

De reikwijdte van *government instrumentality* onder de FCPA

mr. A. Verbruggen & mr. T. van Roomen*

1. Inleiding

In de Amerikaanse Foreign Corrupt Practices Act 1977 ('FCPA')² is een verbod opgenomen om gebruik te maken:

[...] 'of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of' a bribe to 'any foreign official' or to 'any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official,' for the purpose of 'influencing any act or decision of such foreign official [...] in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.'

Het betreft aldus een verbod om betalingen te doen aan buitenlandse ambtenaren ('foreign officials') teneinde zakelijke transacties te verkrijgen of te behouden. De FCPA definieert een *foreign official* als 'any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof.' Uit de wettekst volgt dat de FCPA beperkt is tot de omkoping van buitenlandse ambtenaren – Amerikaanse ambtenaren vallen dus buiten de 'scope' van deze anti-corruptiebepalingen.

Recentelijk zijn Joel Esquenazi ('Esquenazi') en Carlos Rodriguez ('Rodriguez') in de Verenigde Staten ('VS') tot hoge gevangenisstraffen veroordeeld ter zake van overtreding van de anti-corruptiebepalingen van de FCPA. In de strafzaak tegen Esquenazi en Rodriguez – *U.S. v. Esquenazi* – stond de vraag centraal wat moet worden verstaan onder een (*government*) *instrumentality*.³ Deze vraag is van belang, omdat een medewerker van een *instrumentality* wordt

beschouwd als een buitenlandse ambtenaar en derhalve valt onder het omkopingsverbod van de FCPA.

Rechtspraak over de (reikwijdte van de) FCPA is schaars. De meeste FCPA-zaken resulteren in een *out-of-court settlement*. *U.S. v. Esquenazi* is de eerste zaak waarin een Amerikaanse rechter een definitie van en enkele beoordelingsfactoren voor het begrip *instrumentality* heeft gegeven. Deze uitspraak heeft mogelijk (ook) gevolgen voor een groot aantal Nederlandse bedrijven. In de onderhavige bijdrage zullen wij dit nader toelichten.

Alvorens we ingaan op de zaak *U.S. v. Esquenazi*, wordt in § 2 eerst aandacht besteed aan de (extraterritoriale) reikwijdte van de FCPA. In de daaropvolgende paragraaf volgt een uiteenzetting van de achtergrond van het begrip *instrumentality* onder de FCPA (§ 3). In § 4 worden de feiten en het juridisch kader van *U.S. v. Esquenazi* behandeld. We sluiten af met een analyse van de uitspraak en de (mogelijke) implicaties voor Nederlandse bedrijven (§ 5).

2. De reikwijdte van de FCPA

De VS was het eerste land dat wetgeving introduceerde die strekte tot de strafbaarstelling van omkoping van ambtenaren buiten haar eigen grondgebied. De kring van personen en bedrijven tot wie het anti-corruptieverbod van de FCPA zich richt – de 'actieve' omkoper(s) – is namelijk niet beperkt tot de landsgrenzen van de VS. De FCPA-bepalingen zijn van toepassing op *issuers*, *domestic concerns* en *persons other than issuers or domestic concerns*. Grofweg zijn *issuers*⁴ bedrijven met in de VS geregistreerde

¹ Beiden advocaat te Amsterdam.

² <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-english.pdf>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

³ *U.S. v. Esquenazi*, zaaknummer 11-15331, (11th Cir. 2014) ('*U.S. v. Esquenazi*').

⁴ § 78dd-1 FCPA – 'Prohibited foreign trade practices by issuers'. FCPA Resource Guide, p. 20: 'A company is an 'issuer' under the FCPA if it has a class of securities registered under Section 12 of the Exchange Act or is required to file periodic and other reports with SEC under Section 15(d) of the Exchange Act. In practice, this means that any company with a class of securities

effecten⁵ of met Amerikaanse rapportageverplichtingen.⁶ Amerikaanse bedrijven en individuen worden aangemerkt als *domestic concerns*.⁷ *Persons other than issuers or domestic concerns*⁸ betreffen buitenlandse individuen en bedrijven zonder beursnotering in de VS.

Uit het voorgaande volgt dat ook Nederlandse bedrijven en individuen onder de werking van de FCPA kunnen vallen. Ten eerste geldt dit voor Nederlanders die werkzaam zijn bij een *domestic concern* en voor Nederlandse bedrijven die deel uitmaken van een grotere groep c.q. die dochter zijn van een Amerikaanse moedervennootschap die kwalificeert als een *domestic concern*.⁹ Voorts kunnen Nederlandse bedrijven kwalificeren als *issuer*. Op 31 december 2013 gold dit voor 21 Nederlandse bedrijven.¹⁰ Ten slotte kunnen *persons other than issuers or domestic concerns* onder de reikwijdte van de FCPA vallen, indien de omkopingsgedragingen plaatsvinden op Amerikaans grondgebied. Hiervoor is voldoende dat sprake is van een nexus met de VS (locus delicti), zoals – zo volgt uit de wettekst – de ‘*use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce*’. Telefoneren, e-mailen, sms-en naar of ‘door’ de VS, internetoverboekingen van of naar Amerikaanse bankrekeningen, betalingsverkeer

listed on a national securities exchange in the United States, or any company with a class of securities quoted in the over-the-counter market in the United States and required to file periodic reports with SEC, is an issuer. A company thus need not be a U.S. company to be an issuer. Foreign companies with American Depository Receipts that are listed on a U.S. exchange are also issuers.

⁵ Zie Section 12 Exchange Act – ‘*Registration requirements for securities*’.

⁶ Zie Section 15(d) Exchange Act – ‘*Registration and regulation of brokers and dealers*’.

⁷ § 78dd-2 FCPA – ‘*Prohibited foreign trade practices by domestic concerns*’.

⁸ § 78dd-3 FCPA – ‘*Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns*’.

⁹ § 78dd-2(h)(1) FCPA: ‘*The term ‘domestic concern’ means (A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States.*’

¹⁰ *Foreign companies registered and reporting with the U.S. Securities and Exchange Commission*, <http://www.sec.gov/divisions/corpin/internatl/foreigngeographic2013.pdf>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015. Deze bedrijven zijn: AEGON N.V., AerCap Holdings N.V., ASM International N.V., ASML Holding N.V., AVG Technologies N.V., CNH Global N.V., Constellation N.V., FI CBM Holdings N.V., ICTS International N.V., ING Groep N.V., InterXion Holding N.V., NXP Semiconductors N.V., Philips Electronics N.V., Pinafore Holdings B.V., Prosensa Holding N.V., Qiagen N.V., RBS Holdings N.V., Reed Elsevier N.V., STMicroelectronics N.V., Unilever N.V. en Yandex N.V.

via Amerikaanse betaalsystemen en reizen van, naar en door de VS zijn allemaal gedragingen die zien op *interstate commerce* in de zin van de FCPA.

Na de inwerkingtreding van de FCPA in 1977 hoopte de VS dat ook andere landen vergelijkbare anti-corruptiewetgeving zouden invoeren, teneinde te bewerkstelligen dat zowel buitenlandse als Amerikaanse bedrijven aan dezelfde regels zijn gebonden en zodoende een *level playing field* ontstaat. De VS heeft er daarom in het verleden bij de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (‘OESO’) op aangedrongen een internationaal anti-corruptie instrument te ontwikkelen.¹¹ Pas in 1997 leidde dit tot het OESO anti-corruptieverdrag.¹²

De U.S. Department of Justice (‘DOJ’) en de Securities and Exchange Commission (‘SEC’) zijn belast met het toezicht op de naleving van de FCPA. Gelet op de initiërende rol die de VS bij de totstandkoming van het OESO-anti-corruptieverdrag hebben gespeeld, wekt het geen verbazing dat de DOJ en de SEC een actief handhavingsbeleid beogen. De Amerikaanse handhavers fungeren al geruime tijd als anti-corruptiewaakhond van de wereld. Veelzeggend in dit verband is de beoordeling door de OESO in 2013 van het Amerikaanse anti-corruptiebeleid betreffende buitenlandse ambtenaren: ‘[...] *the United States, through U.S. Department of Justice (DOJ) and the U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), has maintained a robust enforcement effort, producing significant fines, disgorgements and other financial penalties against corporations for violations of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).*’¹³ In datzelfde jaar merkte de OESO over Nederland op dat het ‘*remains seriously concerned that the overall results of foreign bribery investigations and prosecutions are too low, with no convictions to date.*’¹⁴ In deze context kan de actieve, soms zelfs agressieve handhavingspolitiek van de VS worden begrepen: bij gebreke van handhaving door andere landen, heeft de VS de rol van internationale anti-corruptiepolitieagent op zich genomen. De lange arm van de VS ter zake van internationale corruptiebestrijding is steeds duidelijker zicht- en voelbaar bij niet-Amerikaanse bedrijven. Zo legden de DOJ en de SEC ter zake van FCPA-overtredingen in 2014 een recordbedrag van \$ 1.57 miljard aan boetes

¹¹ Zie G. Smid, *Omkoping bestraft? Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van (buitenlandse) omkoping*, (diss. Rotterdam) 2012.

¹² Voluit: het Verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties (Parijs, 17 december 1997).

¹³ <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/unitedstates-oecdanti-briberyconvention.htm>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

¹⁴ <http://www.oecd.org/netherlands/netherlandsmustsignificantlystepupitsforeignbriberyenforcementsaysoecd.htm>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

en *disgorgements*¹⁵ op, hoofdzakelijk aan buitenlandse bedrijven.¹⁶ De in de top tien *corporate FCPA settlements* opgenomen megaschikkingen betreffen voor het merendeel – te weten 8 van de 10 – buitenlandse (d.w.z. niet-Amerikaanse) bedrijven.¹⁷ Het Nederlandse Snamprogetti Netherlands B.V. staat met een schikking van \$ 365 miljoen in 2010 op de zevende plaats.¹⁸ Naast Snamprogetti zijn in het verleden verschillende andere Nederlandse bedrijven beboet vanwege FCPA-overtredingen, te weten Koninklijke Philips Electronics¹⁹, Shell²⁰ en Akzo Nobel²¹.

Ook het aantal vervolgingen onder de FCPA jegens niet-Amerikaanse individuen lijkt toe te nemen.²² Het betreft met name topbestuurders, waaronder CEO's en managing directors.²³ Recentelijk heeft de voormalige Amerikaanse minister van Justitie, Attorney General Eric Holder, publiekelijk benadrukt dat de opsporing en vervolging van natuurlijke personen – in het bijzonder van degenen die verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het ontstaan van de financiële crisis – thans de hoogste aandacht van de DOJ hebben.²⁴ Ook in Nederland is deze tendens zichtbaar: in financieel-

economische strafzaken is het beleid van het Nederlandse Openbaar Ministerie ('OM') gericht op enerzijds het treffen van schikkingen met (verdachte) rechtspersonen en anderzijds de vervolging van de betrokken (verdachte) natuurlijke personen.²⁵

De handhaving van de FCPA kan vergeleken worden met een internationale belastingheffing die discretionair door de DOJ en de SEC kan worden toegepast.²⁶ Hoewel de eerste (buitenlandse) corruptieonderzoeken door het OM inmiddels van de grond zijn gekomen²⁷, lijken Nederlandse bedrijven vooralsnog meer te moeten vrezen van de Amerikaanse handhavers dan van het OM. Zij doen er daarom verstandig aan zorg te dragen voor een bedrijfsvoering die in overeenstemming is met de FCPA. Tegen deze achtergrond besteden wij in de onderhavige bijdrage aandacht aan het *instrumentality* begrip.

3. Instrumentality onder de FCPA

Een definitie van de term *instrumentality* ontbreekt in de FCPA. Bovendien wordt ook in de Amerikaanse wetsgeschiedenis en de rechtsliteratuur²⁸ (vrijwel) geen aandacht besteed aan dit begrip. Aangezien de meeste FCPA-zaken buitengerechtelijk worden afgedaan, bestaat in dit verband nauwelijks rechtensrecht. Slechts twee andere rechtbanken hebben tot *U.S. v. Esquenazi* gepoogd enkele toetsingsfactoren te geven voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een *instrumentality* in de zin van de FCPA. Het betreft de zaken *U.S. v. Noriega* ('Noriega')²⁹ en *U.S. v. Carson* ('Carson').³⁰

¹⁵ Een *disgorgement* is vergelijkbaar met een ontnemingsmaatregel.

¹⁶ <http://www.jonesday.com/fcpa-year-in-review-2014-02-06-2015/>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

¹⁷ <http://www.fcpablog.com/blog/2014/12/23/with-alstom-three-french-companies-are-now-in-the-fcpa-top-t.html> en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/1/5/from-alstom-six-reasons-why-non-us-companies-dominate-the-fc.html>, beiden laatst geraadpleegd op 20 mei 2015. Het Duitse Siemens voert sinds 2008 de lijst aan, met een schikking van \$ 800 miljoen. In de top tien staan verder de Franse bedrijven Alstom, Total SA en Technip SA (respectievelijk \$ 800 miljoen in 2014, \$ 398 miljoen in 2013 en \$ 338 miljoen in 2010), het Britse BAE (\$ 400 miljoen in 2010), het Japanse JGC Corporation (\$ 218.8 miljoen in 2011) en het Duitse Daimler AG (\$ 185 miljoen in 2010).

¹⁸ <http://www.justice.gov/opa/pr/snamprogetti-netherlands-bv-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

¹⁹ <http://www.sec.gov/litigation/admin/2013/34-69327.pdf>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²⁰ <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/snepco.html> en <http://www.sec.gov/litigation/admin/2010/34-63243.pdf>, beiden laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²¹ http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2007/December/07_crm_1024.html, <http://www.sec.gov/litigation/lit-releases/2007/lr20410.htm>, beiden laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²² <http://www.fcpaprofessor.com/a-focus-on-doj-fcpa-individual-prosecutions-2>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²³ <http://www.jonesday.com/fcpa-year-in-review-2014-02-06-2015/>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²⁴ <http://www.justice.gov/opa/speech/remarks-attorney-general-eric-holder-press-conference-announcing-settlement-sp> en <http://www.publicintegrity.org/2015/02/17/16786/holder-starts-90-day-clock-potential-prosecution-bankers>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²⁵ <http://www.nrc.nl/nieuws/2014/11/13/om-wil-na-schikking-toch-vervolging-medewerkers-sbm/> en <http://fd.nl/economie-politiek/902366/het-onderzoek-is-nog-niet-afgerond-wij-zijn-nog-in-overleg-met-een-aantal-landen>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

²⁶ Vgl. A.M. Leibold, 'Extraterritorial Application of the FCPA under International Law', *Willamette Law Review*, 31 augustus 2014.

²⁷ Zie in dit verband de transacties met Ballast Nedam (<https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@31092/transactie-ballast/>) en met SBM Offshore (<https://www.om.nl/onderwerpen/afpakken/pakt-2014/@87202/sbm-offshore-betaalt/>), beiden laatst geraadpleegd op 20 mei 2015).

²⁸ De totstandkomingsgeschiedenis van de FCPA bevat geen nadere aanknopingspunten betreffende het toepassingsbereik van het *instrumentality* begrip. De enige wetenschappelijke publicatie over dit onderwerp is Clinton R. Long, 'Navigating the FCPA's Ambiguous 'Instrumentality' Provision: Lessons for the Energy Industry', *Richmond Journal of Global Law & Business* (2013).

²⁹ *U.S. v. Noriega*, zaaknummer 10-01031 (C.D. Cal., 20 april 2011).

³⁰ *U.S. v. Carson*, zaaknummer 09-77 (C.D. Cal., 18 mei 2011).

In de zaak Noriega werden door de rechtbank vijf wegingsfactoren genoemd:

- de entiteit verleent een dienst aan de burgers;
- de belangrijkste functionarissen van de entiteit zijn door overheidsbeambten benoemd;
- de entiteit wordt voor het grootste deel gefinancierd met overheidsgelden;
- aan de entiteit is zeggenschap toegekend en
- de entiteit vervult publieke functies.

In de zaak Carson noemde de rechtbank de volgende zes factoren:

- de karakterisering van de entiteit door de overheid;
- de mate van zeggenschap over de entiteit door de overheid;
- het doel van de activiteiten van de entiteit;
- de wettelijke verplichtingen van de entiteit (o.a. de vraag of sprake is van een monopoliepositie);
- de omstandigheden waaronder de entiteit is opgericht en
- het eigendomsbelang dat de overheid in de entiteit houdt (o.a. de vraag of sprake is van een continue financiële ondersteuning).

Overigens is onduidelijk welk gewicht aan elk van deze – niet-cumulatieve – factoren moet worden toegekend wil sprake zijn van een instrumentality.

Naast voornoemde uitspraken biedt de in november 2012 door de DOJ en de SEC gepubliceerde Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act³¹ ('FCPA Guide') enige handvatten voor de uitleg van het begrip instrumentality. In de FCPA Guide wordt opgemerkt dat dit begrip ruim moet worden geïnterpreteerd en zowel 'state-owned' als 'state-controlled' bedrijven omvat. Om te beoordelen of een bedrijf kan worden beschouwd als een instrumentality, moet worden gekeken naar het eigendom, de controle, de status en de functie van het betreffende bedrijf. Meer concreet moet blijken de FCPA Guide de volgende non-limitatieve lijst met factoren in ogenschouw worden genomen:

- de mate waarin de onderneming eigendom is van de buitenlandse staat;
- de mate waarin de buitenlandse staat controle uitoefent op de onderneming;
- de kwalificatie die de buitenlandse staat aan de onderneming en haar werknemers geeft;
- de omstandigheden betreffende de oprichting van de onderneming;
- het doel van de activiteiten die de onderneming ontplooit;

³¹ <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015. De FCPA Guide is gepubliceerd door de Criminal Division van de DOJ en de Enforcement Division van de SEC.

- de verplichtingen en privileges van de onderneming naar het recht van de buitenlandse staat;
- de exclusieve of controlerende macht in de onderneming;
- de mate waarin de onderneming financieel gesteund wordt door de buitenlandse staat;
- de diensten die de onderneming aanbiedt aan inwoners van de betreffende staat;
- de vraag of er een overheidsdoel is geformuleerd in het overheidsbeleid; en
- de algemene indruk dat een bedrijf overheidsfuncties vervult.

In de FCPA Guide wordt benadrukt dat een onderneming zeer waarschijnlijk niet kan worden beschouwd als een *instrumentality*, indien de overheid niet een meerderheid van de aandelen van de onderneming bezit of controleert. In sommige omstandigheden zal een onderneming toch als een *instrumentality* kunnen worden aangemerkt, ondanks het feit dat de onderneming niet voor (meer dan) 50 % staatseigendom is. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de overheid een vetorecht heeft ten aanzien van alle grote uitgaven en de belangrijk(st)e operationele beslissingen die worden genomen en wanneer de belangrijkste functionarissen binnen de onderneming zijn aangesteld door de overheid, zo volgt uit de FCPA Guide. Overigens moet worden benadrukt dat de FCPA Guide slechts een toelichting van de DOJ en SEC op hun handhavingsbeleid is en dus een andere status heeft dan de FCPA-wettekst en de daarop gebaseerde case-law. Aangezien het rechtersrecht te dien aanzien beperkt is, konden rechtshandhavers en advocaten tot *U.S. v. Esquenazi* niets anders dan speculeren over de uitkomst van een concrete zaak in rechte.

4. *U.S. v. Esquenazi*

4.1. Feiten

In de zaak *U.S. v. Esquenazi* zijn twee voormalige eigenaren van telecombedrijf Terra Communications Corp. ('Terra') veroordeeld voor (onder meer) overtreding van de FCPA (§ 78dd-2 FCPA). De bedrijfsactiviteiten van het in Florida gevestigde Terra – aldus een *domestic concern* – bestaan uit de aankoop van telefoontijd van buitenlandse aanbieders en de (door)verkoop van deze belminuten aan klanten in de Verenigde Staten. De betreffende eigenaren van Terra, Esquenazi³² en Rodriguez³³, zouden in de periode van 2002 tot en met 2005 meer dan \$ 890.000 hebben betaald aan medewerkers van telecombedrijf Telecommunications D'Haiti, S.A.M. ('Teleco') in Haiti, teneinde hierdoor meer

³² Meerderheidsaandeelhouder en tevens president en Chief Executive Officer van Terra.

³³ Minderheidsaandeelhouder en tevens Executive Vice President of Operations van Terra.

werk te kunnen genereren.³⁴ Teleco was één van de belangrijkste verkopers aan Terra. Op grond van de gesloten contracten konden klanten van Terra naar Haïti bellen. De betalingen aan Teleco werden verhuld middels speciaal daartoe opgerichte *shell companies* en het opnemen van valse facturen voor *consulting services* in de boekhouding.³⁵

In de zaak *U.S. v. Esquenazi* stond centraal de vraag of Teleco mag worden beschouwd als een Haïtiaanse *instrumentality*. In december 2009 beantwoordde het U.S. District Court for the Southern District of Florida ('het District Court') deze vraag bevestigend. Het District Court hanteerde een met de FCPA Guide vergelijkbare maatstaf en definieerde *instrumentality* als 'a means or agency through which a function of the foreign government is accomplished'. Esquenazi en Rodriguez kregen ter zake van 21 strafbare feiten gevangenisstraffen van respectievelijk 15 en 7 jaar opgelegd – de hoogste gevangenisstraffen ooit in een FCPA-zaak.³⁶ Daarnaast legde het District Court beide mannen (hoofdelijk) een ontnemingsmaatregel van meer dan \$ 3 miljoen op.³⁷

In hoger beroep vochten Esquenazi en Rodriguez deze uitspraak aan. Centraal stond daarbij de veroordeling ter zake van de beweerdelijke overtreding van het verbod voor *domestic concerns* om een *instrumentality* om te kopen. Esquenazi en Rodriguez betoogden dat het District Court de termen *instrumentality* en *foreign official* te ruim had gedefinieerd. Op 16 mei 2014 heeft het *United States Court of Appeals for the Eleventh Judicial Circuit* ('het 11th Circuit')³⁸ het vonnis van het District Court evenwel bekrachtigd.

Hierop verzocht de verdediging de U.S. Supreme Court middels een *writ of certiorari* – gesteund door zogenaamde *amicus briefs*, onder meer van de gezaghebbende 'FCPA

professor' Mike Koehler³⁹ – om de zaak in behandeling te nemen. Op 6 oktober 2014 heeft de U.S. Supreme Court dit verzoek afgewezen.⁴⁰ Hiermee is de beslissing van het 11th Circuit definitief geworden.

4.2. Juridisch kader

De door het 11th Circuit geïntroduceerde definitie luidt als volgt:

'An 'instrumentality' under section 78dd-2(h)(2)(A) of the FCPA is an entity controlled by the government of a foreign country that performs a function the controlling government treats as its own.'

De definitie is aldus tweeledig. Ten eerste moet het overheidsorgaan *control* hebben over de entiteit. Daarnaast moet een door die entiteit vervulde *function* door de overheid worden beschouwd als een functie van haarzelf. Het 11th Circuit voegde hieraan toe dat dit '*fact-bound*' vragen zijn waarvan '*it would be unwise and likely impossible to exhaustively answer them in the abstract*'.⁴¹ Het 11th Circuit heeft een (niet-limitatief) overzicht van '*some factors*' gegeven die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van een instrumentality-kwestie.

Voor wat betreft het 'control' criterium zijn de volgende aspecten van belang:⁴²

- de formele aanduiding van de entiteit door de buitenlandse overheid;
- de vraag of de buitenlandse overheid een meerderheidsbelang in de entiteit heeft;
- de vraag of de buitenlandse overheid de bevoegdheid heeft om sleutelfunctionarissen van de entiteit aan te stellen en te ontslaan;
- de mate waarin de overheid voordeel heeft van de entiteit of de entiteit subsidieert; en
- de duur van de periode waarin deze omstandigheden hebben bestaan.

Ten aanzien van het functievereiste moet aandacht worden besteed aan de volgende factoren:⁴³

- of de entiteit een monopolie heeft ten aanzien van de functie waarvoor de entiteit in het leven is geroepen;
- of de overheid de kosten subsidieert die door de entiteit worden gemaakt voor het verlenen van de diensten;

³⁴ Dit volgt uit een verklaring van de DOJ van 25 oktober 2011, zie <http://www.justice.gov/opa/pr/executive-sentenced-15-years-prison-scheme-bribe-officials-state-owned-telecommunications>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015: '*The purpose of these bribes, according to the evidence presented at trial, was to obtain various business advantages from the Haitian officials for Terra, including the issuance of preferred telecommunications rates, reductions in the number of minutes for which payment was owed, and the continuance of Terra's telecommunications connection with Haiti.*'

³⁵ Zie de persverklaring van de DOJ d.d. 25 oktober 2011 en *U.S. v. Esquenazi*, p. 43.

³⁶ Zie de persverklaring van de DOJ d.d. 25 oktober 2011.

³⁷ Overigens is de rechtspersoon (Terra) niet vervolgd. Ook is de rechtspersoon niet door de DOJ en/of SEC (buitengerechtigd) gesanctioneerd.

³⁸ Dit hof heeft jurisdictie over federale zaken in de staten Alabama, Florida en Georgia. Het 11th Circuit omvat negen District Courts, te weten een Noord-, Midden- en Zuid-district court per staat.

³⁹ <http://www.fc paprofessor.com/about>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

⁴⁰ Order List Monday, October 6, 2014, p. 40. Een inhoudelijk oordeel is niet gegeven. Opgemerkt zij dat de U.S. Supreme Court tot dusver geen enkele FCPA zaak heeft behandeld.

⁴¹ *U.S. v. Esquenazi*, p. 20.

⁴² *U.S. v. Esquenazi*, p. 21-22.

⁴³ *U.S. v. Esquenazi*, p. 22-23.

- of de entiteit in zijn algemeenheid diensten aan het publiek verleent; en
- of het publiek en de overheid de entiteit over het algemeen beschouwen als een entiteit die een overheidsfunctie vervult.

Over het functievereiste merkte het 11th Circuit op dat het relatief gemakkelijk is om vast te stellen welke functies door de overheid als een functie van haarzelf worden beschouwd, namelijk door te kijken naar objectieve factoren zoals zeggenschap, exclusiviteit, bevoegdheid tot aanstelling en ontslag, subsidiëring en de vraag of de financiën van de entiteit worden aangemerkt als onderdeel van het overheidsbudget.⁴⁴ Volgens het 11th Circuit beschikken zowel de rechters als het bedrijfsleven over de benodigde handvatten om deze toets uit te voeren.⁴⁵

4.3. Toetsing feiten aan juridisch kader

Onder toepassing van de *control* en *function* criteria kwam het 11th Circuit tot de conclusie dat Teleco een *instrumentality* van Haïti is. In navolging van de aanklagers, merkte het 11th Circuit hierbij op dat Teleco bij de oprichting in 1968 het monopolie op telecommunicatiediensten heeft verkregen. Bovendien was 97% van de aandelen van Teleco in handen van de Haïtiaanse overheid. Voorts had de president van Haïti alle bestuursleden van Teleco benoemd. Tenslotte had een bestuurder van Terra tegenover de verzekeeraar verklaard dat Teleco staatseigendom was.⁴⁶

De staat en de verdediging verschilden van mening over de vraag welke functies als aangelegenheden van de overheid moeten worden beschouwd.⁴⁷ De verdachten stelden zich op het standpunt dat een buitenlandse overheidsinstelling alleen dan mag worden aangemerkt als *instrumentality* in de zin van FCPA, indien zij is belast met traditionele kernfuncties van de overheid.⁴⁸ Het 11th Circuit wees dit argument echter van de hand. Het feit dat een entiteit in handen van de staat een commerciële dienst verricht, betekent niet automatisch dat die entiteit geen *instrumentality* is, aldus het 11th Circuit. In de FCPA is volgens het 11th Circuit namelijk uitdrukkelijk bepaald dat dit in sommige omstandigheden wel degelijk het geval kan zijn.⁴⁹

5. Implicaties *U.S. v. Esquenazi*

Hoewel de door het 11th Circuit geïntroduceerde definitie strikt genomen alleen van toepassing is in de staten Florida, Georgia en Alabama, moet deze uitspraak vanwege de

hoge uitzonderlijkheid van inhoudelijke FCPA-toetsingen door Amerikaanse rechters toch worden beschouwd als een invloedrijke uitspraak voor alle Amerikaanse staten.

De uitspraak is met name van belang omdat het 11th Circuit voor het eerst het begrip *instrumentality* onder de FCPA heeft gedefinieerd en voorts een overzicht van factoren heeft gegeven die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag hoe moet worden omgegaan met medewerkers van entiteiten die (deels) in handen zijn van een buitenlandse overheid. Enerzijds is de uitspraak een bevestiging van de reeds lange tijd door de DOJ en de SEC uitgedragen visie dat de term *instrumentality* (bijzonder) ruim mag worden geïnterpreteerd.⁵⁰ Anderzijds betogen experts dat *U.S. v. Esquenazi* grenzen lijkt te stellen aan deze ruime interpretatie, aangezien het 11th Circuit een aanvullend vereiste – te weten de functie-eis – heeft geïntroduceerd.⁵¹ In tegenstelling tot hetgeen lange tijd door de handhavers is betoogd, maakt staatseigendom *an sich* een bedrijf nog geen *instrumentality* onder de FCPA. Het functievereiste is een onafhankelijke, tweede eis. Aangezien de meeste FCPA-zaken resulteren in een buitengerechtelijke afdoening (ofwel een *non-prosecution agreement* (NPA), ofwel een *deferred prosecution agreement* (DPA)⁵²), valt niet te verwachten dat de Amerikaanse *lower courts* in de nabije toekomst veelvuldig te maken zullen hebben met de *instrumentality*-kwestie. Desalniettemin zal de uitspraak van het 11th Circuit in de praktijk vermoedelijk wel een belangrijke rol gaan spelen bij onderhandelingen tussen (advocaten van) rechtspersonen en de handhavers. Immers, deelnemers aan het rechtsbedrijf zullen zich in de praktijk naar deze uitspraak gaan richten.

De praktijk zal moeten uitwijzen welk gewicht aan ieder van de genoemde ‘control’ en ‘function’ factoren moet worden toegekend en hoeveel factoren in een concrete zaak aanwezig moeten zijn wil sprake zijn van een *instrumentality*. *U.S. v. Esquenazi* was – gelet op het feitencomplex – geen opzienbarende beslissing. In dit geval was een meerderheid van de door het 11th Circuit genoemde

⁴⁴ *U.S. v. Esquenazi*, p. 19-20.

⁴⁵ *U.S. v. Esquenazi*, p. 19-20.

⁴⁶ *U.S. v. Esquenazi*, p. 3.

⁴⁷ *U.S. v. Esquenazi*, p. 11, 13.

⁴⁸ *U.S. v. Esquenazi*, p. 18.

⁴⁹ *U.S. v. Esquenazi*, p. 14.

⁵⁰ Zie U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Restoring Balance: Proposed Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act 1 (2010), p. 25 (<https://openairblog.files.wordpress.com/2011/10/us-chamber-of-comm-amending-the-fcpa.pdf>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015). Genoemd worden *United States v. Control Components Inc.*, No. SACR09-00162 (C.D. Cal. Jul. 28, 2009), *United States v. Baker Hughes Inc.*, No. H-07-129 (S.D. Tex. Apr. 11, 2007) en *S.E.C. v. Lucent Technologies, C.A.*, No. 07-2301, (D.D.C. Dec. 21, 2007).

⁵¹ <http://m.jonesday.com/federal-appellate-court-rules-that-the-fcpa-prohibits-corrupt-payments-to-certain-foreign-government-owned-businesses-05-23-2014/>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

⁵² Zie voor meer informatie de website <http://www.fcpaprofessor.com/category/non-prosecution-agreement>, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015.

factoren aanwezig. In andere zaken zal de aan de hand van de betreffende factoren te maken afbakening tussen een *instrumentality* en een private onderneming evenwel minder makkelijk zijn te maken. Nederlandse, in het buitenland opererende, bedrijven doen er daarom verstandig aan om extra zorgvuldigheid te betrachten in het handelsverkeer met *instrumentalities* en hun werknemers. Ondanks de recente handhavingsinspanningen van het OM valt vooralsnog bepaald niet uit te sluiten dat de internationale anti-corruptie waakhond ook in Nederland zal blijven speuren en – waar mogelijk – zal ‘bijten’.