



## Applausje voor de Britse Bribery Act

### Samenvatting: drie stappen vooruit, één achteruit

Op 1 juli 2011 treedt in het Verenigd Koninkrijk (VK) de langverwachte Bribery Act in werking. De wet is in de nadagen van de laatste Labour regering in april 2010 aangenomen. Eerdere wetgeving inzake omkoping en corruptie dateerde van 1889. Met de nieuwe wet is het VK dan eindelijk in de moderne tijd beland, 14 jaar nadat het land de OECD Convention Against Bribery of Foreign Public Officials heeft geratificeerd en 34 jaar nadat in de VS de Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) is aangenomen. Voor beleggers die zich zorgen maken over aangescherpte anticorruptie maatregelen en de boetes van vele miljoenen dollars waarmee steeds meer grote namen zich geconfronteerd zien (onder andere Siemens, Halliburton, BAE Systems, Thalès, Alcatel-Lucent, Statoil, HP en Merck), is dit goed nieuws. Maar waarom is dat zo? Waarom zijn een strengere wetgeving, beter toezicht op de naleving en hogere boetes beter voor het rendement van de belegger? Is het - nu opkomende markten met een zwakker rechtsstelsel en wijdverbreide corruptie steeds meer kapitaal aantrekken - nog realistisch om te verwachten dat Westerse bedrijven meeconcurreren, zonder het 'lokale spelletje mee te spelen'?

Met smeergeld kan misschien een zakentransactie worden binnengehaald, maar het lijdt geen twijfel dat het bedrijfsrisico door corruptie toeneemt en dat het rendement eronder te lijden heeft. De belegger heeft dan ook veel te winnen bij een bedrijfsleven dat zich niet met corruptie inlaat en bij autoriteiten die geen enkele concessie doen aan de uitroeiing van corruptie. F&C bevindt zich om die reden al sinds 2000 in de voorhoede van de beleggingsgemeenschap in de roep om strengere anticorruptienormen<sup>1</sup> en heeft een actieve rol gespeeld bij het aannemen van de Bribery Act. De nieuwe wet heeft lang op zich laten wachten en tot op het laatste moment is er geprobeerd de invoering ervan te vertragen en de wet af te zwakken (tot en met de controversiële leidraad van het Britse Ministerie van Justitie (MoJ) die de reikwijdte van de wet buiten het VK verkleint). Toch is de nieuwe wet een historische mijlpaal in de inspanningen van het VK om een hoge norm van deugdelijk ondernemingsbestuur na te leven en om zijn centrale rol in het internationale financiële stelsel in te zetten in de wereldwijde strijd tegen corruptie.

### Corruptie en de belegger

Corruptie legt een enorm - grotendeels verborgen - beslag op vermogensopbouw. De beleggingsrisico's nemen toe en het rendement staat onder druk. Leegstaande luchthavens, bruggen die nergens naar toe gaan, instortende scholen en verlaten ziekenhuizen: de omvang van de verspilling en verduistering behelst jaarlijks naar schatting ruim \$ 2,5 biljoen, 5% van het BBP.

Door kapitaal weg te laten lopen bij de 'hoogste en beste bestemming' naar projecten die de grootste illegale beloning beloven, vertekenen niet alleen de concurrentieverhoudingen. Ook ontstaat een bedrijfscultuur die gericht is op het omzeilen van de wet die de rechtsstaat ondermijnt en die omstandigheden in de hand werkt waarin ondernemingen hun aandeelhouders net zo slecht behandelen als andere zakenpartners. Het moge duidelijk zijn dat dit niet in het belang is van de langetermijnbelegger en diens opdrachtgevers.

### De Britse Bribery Act: stormachtig begin krijgt beleggers op de been

De Bribery Act is dan ook erg welkom, zelfs al heeft de wet veel te lang op zich laten wachten. De komst van de wet is echter allesbehalve soepel verlopen. Van binnen en buiten het VK was er kritiek op het vergaande extraterritoriale bereik van de wet en op de bewuste keuze om bij een veroordeling de bewijslast te verlichten door de eis te laten varen dat er ook daadwerkelijk een voorval van corruptie moest worden aangetoond. In plaats daarvan wordt in artikel 7 van de wet een overtreding geïntroduceerd onder de noemer 'failing to prevent bribery'. Volgens dat artikel kunnen ondernemingen civiel- en strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld als de aanwezige anti-omkopingsprocedures ontoereikend worden bevonden (de zogenoemde 'Adequate Procedures'). Door de omkoping van buitenlandse publieke functionarissen strafbaar te stellen, zelfs al vond het misdrijf niet op Britse bodem plaats, is het gat met de Amerikaanse FCPA nu gedicht. Sterker nog, door ook particuliere omkoping (illegale betalingen aan niet-overheidspartijen met als doel klanten te werven) en 'voorwaarden scheppende betalingen'<sup>2</sup> te verbieden, gaat de nieuwe Britse wet aanzienlijk verder dan haar Amerikaanse voorganger.

<sup>1</sup>F&C heeft de in 2009 gepubliceerde anticorruptieprincipes van het International Corporate Governance Network (ICGN) geschreven en is voorzitter van de Business Ethics Working Group van het ICGN.

<sup>2</sup>Voorwaardenscheppende betalingen of 'facilitation payments' worden gedefinieerd als kleine betalingen die de levering van diensten waar de betaler recht op heeft maar die anders trager zouden verlopen, te versnellen. In tegenstelling tot echte steekpenningen wordt hiermee geen klant binnengehaald of behouden. Wel is er sprake van een zakelijk voordeel ten opzichte van concurrenten die ervoor kiezen dit soort betalingen niet te doen.



Behalve dat F&C altijd voorstander van de invoering van de Bribery Act is geweest, is onder het aanvoerderschap van F&C in het najaar van 2010 ook een gezamenlijke reactie van medebeleggers gegeven op de consultatie over de leidraad ('Guidance') van het MoJ<sup>3</sup>. De feitelijke invoering van de wet is zeker niet eenvoudig verlopen. In verband met een sterke lobby vanuit het bedrijfsleven tegen de wet verliepen de eerste maanden van het jaar onrustig. F&C heeft diverse malen moeten ingrijpen en voor de aanneming van de wet zonder vertraging en afzwakking moeten pleiten.

De tussenkomst van F&C nam onder andere de vorm aan van een brief in januari 2011 van het International Corporate Governance Network (ICGN) – onder leiding van F&C als voorzitter van het Business Ethics Committee – aan het Prime Minister's Office. Hierin werd bezwaar aangetekend tegen de beslissing van de regering om de invoering van de wet uit te stellen<sup>4</sup>. Dit leverde niets op: de regering stelde de inwerkingtreding van de wet uit om het MoJ extra tijd te geven om met een leidraad ('Guidance') te komen over de manier waarop zou worden toegezien op de naleving ervan.

Kort voordat die Guidance zou worden gepubliceerd, bleek uit een gelekt rapport dat het MoJ was bezweken voor het pleidooi vanuit de kapitaalmarkten dat aan de London Stock Exchange genoteerde buitenlandse ondernemingen buiten het kader van de wet moesten vallen, tenzij die ondernemingen ook andere banden met het VK hadden. F&C heeft direct protest aangetekend bij het Prime Minister's Office en daarbij de volgende vragen gesteld:

- Waarom wordt een beroep op kapitaal in Londen niet beschouwd als zakendoen in het VK? Kapitaalberoep vormt toch zeker een integraal onderdeel van zakendoen?
- Is dit niet duidelijk in het nadeel van eerlijke Britse ondernemingen die zich volgens de wet niet aan corrupte praktijken schuldig mogen maken?
- Is het in feite de bedoeling van het MoJ dat kapitaal dat op de Britse markten is opgehaald als smeergeld kan worden gebruikt, maar dat de onderneming die dat doet haar straf ontloopt?

F&C heeft vervolgens met een groep Britse collega-beleggers nog een derde brief naar het Prime Minister's Office gestuurd<sup>5</sup>. Verder hebben we onze naam verbonden aan een ingezonden brief van beleggers aan de Financial Times om onze steun voor de wet kracht bij te zetten en uiting te geven aan onze zorg over het buiten beschouwing laten van buitenlandse emittenten aan de London Stock Exchange<sup>6</sup>. F&C heeft in het hoog aangeschreven actualiteitenprogramma Today Programme op BBC Radio 4 de boodschap ook nog eens aan het bredere Britse publiek overgebracht.

## Leidraad met een deukje?

De leidraad van het Britse MoJ is uiteindelijk eind maart 2011 gepubliceerd. Gunstig is dat er geen verdere pogingen zijn ondernomen om de datum van inwerkingtreding nog verder uit te stellen. De leidraad bevestigde dat de wet in juli 2011 van kracht wordt. Ook biedt de Guidance meer duidelijkheid over welke onderdelen van de wet wel of niet via de rechter kunnen worden afgedwongen (vooral corporate hospitality heeft de gemoederen nogal bezig gehouden).

Teleurstellend is dat er in de leidraad is vastgehouden aan de al eerder uitgelekte maas in de wet voor buitenlandse ondernemingen met een beursnotering in Londen als deze behalve die beursnotering verder geen commerciële activiteiten in het VK ontplooiën. In de Guidance zijn ook bepaalde maatregelen voor joint ventures en toeleveringsketens aangegeven waarmee ondernemingen onder vervolging uit hoofde van de wet kunnen uitkomen. De oorspronkelijke bedoeling van de wet, namelijk om een onderneming verantwoordelijk te stellen voor de handelingen die derden namens die onderneming verrichten (zoals al jaren in de FCPA is geregeld), wordt hier eigenlijk mee afgezwakt, vanwege twijfels over de intentie van de overheid. Per saldo is de wet nog altijd een verbetering op haar voorganger, maar in de optiek van F&C heeft de wetgever door op het laatst overstap te gaan het doel en de effectiviteit van de wet fundamenteel aangetast.

## Wie haalt het eerst bakzeil?

Ondanks deze teleurstelling zijn het protest en de publiciteit over het buiten beschouwing laten van buitenlandse emittenten het Serious Fraud Office (SFO), het orgaan dat vervolgingen uit hoofde van de wet instelt, niet ontgaan. In een reactie op de publieke bezorgdheid waarschuwde de directeur van de SFO, Richard Alderman: "I would say to companies not to rely on very technical arguments that ... you are outside the scope of the act."<sup>7</sup> De Minister van Justitie Kenneth Clarke liet onbedoeld een soortgelijk geluid horen. Critici raadde hij aan om met hun ongenoegen over de interpretatie van de wet naar de rechter te stappen. Het ziet er naar uit dat het nog wel even duurt voordat het bedrijfsleven krijgt wat dit het liefste wil: voorspelbaarheid. Gezien de bravoure van Lord Clarke enerzijds en de vasthoudendheid van de heer Alderman anderzijds, valt aan te nemen dat belangrijke aspecten van de nieuwe wet bij de rechter zullen worden uitgevochten.

<sup>3</sup> Zie ook: [http://www.fandc.com/FundNets\\_FileLibrary/file/FC\\_response\\_to\\_Ministry\\_of\\_Justice\\_consultation\\_on\\_UK\\_Bribery\\_Act\\_of\\_2010.pdf](http://www.fandc.com/FundNets_FileLibrary/file/FC_response_to_Ministry_of_Justice_consultation_on_UK_Bribery_Act_of_2010.pdf)

<sup>4</sup> Zie ook: [http://www.fandc.com/FundNets\\_FileLibrary/file/ICGN\\_letter\\_to\\_UK\\_Prime\\_Minister\\_regarding\\_UK\\_Bribery\\_Act\\_January\\_2011.pdf](http://www.fandc.com/FundNets_FileLibrary/file/ICGN_letter_to_UK_Prime_Minister_regarding_UK_Bribery_Act_January_2011.pdf)

<sup>5</sup> Zie ook: [http://www.fandc.com/FundNets\\_FileLibrary/file/Investor\\_letter\\_to\\_UK\\_Prime\\_Minister\\_regarding\\_UK\\_Bribery\\_Act.pdf](http://www.fandc.com/FundNets_FileLibrary/file/Investor_letter_to_UK_Prime_Minister_regarding_UK_Bribery_Act.pdf)

<sup>6</sup> "Investment groups seek Bribery Act assurance", Financial Times, 29 maart 2011: <http://www.ft.com/cms/s/0/db911444-598b-11e0-baa8-00144feab49a.html#axzz1KisSGP2I>

<sup>7</sup> "Fraud chief vows tough stance on Bribery Act", Financial Times 30 maart 2011: <http://www.ft.com/cms/s/0/a7c5d7b2-5b07-11e0-a290-00144feab49a.html#axzz1KisSGP2I>



## En nu weer gewoon verder ...

Het onderwerp is op het hoogste niveau binnen de regering en in de media op de kaart gezet. F&C gaat zich nu gewoon weer bezighouden met anticorruptie als belangrijk element van de dagelijkse actieve dialoog met ondernemingen. Door strengere wetten en aangescherpt toezicht op de naleving van die wetten, kunnen omkoping en corruptie naar verwachting in het VK en ook in andere rechtsgebieden wereldwijd verder worden teruggedrongen. Met deze wet worden er ook veel strengere anticorruptie-eisen aan ondernemingen gesteld. De lat zal dus hoger moeten, willen ondernemingen nog aan 'best practice' voldoen. Past een onderneming de werkwijze niet aan, dan kan dat niet alleen leiden tot stevige boetes, maar ook tot het op de zwarte lijst terechtkomen bij de inschrijving op contracten en tot forse reputatieschade. Misschien nog wel het schadelijkst voor een onderneming is het vooruitzicht dat de bedrijfstop dan voortdurend het onderwerp is van eindeloze onderzoeken en rechtszaken. Kortom: van een verleidelijke maar moreel verwerpelijke manier om een lucratief contract in de wacht te slepen, is corruptie inmiddels uitgegroeid tot persoonlijke en zakelijke zelfmoord voor een bedrijf of bestuur dat onverstandig genoeg is om zich daar de vingers aan te branden.

In het afgelopen half jaar heeft F&C alle ondernemingen in de **reco**-portefeuilles benaderd om hen te wijzen op de Bribery Act. Er is aangedrongen op krachtig beleid, procedures, training en informatieverschaffing om de risico's mee te lijf te gaan, alsook op duidelijk leiderschap vanuit het bestuur. Dit thema blijft een belangrijke rol spelen in ons actieve aandeelhouderschap: onze boodschap is en blijft dat er voor corruptie geen plaats is bij ondernemingen waarin wij voor de langere termijn willen beleggen.

## Zij zeiden...

**"It will be up to the court to decide whether or not any individual organisation can be said to be 'carrying on a business' in the UK. They obviously take a range of factors into account-- a mere listing on the London Stock Exchange or just the fact of having a UK-incorporated subsidiary would not necessarily mean the Act applies."**

**Kenneth Clarke, Lord Chancellor en Secretary of State for Justice, bij de publicatie van de Guidance van het Britse MoJ inzake de Bribery Act, 30 maart 2011.**

## Wij zeiden...

**"The integrity of the London financial market is one of its greatest advantages. A potential carve-out of overseas issuers from the Bribery Act's purview would challenge this reputation and disadvantage UK companies that are prohibited from corrupt activities under the act."**

**Ingezonden brief F&C, Financial Times, 29 maart 2011.**

## Zij zeiden...

**"What constitutes economic engagement or carrying on business in the UK as the Act puts it? When is the engagement so insubstantial that it can be ignored and when does it cross the line and become substantial and demonstrable? It will be for the courts to decide on these and other issues. For example, what is involved in the company's listing? Is the company trading in the UK? Is it raising finance? Is it spending time dealing with numerous stakeholders such as shareholders? What corporate functions are carried out in the UK? I think it is right that we probe this in particular cases in order to see whether, on the natural construction of these words, the activity involved does satisfy the test."**

**Richard Alderman, Director, Serious Fraud Office, naar aanleiding van de publicatie van de Guidance van het Britse MoJ inzake de Bribery Act, 7 april 2011.**