven van sanctieregeling. ●

Mr. Y. (Yvo) Amar en mr. T. (Tessie) Schuurs
De auteurs zijn als advocaat werkzaam bij
BenninkAmar Advocaten te Amsterdam.

Voetnoten

- 1 https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4586_proposition-loi#D_Article_6 <https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/frankrijk-groen-licht-voor-nieuwe-anti-corruptiewet-sapin-iii-1>.
- 2 Dit houdt in dat de dollarwaarde van een transactie of de waarde van het goed of het bedrag van de geldovermaking dat niet is geblokkeerd of overgemaakt dan wel het economische voordeel dat een partij heeft genoten.