

337. Transatlantisch gebruik van verklaringen: medewerkingsplicht in de EU kan leiden tot verboden zelfincriminatie in de VS

MR. D.S. BITTON EN T. ELMATAD

Een van de Amerikaanse federale gerechtshoven concludeerde in de zaak *US v. Allen*, dat het Amerikaanse grondwettelijk verbod of zelfincriminatie ook van toepassing is op getuigenverklaringen die zijn afgedwongen door buitenlandse autoriteiten. Het Hof vernietigde op die grond de strafvonnissen tegen twee Europese voormalig Rabobank bankiers die betrokken waren in het LIBOR schandaal. De vraag is hoe ver deze uitspraak reikt buiten deze LIBOR-zaken. Betekent de uitspraak, bijvoorbeeld, dat getuigenverklaringen die zijn afgelegd onder druk van de medewerkingsplicht in onderzoeken door de Europese Commissie of nationale mededingingsautoriteiten niet kunnen worden gebruikt in Amerikaanse strafzaken? Na het antwoord daarop, zullen wij ingaan op hoe te handelen in internationale kartelonderzoeken na de *Allen*-zaak waarin het risico bestaat op eventuele strafrechtelijke vervolging in de VS.

Introductie

Afgelopen zomer concludeerde een van de Amerikaanse federale gerechtshoven (voor het Second Circuit),¹ in de zaak *US v. Allen*, dat het Amerikaanse grondwettelijk verbod of zelfincriminatie ook van toepassing is op getuigenverklaringen die zijn afgedwongen door buitenlandse autoriteiten. Volgens het Second Circuit Hof mag het *Department of Justice* (DoJ), het Amerikaanse OM, zich daarop niet berusten in de strafrechtelijke vervolging van de natuurlijke persoon die de verklaring heeft afgelegd. Zij overwoog als volgt:

"[w]e do not presume to know exactly what this brave new world of international criminal enforcement will entail. Yet we are certain that these developments abroad need not affect the fairness of our trials at home. If as a consequence of joint investigations with foreign nations we are to hale foreign men and women into the courts of the United States to fend for their liberty we should not do so while denying them the full protection of a "trial right" we regard as "fundamental" and "absolute."²

Het Hof vernietigde op die grond de strafvonnissen tegen twee Europese voormalig Rabobank bankiers die betrokken waren in het LIBOR schandaal.

De uitspraak sloeg in als een bom. Een van de federale officiers van justitie observeerde dat de uitspraak mogelijk belangrijke repercussies heeft in andere lopende onderzoeken.

ken.³ Dat lijkt zeker zo te zijn in andere LIBOR zaken: twee voormalige Deutsche Bank bankiers voeren nu hetzelfde verweer aan in een andere LIBOR strafzaak.

De vraag is hoe ver deze uitspraak reikt buiten deze LIBOR-zaken. Betekent de uitspraak, bijvoorbeeld, dat getuigenverklaringen die zijn afgelegd onder druk van de medewerkingsplicht in onderzoeken door de Europese Commissie (de Commissie) of nationale mededingingsautoriteiten (NMAs) niet kunnen worden gebruikt in Amerikaanse strafzaken? En zou gebruik van dergelijke verklaringen door het DoJ direct leiden tot een vernietigbaar strafvonnis?

Het Fifth Amendment schrijft voor dat "no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself"

Om die vragen te beantwoorden zullen hierna het Amerikaanse verbod op zelfincriminatie en de toepassing daarvan in de *US v. Allen* zaak worden besproken. Daarna zullen de medewerkingsplicht bij Commissie en de NMAs aan bod komen en hoe zich dat verhoudt tot het verbod op zelfincriminatie. Vervolgens volgt een analyse van hoe verklaringen in Europese kartelonderzoeken die onder de medewerkingsplicht tot stand zijn gekomen hun weg kunnen vinden in Amerikaanse strafvervolgingen, en hoe het DoJ het

¹ Het Second Circuit is een van de dertien federale appelrechtshoven in de VS. De enige hogere gerechtelijke instantie in de VS is het U.S. Supreme Court.

² *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 90 (2d Cir. 2017).

³ Richard Vanderford, *Allen Decision Could Affect Ongoing Cases, Prosecutor Says*, mLex (Oct. 4, 2017) <http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=925048&siteid=191&rdir=1>.

onderzoek coördineert met Europese kartelautoriteiten. Als conclusie zullen wij ingaan op hoe te handelen in internationale kartelonderzoeken na de *Allen*-zaak waarin het risico bestaat op eventuele strafrechtelijke vervolging in de VS.

Het Amerikaanse verbod op zelfincriminatie

Het Amerikaanse verbod op zelfincriminatie is vastgelegd in het *Fifth Amendment*, het vijfde amendement van de grondwet, in de zogenoemde *Bill of Rights*. Het *Fifth Amendment* schrijft voor dat “[n]o person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself (...).”⁴

Het verbod is alleen van toepassing op getuigenverklaringen die zijn afgedwongen door de overheid. Het is bijvoorbeeld niet van toepassing op getuigenverklaringen die zijn afgedwongen door een onderneming in een intern onderzoek (tenzij er een duidelijke verstrengeling is tussen de overheid en onderneming).⁵ In *US v. Allen* was de vraag aan de orde of het *Fifth Amendment* ook van toepassing is op verklaringen die zijn afgedwongen door een buitenlandse overheidsautoriteit.

Het begrip ‘gedwongen getuigenverklaring’ wordt in de VS redelijk breed geïnterpreteerd onder het *Fifth Amendment*. De dreiging van een substantiële economische sanctie door de overheid voor het weigeren van een verklaring is doorgaans voldoende,⁶ en kan naast boetes ook gelegen zijn in een dreiging om een ambtenaar te ontslaan of een bedrijf te diskwalificeren voor publieke aanbestedingen of overheidscontracten.⁷ De overheid mag een getuigenverklaring afdwingen als de getuige met betrekking tot die verklaring volle immuniteit van strafvervolging wordt verleend. Dat betekent dat de verklaring op geen enkele manier, direct or

indirect, mag worden gebruikt in een strafvervolging van de getuige.⁸

Ondanks het verbod op zelfincriminatie, kan een getuige die onder dwang een verklaring heeft afgelegd niettemin strafrechtelijk worden vervolgd, doch uitsluitend als het OM kan aantonen dat al haar bewijs tegen de verdachte onafhankelijk van de gedwongen verklaring bestaat en is verkregen en geenszins door de gedwongen verklaring is gekleurd.⁹ Het laatste is de zogenoemde *Kastigar* test die ook aan de orde kwam in *US v. Allen*.¹⁰

De *US v. Allen* Zaak

In de *Allen* zaak, werden Rabobank bankiers Allen en Conti verhoord door de Engelse Financial Conduct Authority (FCA) over hun rol in het LIBOR kartel. Zij waren gedwongen om verklaringen af te leggen voor de FCA omdat weigering zou kunnen leiden tot straffen, inclusief gevangenisstraf.¹¹ De FCA verleende Allen en Conti immuniteit tegen direct gebruik van hun verklaringen in een strafvervolging, maar die immuniteit strekte niet uit tot indirect gebruik van hun verklaringen (bijvoorbeeld als aanleiding voor het vinden van ander bewijs).¹² Zoals gezegd was een dergelijke deelse immuniteitsverlening onvoldoende geweest om in de VS aan het *Fifth Amendment* te voldoen. In hetzelfde LIBOR onderzoek nam de FCA later een getuigenverhoor af van een andere Rabobank bankier: Paul Robson.¹³ De FCA was van plan Robson te vervolgen en gaf Robson, volgens vaste procedure, de gelegenheid om de gedwongen verklaringen (transcripten van hun getuigenverhoor) van Conti en Allen te lezen. Robson deed dat en maakte ook aantekeningen van wat hij las in de in die verklaringen. De FCA besloot uiteindelijk om Robson niet te vervolgen, maar de Fraude sectie van het DoJ vervolgde hem wel.

Robson bekende schuld via een *plea bargain*, en werkte als onderdeel van die deal mee aan het onderzoek van het DoJ. Met behulp van Robson bouwde het DoJ een zaak op tegen Allen en Conti. Een zogenoemde Grand Jury bracht onder meer op basis van Robson’s getuigenverklaring een tenlastelegging uit tegen Allen en Conti. En Robson diende later ook als een van de getuigen voor het DoJ (een kroongetuige) in het proces tegen Allen en Conti.

4 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 91 (2d Cir. 2017). See *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666, 672 (1998) (citing *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 444–445 (1972)) (“[The privilege against self-incrimination] can be asserted in any proceeding, civil or criminal, administrative or judicial, investigatory or adjudicatory, in which the witness reasonably believes that the information sought, or discoverable as a result of his testimony, could be used in a subsequent state or federal criminal proceeding.”).

5 Zie, e.g., *Skinner v. Ry. Labor Executives’ Ass’n*, 489 U.S. 602, 615, 109 S.Ct. 1402, 103 L.Ed.2d 639 (1989); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 476, 97 S.Ct. 2376, 53 L.Ed.2d 484 (1977); *United States v. Stein*, 541 F.3d 130, 147 (2d Cir. 2008).

6 *Lefkowitz v. Turley*, 414 U.S. 70, 82–83, 85 (1973) (“A waiver secured under threat of substantial economic sanction cannot be termed voluntary.”).

7 *People v. Barham*, 5 Misc. 3d 227, 230, 781 N.Y.S.2d 870, 873 (Dist. Ct. 2004) (“But while the Constitution may not protect private employees, the New York State legislature has protected them. The Legislature has created a limited exception to this rule in CPL § 60.45: Padilla, supra, 154 Misc.2d at 596, 587 N.Y.S.2d 505. CPL § 60.45(1) provides that a statement by a defendant ‘may not be received in evidence against him in a criminal proceeding if such statement was involuntarily made.’ CPL § 60.45(2) provides that a statement is ‘involuntarily made’ if it is obtained ‘[b]y any person by the use of ... improper conduct or undue pressure which ... undermin[ed] his ability to make a choice whether or not to make a statement’; *State v. Bowe*, 77 Haw. 51, 59, 881 P.2d 538, 546 (1994) (“Accordingly, we recognize that an individual’s capacity to make a rational and free choice between confessing and remaining silent may be overborne as much by the coercive conduct of a private individual as by the coercive conduct of the police.”).

8 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 91 (2d Cir. 2017) (citing *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 453 (1972)) (“In *Kastigar*, the Supreme Court upheld the constitutionality of compelling testimony in exchange for ‘use and derivative use’ immunity under 18 U.S.C. § 6002, because the scope of the protection afforded was ‘coextensive with the scope of the [Fifth Amendment] privilege.’).

9 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 91 (2d Cir. 2017) (citations omitted).

10 *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

11 *United States v. Allen*, 160 F. Supp. 3d 684, 688 (S.D.N.Y. 2016), rev’d, 864 F.3d 63 (2d Cir. 2017) (“The FCA’s interviews of defendants Allen and Conti were conducted on a ‘compelled’ basis, in the sense that failure to respond could result, under UK law, in criminal penalties, including imprisonment.”).

12 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 67 & n.3 (2d Cir. 2017).

13 For factual background, see *United States v. Allen*, 160 F. Supp. 3d 684, 688–90 (S.D.N.Y. 2016), rev’d, 864 F.3d 63 (2d Cir. 2017).

De getuigenverklaringen van Robson voor de Grand Jury en in het proces vonden echter allebei plaats lang *nadat* Robson de gedwongen getuigenverklaringen van Allen en Conti had gelezen in verband met het onderzoek van de FCA. De rechtbank concludeerde uiteindelijk dat het DoJ voldoende onafhankelijk bewijs had geleverd om Allen en Conti te vervolgen ondanks het feit dat Robson hun getuigenverklaringen had gelezen. In het bijzonder, oordeelde de rechtbank dat Robson's getuigenverklaringen niet op significante wijze waren beïnvloed door wat Robson had gelezen in de transcripten van de gedwongen verklaringen van Allen en Conti. Allen en Conti werden beiden schuldig bevonden in de rechtbank en gevangenisstraf opgelegd.¹⁴ Allen en Conti gingen in beroep, en het gerechtshof voor het *Second Circuit* vernietigde de uitspraak en hun straffen. Ten eerste was het *Second Circuit* het met Allen en Conti eens dat het Fifth Amendment ook van toepassing is op getuigenverklaringen die zijn afgedwongen door een buitenlandse overheid als zo'n verklaring uiteindelijk in een Amerikaanse strafzaak tegen de getuige wordt gebruikt.¹⁵ Het *Second Circuit* verwierp het verweer van het DoJ dat dit hun vervolging van grensoverschrijdende strafrechtsovertredingen compliceerde, en concludeerde dat het risico van procedurele fouten in de coördinatie met buitenlandse autoriteiten bij het DoJ moet liggen niet bij gedaagden. Ten tweede oordeelde het *Second Circuit* dat de juiste toepassing van de *Kastigar* test vereiste dat het DoJ aantoonde dat Robson's lezen van de gedwongen verklaringen van Conti en Allen "*did not shape, alter, or affect*" de informatie die Robson als kroongetuige aan het DoJ had verschaft en het DoJ vervolgens in haar vervolging van Allen en Conti had gebruikt.¹⁶

Het *Second Circuit* concludeerde uiteindelijk dat het DoJ dat niet kon bewijzen. Dit was niet verwonderlijk want Robson had zelf verklaringen afgelegd zowel *voordat* als *nadat* hij de gedwongen verklaringen van Allen en Conti had gelezen. En zijn verklaring van *nadat* hij hun verklaringen had gelezen was in belangrijke opzichten anders dan zijn eerdere verklaring, hetgeen suggereert dat zijn latere verklaringen waarop het DoJ zich had berust in de vervolging inderdaad "*shaped,*" "*altered*" of "*affected*" waren door de gedwongen verklaringen van Allen en Conti.¹⁷

Het *Second Circuit* oordeelde verder dat de beslissing van de Rechtbank om de verklaringen van Robson toe te laten materiële gevolgen had, aangezien Robson een kroongetuige was, en daarom niet kon worden genegeerd.¹⁸

Het DoJ verzocht het *Second Circuit* om heroverweging maar het *Second Circuit* verwierp dat verzoek onlangs. De volgende stap voor het DoJ is cassatie bij de US Supreme Court, als ze daartoe beslist. *US v. Allen* is dus mogelijk nog niet definitief besloten. Daarnaast is het mogelijk dat andere federale gerechtshoven het hof voor het *Second Circuit*

niet volgen en het verbod op zelfincriminatie beperkter uitleggen en toepassen met betrekking tot getuigenverklaringen die zijn afgedwongen door buitenlandse autoriteiten. Bovendien, waren de feiten in de *Allen* zaak enigszins uniek. Het DoJ leek haar bewijsvoering in die zaak geheel te hebben berust op één bepaalde getuige, wiens herinnering was besmet door het lezen van gedwongen verklaringen van de gedaagden. Ten slotte, zal het DoJ waarschijnlijk maatregelen treffen in haar coördinatie met buitenlandse autoriteiten om scenario's als in *Allen* in de toekomst te voorkomen.

Medewerkingsplicht bij Commissie en NMAs en zelfincriminatie

De hamvraag is of de medewerkingsplicht in onderzoeken door de Europese Commissie of Nationale Mededingingsautoriteiten net als de procedures van de FCA tot *Fifth Amendment* problemen kunnen leiden. Ofschoon dat waarschijnlijk niet regelmatig zal gebeuren, lijkt het mogelijk. Ter beantwoording van deze vraag is allereerst van belang of de medewerkingsplicht tot gedwongen verklaringen kunnen leiden, zodat het een *Fifth Amendment* overtreding zou kunnen opleveren in Amerikaanse procedures. Als de medewerkingsplicht tot gedwongen verklaringen kunnen leiden is het vervolgens ook van belang hoe groot de kans is dat dergelijke gedwongen verklaringen de bewijsvoering in een Amerikaanse strafzaak beïnvloeden.

Kans op Gedwongen Verklaringen in Europese Kartelonderzoeken

Commissie onderzoek

Artikel 20 ldi 2 sub e van Verordening 1/2003 geeft de Commissie de bevoegdheid om:

"vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging [te verzoeken] om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en het optekenen van hun antwoorden."

In geval er geen toelichting wordt gegeven of in geval de toelichting onvolledig of onjuist is, kan de Commissie de betrokken onderneming beboeten tot 1% van de jaaromzet op grond van artikel 23 lid 1 sub d van Verordening 1/2003. Dat leidt derhalve tot een medewerkingsplicht. Er bestaat weliswaar een zwijgrecht waarmee zelfincriminatie kan worden voorkomen in Commissie onderzoeken, zelfs voor ondernemingen, maar dat is beperkt.¹⁹

Alhoewel er nog wat onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het zwijgrecht, lijken zaken als *Orkem* en *Mannesmannröhren-Werke* er op te wijzen dat ondernemingen (via hun vertegenwoordigers) verplicht te zijn om vragen van de Commissie over puur feitelijke kwestie te beantwoorden, zelfs als antwoorden op zulke vragen

14 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 68, 97-98 (2d Cir. 2017).

15 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 68, 83-86 (2d Cir. 2017).

16 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 93 (2d Cir. 2017).

17 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 93-94, 97 (2d Cir. 2017).

18 *United States v. Allen*, 864 F.3d 63, 97 (2d Cir. 2017).

19 Zie Artikel 48 van het Handvest van Fundamentele Rechten van de Europese Unie, alsmede Artikel 6 van het EVRM en Artikel 14 IVBPR.

kunnen bijdragen aan zelfincriminatie.²⁰ In *Mannesmannröhren-Werke* oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg bijvoorbeeld dat de gedaagden ‘wie, waar en wanneer’ vragen van de Commissie over bijeenkomsten tussen concurrenten moesten beantwoorden.²¹ Ondernemingen zijn daarentegen niet verplicht om vragen te beantwoorden als dat effectief zou leiden tot het toegeven van deelname aan een overtreding, zoals vragen over de doeleinden van een bijeenkomsten met concurrenten.²²

De Commissie kan alleen ondernemingen een boete opleggen als zij weigeren antwoorden te verstrekken en natuurlijke personen niet

De Commissie kan echter alleen ondernemingen een boete opleggen als zij weigeren antwoorden te verstrekken in strijd met hun medewerkingsplicht ex Art. 20. De Commissie heeft niet de bevoegdheid om natuurlijke personen daarvoor een boete op te leggen.

Dit laatste is van belang, omdat het de kans op problemen voor het DoJ zoals in de *Allen*-zaak in Commissie onderzoeken aanzienlijk verminderd, aangezien het daarmee veel minder waarschijnlijk is dat een Amerikaanse rechter zal concluderen dat een individu door de overheid was gedwongen om een verklaring af te leggen.

Niettemin is het mogelijk dat een *Allen* probleem zich ontplooit als gevolg van de medewerkingsplicht in Commissie onderzoeken. Denk bijvoorbeeld aan een scenario waar een vertegenwoordiger van de onderneming eveneens een aandeelhouder of anderszins eigenaar is. Een boete op de onderneming voor weigering van medewerking zou in zo'n geval directe financiële consequenties voor de aandeelhouder/eigenaar kunnen hebben (e.g., impact op waarde van aandelen). Gelet op de ruime uitleg van “gedwongen” onder het *Fifth Amendment*, zou de dreiging van een boete op de onderneming dan mogelijk voldoende kunnen zijn om door een Amerikaanse rechter als dwang op een individu te worden aangemerkt.

Zelfs als een vertegenwoordiger of werknemer van een onderneming geen significante aandeelhouder of eigenaar is, zou zij of hij natuurlijk druk kunnen voelen om een verklaring af te leggen of op vragen te antwoorden vanwege de dreiging dat haar/zijn werkgever anders een boete wordt opgelegd, bijvoorbeeld omdat zij of hij vreest dat dat zou leiden tot ontslag. Maar, ofschoon het nog niet volledig is uitgekristalliseerd, suggereren de Amerikaanse rechterlijke uitspraken in vergelijkbare situaties dat deze druk waarschijnlijk onvoldoende direct is om te kwalificeren als overheidsdwang onder het *Fifth Amendment*. In dit scenario is het immers het risico van ontslag door de

onderneming (niet door de Commissie) waarover de vertegenwoordiger zich zorgen maakt, en het *Fifth Amendment* betreft op dwang die is uitgeoefend door de overheid, niet private partijen.²³

Onderzoeken door NMAs

In tegenstelling tot de Commissie, hebben sommige nationale mededingingsautoriteiten wel de bevoegdheid om medewerking van natuurlijke personen af te dwingen met een boete en soms zelfs gevangenisstraf. Frankrijk, Hongarije en Letland zijn daar voorbeelden van.²⁴ De ACM heeft eveneens de bevoegdheid om natuurlijke personen tot medewerking te dwingen op straffe van een boete.²⁵

Net als bij de Commissie, geldt in onderzoeken door de nationale mededingingsautoriteiten, inclusief de ACM, uiteraard het zwijgrecht waardoor zelfincriminatie kan worden voorkomen, zowel op basis van de internationale verdragen als op basis van nationale wetten.²⁶ Echter, evenals bij de Commissie, is dat verbod op zelfincriminatie in onderzoeken door nationale mededingingsautoriteiten doorgaans beperkt. Ingevolge de medewerkingsplicht blijven ondernemingen en natuurlijke personen doorgaans ook in onderzoeken door nationale mededingingsautoriteiten, inclusief de ACM, verplicht om verklaringen af te leggen omtrent puur feitelijke kwesties, zoals of zij aanwezig waren tijdens bijeenkomsten met concurrenten.²⁷

Fifth Amendment geeft royale bescherming

In onderzoeken door de Commissie of nationale mededingingsautoriteiten blijven ondernemingen en natuurlijke

20 *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission* (T-112/98) [2001] ECR II-729, para. 70.

21 *Id.* paras 6, 70.

22 *Id.* Paras 6, 71, 74, 77.

23 Vgl. bijvoorbeeld *Gilman v. Marsh & McLennan Companies, Inc.*, 826 F.3d 69, 77 (2d Cir. 2016) (“Gilman and McNeeney urge that we adopt, in effect, this categorical rule: acts that are taken by a private company in response to government action, and that have as one goal obtaining better treatment from the government, amount to state action. But a company is not prohibited from cooperating, and typically has supremely reasonable, independent interests for conducting an internal investigation and for cooperating with a governmental investigation, even when employees suspected of crime end up jettisoned. A rule that deems all such companies to be government actors would be incompatible with corporate governance and modern regulation.”). However, the case where the government sanctions, and thus compels, the corporation for non-cooperation may be slightly more direct of a mechanism to then act as compulsion upon the individual.

24 European Competition Network, *ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process: Investigative Powers Report*, pgs. 31 (Oct. 31, 2012) (“In [France], interviewees are not obliged to provide answers which would constitute an admission of infringement but must however defer to questions of facts. In [Hungary] and [Latvia], parties are not obliged to make statements admitting an infringement of the law, but they may not refuse to supply incriminating evidence of any other kind. In [Latvia], the competition authority is not precluded from asking for information which may serve as evidence against the party.”).

25 Zie Art. 5:20 Awb en art. 6b lid 1 Instellingswet ACM voor wat betreft de medewerkingsplicht en de boetemogelijkheid van 12m lid 1 Instellingswet ACM.

26 In Nederland, Art. 5:10a Awb, Art. 53 Mw, Art. 12i Instellingswet Autoriteit Consument & Markt.

27 Zie bijv. CBb, 21 december 2012, A t. NMa, ECLI:NL:CBB:2012:BY7031, NJB 2013/310, para 2.4.1. (“Dit zwijgrecht geeft overigens geen bevoegdheid om iedere vorm van medewerking aan het verzamelen van belastend materiaal te weigeren.”).

personen dus ondanks hun privilege tegen zelfincriminatie verplicht om vragen over puur feitelijke zaken – zoals of zij aanwezig waren tijdens bijeenkomsten met concurrenten – te beantwoorden.

Dat is in de VS anders. Het *Fifth Amendment* geeft natuurlijke personen aanzienlijk ruimere bescherming. Ingevolge het *Fifth Amendment* behoeven natuurlijke personen – maar niet rechtspersonen – in strafrechtelijke mededingingsonderzoeken op geen enkele vragen te antwoorden, ook niet op vragen over puur feitelijke zaken.²⁸

Aangezien de bescherming tegen zelfincriminatie in bestuursrechtelijke mededingingsprocedures een stuk beperkter lijkt te zijn in continentaal Europa dan in de VS, bestaat er een risico dat er in Europese onderzoeken gedwongen verklaringen worden afgelegd (omtrent “puur feitelijke” zaken) die in de VS tot *Fifth Amendment* problemen leiden als ze in strafrechtelijke vervolging worden gebruikt tegen de getuige(n) die de verklaringen hebben afgelegd.

Inadequate immuniteitsverlening

Een andere wijze waarop een in Europa gedwongen verklaring problemen zou kunnen veroorzaken in de VS, is als een nationale mededingingsautoriteit medewerking door een getuige afdwingt door daarvoor immuniteit te verlenen, bijvoorbeeld in het kader van een clementieprocedure. Als die immuniteit de getuige alleen beschermt tegen direct maar niet tegen indirect gebruik van de gedwongen verklaring in haar of zijn strafvervolging, dan creëert dat het risico dat zich *Fifth Amendment* problemen voordoen als de verklaring indirect wordt gebruikt in een strafvervolging van de getuige in de VS.

Dat is precies het scenario dat zich voordeed in de *Allen* zaak, alleen gebeurde dat daar niet in de mededingingsrechtelijke context, maar in een financieelrechtelijke procedure van de FCA. De FCA was net als de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten onderhevig aan internationale en nationale verbodsbepalingen tegen zelfincriminatie verboden, zoals Art. 6 van het EVRM, Art. 14 van het IVBR etc.). Niettemin was de FCA in staat om zelf-incriminerende verklaringen van Allen en Conti af te dwingen, zonder deze verbodsbepalingen te schenden, door daar immuniteit tegen over te stellen. Het probleem was echter dat de immuniteit die de FCA had verleend aan Allen en Conti hen alleen beschermde tegen direct gebruik van hun verklaringen in

hun strafvervolging. De verleende immuniteit beschermde hen niet tegen indirect gebruik van hun verklaringen in hun strafvervolging.

Het DoJ maakte vervolgens indirect gebruik van hun verklaringen door zich in haar vervolging van Allen en Conti in de VS te berusten op verklaringen van Robson (die de verklaringen van Allen en Conti had gelezen). Conti en Allen konden zich daartegen niet op hun immuniteitsverlening van de FCA beroepen. Maar het creëerde uiteindelijk wel problemen met het *Fifth Amendment*.

Ofschoon de nationale mededingingsautoriteiten andere wetten handhaven dan de FCA, zouden mededingingsautoriteiten eenzelfde pad als de FCA kunnen volgen, indien de nationale wetten het de autoriteiten toestaan om getuigenverklaringen af te dwingen in ruil voor immuniteit tegen direct gebruik van de verklaring tegen de getuige. Dat is het geval in de context van clementieverlening of zogenaemde second-in immuniteiten, of schikkingen, alhoewel het in die context de vraag zal zijn of een verklaring als “gedwongen” kan worden aangemerkt, aangezien een clementieverzoek of schikking in principe vrijwillig is.

Al met al is het dus om diverse redenen mogelijk dat medewerkingsplicht of clementieprocedures in Europese kartelonderzoeken ertoe leiden dat getuigen gedwongen verklaringen afleggen die in de VS zelfincriminatie problemen opleveren in strafzaken.

Hoe Gedwongen Verklaringen in Amerikaanse Strafvervolgingen kunnen belanden

Voor zover Europese kartelonderzoeken door middel van medewerkingsplicht of anderszins leiden tot gedwongen verklaringen van natuurlijke personen, creëert dat een risico van spillover effecten in parallelle Amerikaanse strafrechtelijke kartelonderzoeken, vergelijkbaar met wat gebeurde in de *US v. Allen* zaak. Dat is in het bijzonder zo vanwege de volgende trends en factoren.

Ten eerste is menig kartel tegenwoordig internationaal omdat de economie en markten zijn geglobaliseerd, en het DoJ heeft al tientallen jaren zeer agressief opgetreden tegen kartelgedrag dat ver buiten de grenzen van de VS plaatsvindt als dat gedrag enig effect heeft op de Amerikaanse markt. Sinds 1995 heeft het DoJ ongeveer 10,5 miljard dollars aan boetes opgelegd aan buitenlandse ondernemingen, hetgeen ongeveer 85% van al haar kartelboetes tijdens die periode vertegenwoordigt.²⁹ De Europese mededingingsautoriteiten treden eveneens agressief op tegen kartels die buiten de Europese Unie plaatsvinden maar impact hebben op het EEG. Menig kartel zal daarom leiden tot parallelle Europese en Amerikaanse onderzoeken.

Ten tweede is het DoJ niet terughoudend in de strafrechtelijke vervolging van buitenlandse *executives* en werknemers van buitenlandse ondernemingen. Tussen mei 1999 en eind 2015 hebben bijna 90 buitenlandse *executives* en werknemers

28 Zie bijv. *Curcio v. United States*, 354 U.S. 118, 122-24 (1957); *In re Custodian of Records of Variety Distrib., Inc.*, 927 F.2d 244, 251 (6th Cir. 1991) (“Thus, in the present case, under the logic of *Braswell*, appellant Siegel’s testimony, as custodian of corporate records, concerning the fact that the records were regularly kept in the course of a regularly conducted activity, would not be able to be used in a possible subsequent obscenity prosecution against Siegel to incriminate him personally. The jury in a subsequent trial would not be told that it was appellant Siegel who produced and gave the limited testimony needed to authenticate the business records in the present case. The existence of the records could be used, however, against the corporation, *Western Visuals, Inc.*, and it would be appellant’s Siegel’s position in the corporation, which would have to be established independently, that would incriminate him, not his production or testimony concerning the records.”).

29 DoJ, *Sherman Act Violations Yielding a Corporate Fine of \$10 Million or More*, <https://www.justice.gov/atr/sherman-act-violations-yielding-corporate-fine-10-million-or-more>.

mers gevangenisstraf uitgezet in de VS voor kartelover-tredingen.³⁰

Ten derde werken de Europese mededingingsautoriteiten regelmatig samen met Amerikaanse autoriteiten in onderzoeken die op beide continenten lopen en wisselen daarbij informatie uit hun onderzoeken te delen met buitenlandse autoriteiten.³¹

Niettemin is het ook mogelijk dat de impact van de *US v. Allen* zaak beperkt blijft buiten de lopende LIBOR (en wellicht Forex) onderzoeken. Naast de ogenschijnlijk enigszins idiosyncratische omstandigheden en samenwerking met de FCA in LIBOR, is het de vraag of de beslissing van het *Second Circuit* in stand blijft en of andere gerechtshoven het *Second Circuit* zullen volgen in haar interpretatie van het *Fifth Amendment* en de *Kastigar* test.

DoJ zal waarschijnlijk striktere internationale coördinatieprotocollen volgen

Het *Second Circuit* maakte het in de *Allen* uitspraak duidelijk dat het aan het DoJ is om een herhaling van de *Fifth Amendment* problemen in die zaak te voorkomen met betere coördinatie met buitenlandse autoriteiten.

Het DoJ coördineert uiteraard al extensief met buitenlandse autoriteiten in internationale onderzoeken. Zoals beschreven in de recentelijk gepubliceerde nieuwe richtlijnen van DoJ en de FTC voor internationale handhaving en samenwerking:

"cooperation can include a broad range of practices, from initiating informal discussions and informing cooperating authorities of the different stages of their investigations, to engaging in detailed discussions of substantive issues, exchanging information, conducting interviews at which two or more agencies may be present, and coordinating remedy design and implementation, as relevant and appropriate."³²

Het is zelfs zo dat het DoJ in haar LIBOR onderzoeken diverse stappen had genomen om het *Fifth Amendment* risico van door buitenlandse autoriteiten gedwongen verklaringen te verminderen:

"In order to avoid potential problems under *Kastigar*, the DoJ took care to conduct their interviews wholly independently of the FCA's interviews and their fruits. Specifically,

30 Brent Snyder, *Individual Accountability for Antitrust Crimes* (Feb. 19, 2016) <https://www.justice.gov/opa/file/826721/download>.

31 European Commission, *Bilateral relations > United States of America*, <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/usa.html>; Artikel 7, derde lid (a), Instellingswet Autoriteit Consument en Markt <http://wetten.overheid.nl/BWBR0033043/2014-08-01> ("de Autoriteit Consument en Markt bevoegd gegevens of inlichtingen te verstrekken aan . . . een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis zijn of kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling . . .").

32 Department of Justice, *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation*, (Jan. 13, 2017) <https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>.

the FCA agreed to procedures to maintain a 'wall' between its investigation and the DoJ's investigation, including a 'day one/day two' interview procedure in which the DoJ interviewed witnesses prior to the FCA."³³

Het DoJ had Robson daarom eerst verhoord, voordat de FCA hun verhoren begonnen en voordat Robson was blootgesteld aan de verklaringen van Allen en Conti. Echter, het probleem was dat het DoJ Robson later ook als kroongetuige gebruikte, nadat Robson Allen's en Conti's verklaringen had gelezen, zowel voor de Grand Jury en tijdens het strafproces. En omdat Robson's verklaringen in belangrijke opzichten anders waren *nadat* hij Allen's en Conti's verklaringen had gelezen, strandde de vonnissen uiteindelijk op *Fifth Amendment* problemen.

Het DoJ moet hebben geweten dat het een aanzienlijk risico nam door Robson's verklaringen te gebruiken in de vervolging van Allen en Conti nadat Robson was blootgesteld aan Allen's en Conti's verklaringen. Het DoJ nam dat risico vermoedelijk omdat haar zaak tegen Conti en Allen niet sterk genoeg was zonder Robson's besmette verklaringen. Het lijkt dus een gecalculeerd risico geweest te zijn. Ofschoon het DoJ mogelijk cassatie zal instellen bij het Supreme Court, zal het DoJ dit soort risico in de tussentijd waarschijnlijk minder nemen, als het niet nodig is.³⁴

Na de uitspraak in *US v. Allen*, riep de voormalig interim Assistant Attorney-General voor antitrust bij DoJ op tot meer internationale coördinatie

Het is dus niet duidelijk of het DoJ het resultaat in *US v. Allen* had kunnen voorkomen met betere coördinatie. Maar het DoJ zal in de toekomst ongetwijfeld proberen dit soort risico te minimaliseren. Kort na de uitspraak van het *Second Circuit* in *US v. Allen*, riep de voormalig interim Assistant Attorney-General voor antitrust bij DoJ daarom op tot meer internationale coördinatie.³⁵

Een recente uitspraak van een federale rechtbank in een andere LIBOR zaak illustreert waar het DoJ mogelijk verbeteringen zal aanbrengen in haar coördinatie met buitenlandse autoriteiten. Dezelfde soort *Fifth Amendment* problemen als in *US v. Allen* kwamen aan de orde in deze zaak. De rechtbank besprak in deze zaak de diverse wijzen waarop gedwongen getuigenverklaringen van de FCA het bewijs van het DoJ in strafvervolgingen kan hebben besmet, en stond erop dat het DoJ "line-by-line" aantoonde

34 Alhoewel het mogelijk is dat het DoJ wederom wat risico neemt, op vergelijkbare wijze als in de *US v. Allen*, teneinde te proberen om een ander federaal gerechtshof tot een tegenovergesteld resultaat als het *Second Circuit* te laten komen. Op die manier kan er een zogenoemd "circuit split" ontstaan omtrent de *Fifth Amendment* kwesties in *US v. Allen*, hetgeen het waarschijnlijker maakt dat het Supreme Court zich erover uitsprekt.

dat ieder type van besmetting niet aan de orde was, waaronder dat:³⁶

- DoJ onderzoekers zelf gedwongen verklaringen hadden gelezen, of aanwijzingen hadden verkregen die aan gedwongen verklaringen waren ontleend.
- Grand jury getuigen direct aan gedwongen verklaringen waren blootgesteld of, indirect, aan personen die op hun beurt aan gedwongen verklaringen waren blootgesteld.
- FCA onderzoekers die waren blootgesteld aan gedwongen verklaringen aanwezig waren en vragen stelden tijdens DoJ getuigenverhoren.
- Communicatie en samenwerking tussen FCA onderzoekers die waren blootgesteld aan gedwongen verklaringen en DoJ onderzoekers.
- Getuigen en DoJ onderzoekers die zijn blootgesteld aan openbare informatie ontleend aan gedwongen getuigenverklaringen (zoals persberichten over dagvaardingen etc.)

Het DoJ zal daarom mogelijk maatregelen treffen om dit soort besmettingsgevaaren te minimaliseren, zoals het afnemen van getuigenverhoren voordat buitenlandse autoriteiten die getuigen hebben verhoord, minimaliseren van communicatie en samenwerking met personeel van buitenlandse autoriteiten die zijn blootgesteld aan gedwongen verklaringen (en dergelijk personeel niet betrekken bij getuigenverhoren door het DoJ), coördinatie omtrent wat voor informatie beschikbaar wordt gemaakt aan getuigen (en openbaar wordt gemaakt) en wanneer. In extreme gevallen, zou het DoJ zelfs kunnen proberen om buitenlandse autoriteiten te overtuigen hun onderzoeken, en in het bijzonder hun getuigenverhoren, te laten plaats vinden nadat het DoJ hun bewijs aan Grand Juries/trial juries hebben gepresenteerd.

Navigatie in internationale kartelonderzoeken na de *Allen* Zaak

De *US v. Allen* zaak laat zien dat het een uitdaging kan zijn voor mededingingsautoriteiten om hun procedures zo af te stellen en te coördineren at de een geen roet in het eten gooit voor de ander. Maar het is voorbarig om cliënten die onder druk worden gezet om verklaringen af te leggen in Europese onderzoeken gerust te stellen met het vooruitzicht op een “*Allen*” verweer in de VS.

Het blijft belangrijk om cliënten goed te informeren over de voors en tegens van het verlenen van medewerking, in het bijzonder in internationale kartelonderzoeken, en de risico’s op strafrechtelijke vervolging in de VS. Ofschoon *Allen* en *Conti* uiteindelijk een overwinning behaalde in beroep, moesten zij eerst een lange procedurele weg en gevangenschap doorstaan. Bovendien is de beslissing voor hen nog steeds niet definitief, en kunnen andere Amerikaanse rechters in andere zaken tot andere conclusies komen. Verder is het zo dat het DoJ in andere zaken mogelijk wel kan aantonen op basis van de *Kastigar* test dat er voldoende onaf-

hankelijk bewijs bestond om een gedaagde te veroordelen, ondanks dat een gedwongen verklaring oorspronkelijk had geleid tot de beslissing tot strafvervolging. Ten slotte zal het DoJ voorlopig nog meer haar best doen om gedwongen verklaringen uit het buitenland haar strafvervolgingen niet te laten besmetten, met strakkere coördinatie protocollen.

Het is voorbarig om cliënten gerust te stellen met het vooruitzicht op een “*Allen*” verweer in de VS

Kortom, er zijn geen “*Allen*” garanties tegen vervolging. En als men besluit medewerking te verlenen in een Europees kartelonderzoek met internationale aspecten, is het van belang om goed in de gaten te houden:

- Wat voor immuniteit daartegenover staat. Idealiter zorgt men ervoor dat er volledige immuniteit wordt verleend, niet alleen voor vervolging in Europa, maar juist ook in de VS en andere landen waar kartelovertreedingen door natuurlijke personen strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.
- Wat voor samenwerking, communicatie, coördinatie en informatie uitwisseling er tussen onderzoeksteams van Europese en Amerikaanse autoriteiten plaatsvindt? En welke autoriteiten als eerste verhoren of verklaringen afnemen.
- Wat er gebeurt met onder druk afgelegde verklaringen of verhoren: wie er bij verhoren aanwezig waren van de Europese en Amerikaanse autoriteiten; wie kopieën van verklaringen ontvangen; welke informatie openbaar wordt gemaakt door autoriteiten op basis van gedwongen verklaringen etc. Hou de “chain of custody” goed in de gaten.

Tijdige inschakeling van en coördinatie met advocaten in de VS is uiteraard ook belangrijk, zodat die kunnen adviseren over de Amerikaanse risico’s van het afleggen van gedwongen verklaringen in Europa, en vroegtijdig een oogje in het zijl kunnen houden omtrent mogelijk gebruik van gedwongen verklaringen door Amerikaanse autoriteiten.

Met behulp van dergelijke maatregelen kunnen autoriteiten ten eerste hopelijk in het gareel worden gehouden en zaken als *Allen* worden voorkomen. Daarnaast kunnen de maatregelen dienen tot het meest effectieve *Allen* verweer, mocht het daarop aankomen.

Over de auteurs

Mr. D.S. (Daniel) Bitton

Partner in de mededingingsrecht praktijk van Axinn, Veltrop & Harkrider in New York.

T. (Tal) Elmatad

Medewerker in de mededingingsrecht praktijk van Axinn, Veltrop & Harkrider in New York.

36 United States v. Connolly, 16-CR-370, Decision and Order on Defendants’ Pretrial Motions, DKT. 145, 22.