

Straf- en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van poortwachters

mr. A. Daalderop*

Trefwoorden: risicoaansprakelijkheid, zorgplichten, opzet

Dat ondernemingen voor overtredingen ook strafrechtelijk en bestuursrechtelijk worden aangepakt is een ontwikkeling die inmiddels tot de meeste ondernemingen wel is doorgedrongen. Wat dat precies inhoudt, blijkt echter bij velen (nog) onbekend. Regelmatig worden ondernemingen overvallen door het feit dat overtredingen strafrechtelijk feiten (kunnen) opleveren die straf- of bestuursrechtelijk kunnen worden gehandhaafd. In het geval van poortwachters gaat het vaak om open normen of zorgplichten en de strafrechtelijke handhaving lijkt meer door te slaan naar risicoaansprakelijkheid. Die poortwachtersfunctie wordt nog voornamelijk toegedicht in de meer financiële regelgeving (denk aan de Wwft en sanctieregelgeving). Bij dergelijke functies geldt steeds dat een onderneming – het is een open deur – duidelijk moet weten onder welke regelgeving zij valt en een risicoanalyse moet maken van haar bedrijfsvoering. Op grond daarvan kunnen de juiste risico mitigerende maatregelen worden genomen waarmee aan de poortwachtersrol tegemoet wordt gekomen en, als het onverhoopt misgaat, verwijtbaarheid zo veel mogelijk wordt voorkomen.

1. Inleiding

Hieronder wordt eerst toegelicht wat de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingsmechanismen kunnen inhouden. Daarna worden ter illustratie enkele normen nader toegelicht die een (zekere) poortwachtersrol voor ondernemingen creëren, waarbij in het bijzonder wordt stilgestaan bij (internationale) handelssancties. Vervolgens wordt ingegaan op de keuze voor de inzet van strafrecht dan wel bestuursrecht en de neiging tot (bijna) risicoaansprakelijkheid. Tot slot worden tips gegeven voor ondernemingen om strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid zoveel mogelijk te voorkomen.

2. Straf- en bestuursrechtelijke handhaving

2.1 Bijzonder strafrecht

Dat omkoping een strafrechtelijk feit oplevert, zal niemand verrassen; dit is immers ook opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Dat overtredingen van ‘ordeningsrecht’ via de Wet op de economische delicten (WED) strafbaar zijn gesteld als economische delicten en vaak zelfs misdrijven opleveren, is zoals gezegd minder bekend. De WED kent in art. 1 en 1a een lange opsomming van bepalingen uit wetten die door die verwijzing strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd.¹ Daarbij gaat het van vrij onbekende wetten zoals de Hamsterwet en Wet ruimtevaartactiviteiten, tot de meer bekende Arbeidstijdenwet, Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet), Sanctiewet 1977 (Sanctiewet), Algemene douanewet, Wet arbeid vreemdelingen (Wav), Wet milieubeheer en Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).

* Annechien Daalderop is als ondernemingsstrafrechtadvocaat werkzaam bij NautaDutilh. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

¹ Ook de onderliggende regelgeving, die zelf niet in de WED wordt genoemd, valt dan onder de werking van de WED.

Valt een bepaling (indirect) onder de WED, dan is overtreding daarvan een strafbaar feit. Ingeval van vermeende strafbare feiten hebben de autoriteiten de bevoegdheid om verschillende opsporingsmiddelen in te zetten, zoals doorzoeking en inbeslagname, en het vorderen van gegevens en bescheiden. Daarbij gaat het niet alleen om opsporingsambtenaren van de Fiscale

Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD), maar ook om inspecties zoals de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ISZW), en de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT), al dan niet onder leiding van het Openbaar Ministerie (OM).

Vervolgens bepaalt het OM of zij een zaak doorzet voor bestraffing. Dit kan door de zaak voor te leggen aan de strafrechter, maar ook buitengerechtelijk door een transactie (schikking) of strafbeschikking (in de vorm van een boete) aan te bieden. De maximale bestraffing die kan worden opgelegd voor economische delicten is mede afhankelijk van wáár de desbetreffende bepaling in de WED wordt genoemd. Als deze wordt genoemd onder sub 1° of 2° van art. 1 of 1a, en de gedraging is (voorwaardelijk) opzettelijk begaan, dan levert dit een misdrijf op en gelden hogere maximumstraffen. Hierbij zij opgemerkt dat in het economisch strafrecht al snel sprake is van (voorwaardelijk) opzettelijk handelen nu dit handelen niet hoeft te zijn gericht op het overtreden van de bepaling (de wederrechtelijkheid van de gedraging), maar slechts op de gedraging zelf ('kleurloos opzet'). De feitelijke gedragingen zelf vinden immers niet vaak per ongeluk plaats. Wanneer bijvoorbeeld een vervoerder in strijd met de exportregelgeving militaire goederen exporteert naar een bepaald land, zal het vervoer op zichzelf vrijwel altijd bedoeld zijn geweest.

Ingeval van een delict bedoeld in sub 1° van art. 1 of 1a WED, waarbij ook sprake is van opzet (en dus een misdrijf), is de *maximale* straf in beginsel ten hoogste zes jaren gevangenisstraf, een taakstraf, of een geldboete van de vijfde categorie (thans EUR 83.000). De geldboete kan echter zowel bij een misdrijf als voornoemd als bij andere WED misdrijven en overtredingen, worden verhoogd wanneer sprake is van bepaalde strafverzwarende omstandigheden. Daarmee kan deze boete worden verhoogd naar de zesde categorie (thans EUR 830.000) en voor een rechtspersoon zelfs naar 10% van de omzet van het jaar voorafgaande aan de strafoplegging. NB betreffen voornoemde bedragen straf*maxima* en kunnen en worden in de regel ook lagere straffen opgelegd.

In alle gevallen kunnen nog bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd, zoals gehele of gedeeltelijke stillegging van een onderneming, ontzetting van bepaalde rechten (bv. vergunningen), onderbewindstelling van de onderneming, en ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Die ontneming kan ertoe leiden dat het uiteindelijk te betalen bedrag (al dan niet opgelegd door de rechter, of via een transactie) vele malen hoger is dan de maximale boete, omdat met het delict veel winst is behaald.

Een veroordeling, acceptatie van een strafbeschikking of van een transactie leiden tot een aantekening op de justitiële documentatie (voorheen 'strafblad'). Hoewel een transactie *formeel* niet als een schuldbekenenis geldt, vereist het OM tegenwoordig bij een transactie meestal van een verdachte wel dat deze schuld bekent en neemt het OM dit op in het persbericht en het uitgebreide feitenrelaas waarmee een transactie vaak gepaard gaat. Opgemerkt zij dat al sinds enkele jaren het OM zaken schikt voor bedragen die vele malen hoger zijn dan de bedragen die worden opgelegd bij gerechtelijke afdoening.

Ook betrokken natuurlijke personen kunnen worden bestraft, bijvoorbeeld als opdrachtgever of feitelijk leidinggevende van een delict dat is begaan door een rechtspersoon. Ook voor hen gelden bovengenoemde maximumstraffen, met dien verstande dat de strafverzwarende omstandigheid voor delicten begaan door rechtspersonen voor hen als natuurlijke personen niet geldt.

2.2 Bestuursrechtelijke aanpak

Veel van de bovengenoemde normen kunnen niet alleen via het strafrecht maar ook bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Deze mogelijkheid wordt dan in de betreffende wet- of regelgeving genoemd, alsook welke mechanismen kunnen worden toegepast. In het bestuursrecht wordt onderscheid gemaakt tussen de punitieve sanctie (de bestuurlijke boete), en de herstelsancties die beogen een overtreding te beëindigen of de gevolgen daarvan ongedaan te maken of te beperken, dan wel herhaling te voorkomen. Vanwege het verschil in aard en doel kunnen een herstelsanctie en punitieve sanctie naast elkaar worden opgelegd. Dat die herstelsancties in de praktijk wél als punitief worden ervaren, doet hieraan niet af. De voornaamste handhavingsmechanismen betreffen de:

- waarschuwing;
- aanwijzing;
- last onder dwangsom;
- last onder bestuursdwang;
- bestuurlijke boete; en
- intrekking van een vergunning.

De maximale hoogte van de bestuurlijke boete wordt bepaald in de specifieke wet- of regelgeving, en wordt dus niet in een centrale wet vastgesteld (zoals bij het bijzonder strafrecht in de WED). Hierbij geldt dat er verschillende overtredingen zijn waarvoor boetemaxima van enkele miljoenen zijn vastgesteld en dat ook de omzetterelateerde bestuurlijke boete zijn intrede in verschillende regelgeving heeft gemaakt. Ook de bevoegde autoriteit (bv. een inspectie) wordt in de specifieke regelgeving bepaald. Bij enkele normen die hieronder nader worden toegelicht wordt tevens toegelicht welke bestuursrechtelijke handhaving kan worden toegepast. Net als in het strafrecht geldt in het bestuursrecht dat zowel jegens rechtspersonen als natuurlijke personen kan worden gehandhaafd en dat ook natuurlijke personen kunnen worden bestraft met een boete wanneer zij kwalificeren als opdrachtgevers of feitelijk leidinggevers van feiten begaan door een rechtspersoon.

3. Enkele straf- en bestuursrechtelijke normen nader toegelicht

3.1 Handelssancties en de algemene exportregelgeving

De laatste jaren krijgen (vermeende) overtredingen van (internationale) handelssancties (ook wel restricties of embargo's genoemd) steeds meer aandacht van de verscheidene autoriteiten en dientengevolge ook in de (internationale) media. Denk aan Siemens waarvan medio 2017 bekend werd dat het gasturbines had geleverd aan een Russische partij. Deze turbines werden uiteindelijk in strijd met de Europese sancties op de Krim ingezet, terwijl tussen partijen expliciet was afgesproken dat dit niet zou gebeuren. Meer recent is de arrestatie van de topvrouw van Huawei wegens vermeende overtreding van de Amerikaanse sancties jegens Iran. Ook in Nederland is de handhaving van sanctieregelgeving meer en meer in opkomst. Het OM heeft sinds enkele jaren een officier van justitie die zich toelegt op zaken rondom mogelijke overtredingen van sancties en exportregelgeving en daarin wordt ondersteund door Team POSS² (van de Belastingdienst). Dit is onder meer merkbaar in de toegenomen en hardere aanpak van luchtvaartmaatschappijen wegens het exporteren van bv. militaire goederen in strijd met de exportregelgeving. Het OM bevestigde onlangs dat handhaving van overtredingen van sancties en de exportregelgeving één van de speerpunten wordt (is) en dat dientengevolge drie extra officieren van justitie aan het team worden toegevoegd. Wat houdt deze regelgeving in en wat wordt er verwacht van de poortwachters?

Onderscheid kan worden gemaakt tussen daadwerkelijke sancties en de algemene exportregelgeving. Laatstgenoemde ziet op de export van *dual-use* (ook wel 'strategische') en militaire goederen en bijbehorende diensten. *Dual-use* houdt in dat deze zowel voor civiele als militaire doeleinden kunnen worden ingezet. Hiervan is sneller sprake dan gedacht en ondernemingen zijn er daardoor niet altijd van op de hoogte dat hun producten als *dual-use* kwalificeren. De Europese *dual-use* lijst (de bijlage bij Verordening (EG) nr. 428/2009) beslaat een paar honderd pagina's en ziet op zeer uiteenlopende goederen met bepaalde specificaties. Dat gaat van simpele afsluiters waarvan het materiaal (al dan niet toevallig ook) bestand is tegen bepaalde stoffen en die dus ook bruikbaar zijn bij de productie van chemische wapens, tot radarsystemen met een bepaalde golflengte die kunnen worden gebruikt voor navigatie maar ook voor raketgeleidingssystemen. De algemene exportregelgeving is onder meer opgenomen in het Besluit strategische goederen. Dit besluit is mede gebaseerd op de Algemene douanewet, welke in de WED wordt genoemd.

Handelssancties kunnen variëren van geboden om tegoeden en middelen van bepaalde partijen te bevriezen en het verbod om aan hen tegoeden en middelen ter beschikking te stellen (financiële sancties) tot aanvullende beperkingen voor *dual-use* en militaire goederen en bijbehorende diensten. De sancties zijn veelal afkomstig uit Europese sanctieverordeningen, waarnaar wordt verwezen in Nederlandse sanctieregelingen (bv. de Sanctieregeling Iran 2012). Deze sanctieregelingen vallen onder de Sanctiewet, welke eveneens is opgenomen in de WED.

Overtredingen van de sancties en van de algemene exportregelgeving kunnen beide misdrijven betreffen als sprake is van (voorwaardelijk) opzet.

Zowel de exportregelgeving als de sancties creëren voor ondernemers een (zekere) *poortwachtersrol*. Van ondernemingen wordt namelijk verwacht dat zij onder meer nagaan of partijen aan wie zij (indirect) betalingen verrichten of aan wie zij goederen of diensten leveren niet zijn gesanctioneerd en of het (eind)gebruik van die goederen en diensten door de (eind)gebruiker is toegestaan. Onder omstandigheden kunnen ook 'meer indirect' betrokkenen, zoals vervoersmaatschappijen, strafrechtelijk aansprakelijk gehouden

² Team Precursoren, oorsprong, strategische goederen, sanctiewetgeving.

worden. Bijvoorbeeld ingeval van de levering van *dual-use* goederen aan een gesanctioneerde partij of de onvergunde export naar een land waarvoor beperkingen gelden. Doordat de sancties zijn geformuleerd als verboden en geboden voor derden krijgen ondernemingen – commerciële partijen – in wezen de taak toebedeeld om ervoor te zorgen dat die beperkingen worden nageleefd ‘door de gesanctioneerde partijen’.

Een nog grotere poortwachtersrol wordt in dit kader toegedicht aan bepaalde (*financiële*) instellingen zoals banken, verzekeraars, en trustkantoren. Net als eenieder moeten instellingen zich houden aan de materiële sancties (de daadwerkelijke beperkingen), maar daarbovenop worden zij expliciet verplicht op het gebied van hun administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) maatregelen te treffen ter naleving van de sancties. Dit houdt onder meer in dat zij moeten kunnen vaststellen of hun *relaties* gesanctioneerd zijn. De term ‘relatie’ is erg breed: eenieder die betrokken is bij een financiële dienst of transactie. Dus niet alleen de eigen cliënt, maar bijvoorbeeld ook diens wederpartij (de ontvangende c.q. betalende partij) en eventuele tussenpersonen. Is sprake van een gesanctioneerde relatie, dan moeten instellingen dit melden aan hun toezichthouder (de AFM respectievelijk DNB). Om deze verplichtingen na te kunnen komen worden instellingen onder meer geacht transacties te screenen. Vindt onverhoopt toch een overtreding van een sanctie plaats, dan kunnen deze (*financiële*) instellingen niet alleen strafrechtelijk worden aangepakt als (mede)pleger/medeplichtige van de overtreding van de materiële sancties, maar ook bestuursrechtelijk als overtreder van de AO/IC-voorschriften. Een dergelijke overtreding kan voor financiële instellingen ook gevolgen hebben voor het voldoen aan de verplichtingen omtrent een *integere en beheerste bedrijfsvoering* uit de Wet op het financieel toezicht en onderliggende regelgeving. Daarop kan eveneens bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Daarnaast komt de vraag op of de non-compliance met de sanctieregelgeving en AO/IC-voorschriften als *incident* moet worden gemeld bij de respectievelijke toezichthouder.

Zowel voor de instellingen als voor ‘gewone’ ondernemingen geldt dat de sanctienaleving wordt bemoeilijkt doordat de materiële beperkingen veelal zowel ‘direct’ als ‘indirect’ gelden. Zo mogen aan gesanctioneerde partijen direct noch indirect tegoeden ter beschikking worden gesteld. Onder *indirect* wordt voor wat betreft entiteiten en organisaties tevens verstaan terbeschikkingstelling aan een partij die voor 50% of meer in handen is van een gesanctioneerde partij. Die partij staat dus zelf niet op de sanctielijst, maar is indirect wel gesanctioneerd. Of de situatie waarin een goed niet direct of indirect mag worden geleverd aan een bepaalde partij of voor een bepaald gebruik (bv. een bepaald *offshore* project). In dat geval kan het niet alleen nodig zijn de directe afnemer (klant) te controleren tegen de sanctielijsten, maar ook een eventuele eindgebruiker en eindgebruik. Daarbovenop gelden ook nog de *omzeilingsverboden* als gevolg waarvan ook handelingen verboden zijn als die tot hetzelfde resultaat leiden als de expliciet verboden gedraging.

Steeds geldt, hoe groter het sanctierisico, hoe meer er wordt verwacht aan onderzoek (o.a. verificatie van door betrokken partijen verstrekte informatie): een *risk based* benadering. Dus nagaan wie er achter de klant zit (aandeelhouders), wie de eindgebruiker is etc. en stukken opvragen die dat onderbouwen. Hoe je dat moet doen en hoe ver je daarin moet gaan, kan niet op voorhand worden vastgesteld omdat dit afhankelijk is van het desbetreffende risico. Bepalend hiervoor is onder andere de aanwezigheid van eventuele zogenoemde *red flags*. Dit zijn indicatoren die kunnen duiden op een sanctierisico. De meest voor de hand liggende is natuurlijk betalingen van of aan partijen in ‘sanctielanden’. Maar vaak zijn *red flags* subtieler, dan betreft het een factor of situatie die eigenlijk onlogisch of afwijkend is, bijvoorbeeld als tegenstrijdige informatie wordt verstrekt of vragen onbeantwoord blijven. Juist in dat soort gevallen wordt men geacht door te vragen (‘aan het draadje te trekken’). Handvatten voor het onderzoek en de verificatie geeft de regelgeving niet. Het betreffen in die zin dus brede zorgplichten, waarbij het aan partijen zelf is om te bepalen – hoewel dit meer wordt ervaren als ‘uit te vogelen’ – hoe zij de naleving kunnen waarborgen. Een (mogelijke) overtreding van sanctieregelgeving en de voorkoming daarvan staat dus niet op zichzelf en moet altijd gezien worden in het geheel van de compliancestructuur, te meer wanneer het gaat om financiële instellingen.

Het niet naleven van de sancties kan, inclusief strafverzwarende omstandigheden, leiden tot strafrechtelijke boetes van maximaal EUR 830.000 of, voor rechtspersonen 10% van de jaaromzet. Aan de (*financiële*) instellingen kan bij overtreding van de AO/IC-voorschriften tevens een bestuurlijke boete worden opgelegd van EUR 1 miljoen, of als binnen vijf jaar sprake is van recidive EUR 2 miljoen, dan wel tweemaal het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel als dit meer is dan EUR 2 miljoen. Ook kan aan hen een last onder dwangsom

worden opgelegd. Afhankelijk van het type instelling is het de AFM dan wel DNB die toeziet op de naleving van de AO/IC-voorschriften.

3.2 Wwft

De Wwft is bij uitstek een wet die een poortwachtersfunctie oplegt aan de private partijen. Die partijen worden door de nationale en internationale wetgevers, dankzij hun activiteiten en plaats binnen het financiële systeem, gezien als in dé positie om (misbruik van dat systeem voor) witwassen en terrorismefinanciering te ontwaren en tegen te gaan. Hiermee wordt een taak en verantwoordelijkheid die van oudsher aan de overheid toekomt, (deels) belegd bij die private partijen.

De normen die aan deze instellingen worden opgelegd houden in dat, kort gezegd, (financiële) instellingen verplicht zijn om cliëntenonderzoek te verrichten naar hun cliënten (die cliënten en de herkomst van hun gelden te kennen), en dat zij ongebruikelijke transacties moeten melden. Dit zijn transacties die ofwel voldoen aan één van de voor hen geldende objectieve criteria (bv. contante betalingen hoger dan EUR 10.000), ofwel waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme (de subjectieve indicator). Dat cliëntenonderzoek moet altijd worden verricht, maar hoe ver dat onderzoek moet gaan, hangt af van het risico op witwassen of terrorismefinanciering. Dat risico hangt op haar beurt af van factoren zoals de sector en landen waarin de cliënt actief is en het product of de service die de instelling de cliënt aanbiedt. Net zoals bij de Sanctiewet is dus sprake van een *risk based* benadering. Wel is het zo dat de Wwft iets meer *guidance* geeft over de wijze waarop dat onderzoek moet worden verricht en de diepgang daarvan. Die wijze en diepgang zijn namelijk afhankelijk van de vraag of sprake is van een laag, normaal of hoog risico, in welke gevallen respectievelijk een vereenvoudigd, normaal of verscherpt cliëntenonderzoek moet plaatsvinden. Ik schrijf bewust 'iets meer guidance' omdat de Wwft nog altijd bijzonder veel overlaat aan de instellingen om zelf te bepalen (of uit te vogelen).

Overtredingen van bepalingen omtrent het cliëntenonderzoek en de meldplicht voor ongebruikelijke transacties leveren op grond van de WED economische delicten op (ingeval van opzet een misdrijf). De maximale strafrechtelijke boete die *per delict* aan een natuurlijk persoon kan worden opgelegd is EUR 83.000 (dit is inclusief de strafverzwarende omstandigheid van de waarde van de goederen). Voor een rechtspersoon betreft het maximum EUR 830.000 of 10% van de jaaromzet (dit is inclusief de strafverzwarende omstandigheid van de waarde van de goederen, en het feit dat het een rechtspersoon betreft).

Alternatief is bestuursrechtelijke handhaving mogelijk. De op te leggen bestuurlijke boete kan variëren van maximaal EUR 10.000 (eerste categorie) tot EUR 4 miljoen (derde categorie), afhankelijk van de overtreding. Het niet verrichten van cliëntenonderzoek of het niet melden van een ongebruikelijke transactie kan worden bestraft met een boete van de voornoemde derde categorie (NB dit betreffen andere categorieën dan in de WED). Voor banken, financiële ondernemingen en trustkantoren is het maximum EUR 5 miljoen. Is binnen vijf jaar sprake van recidive, dan geldt dat voornoemde bedragen kunnen worden verdubbeld. Alternatief kan bij banken, financiële ondernemingen en trustkantoren bij overtredingen van de Wwft een bestuurlijke boete van maximaal 20% van de netto jaaromzet worden opgelegd, als dit hoger is dan EUR 10 miljoen. Hierbij geldt bovendien dat als de instelling is opgenomen in een groep met een geconsolideerde jaarrekening, de netto-omzet van de totaalbedragen uit de geconsolideerde jaarrekening van de uiteindelijke moederonderneming moet worden gehanteerd. Hier geldt dus dat het maximum voor de bestuursrechtelijke boete vele malen hoger is dan het maximum van de strafrechtelijke boete (hoewel daarbij dan weer wel wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen). Naast de bestuurlijke boete kan tevens een last onder dwangsom worden opgelegd. Welke autoriteit bevoegd is voor bestuursrechtelijke handhaving, hangt af van het type instelling. De autoriteiten betreffen DNB, de AFM, de deken, het Bureau Financieel Toezicht, de Minister van Financiën en de Kansspelautoriteit.

4. Inzet strafrecht versus bestuursrecht en de (bijna) risico-aansprakelijkheid

In de handhaving van financiële regelgeving (maar bijvoorbeeld ook van milieu- en veiligheidsregelgeving) valt een verschuiving te zien. Normen uit ordeningsrecht worden steeds vaker strafrechtelijk gehandhaafd in plaats van via het bestuursrecht. Daarbij lijkt van ondernemingen (bijna) verwacht te worden dat zij elk risico uitsluiten.

De verschuiving naar een meer strafrechtelijke handhaving met betrekking tot de meer financiële regelgeving voor wat betreft de Wwft is (onder andere) het gevolg van het beleid van het OM. Dit beleid is erop gericht om zogeheten *facilitators* (harder) aan te pakken. Wanneer criminelen zwartgeld willen witwassen, hebben zij *facilitators* nodig; partijen die toegang kunnen bieden tot (het legitieme financiële systeem van) de bovenwereld. De 'financiële poortwachters' zijn hiervoor vanwege hun positie in de maatschappij en in het financiële systeem bij uitstek geschikt, aldus het OM. Poortwachters die hun verplichtingen niet goed nakomen kunnen daardoor dus – al dan niet bedoeld – dergelijke criminele activiteiten faciliteren. Welke criminaliteit bovendien de integriteit van diezelfde stelsels aantast. Een dergelijke *facilitator* bemoeilijkt tegelijkertijd de opsporing door de autoriteiten, omdat die mede afhankelijk zijn van door de poortwachter door te geven informatie (via meldingen). Bovenstaande gaat niet alleen op voor witwassen, maar ook voor overtreding van sancties. Een andere reden voor het OM om faciliterende poortwachters aan te pakken is omdat door het uitschakelen van één *facilitator* meerdere criminelen kunnen worden geraakt die gebruik maakten van die ene *facilitator*.

Dergelijke overtredingen door poortwachters worden als steeds kwalijker ervaren. Het niet naleven van de regels wordt niet meer gezien als een fout of ongeluk, maar veeleer als crimineel gedrag. Ook in gevallen waarbij de poortwachter niet zelf daadwerkelijk betrokken was bij de onderliggende strafbare feiten (bv. het witwassen zelf of de onderliggende gronddelicten)³ wordt overgegaan tot strafrechtelijke handhaving.

Hierbij helpt ook niet dat bij economische delicten al snel sprake is van misdrijven en dus zwaardere straffen kunnen en worden opgelegd. Dit niet alleen ten gevolge van het feit dat hiervoor slechts kleurloos opzet is vereist (zoals toegelicht onder 2.1), maar ook omdat *voorwaardelijk* opzet, de ondergrens van opzet, al afdoende is voor het kwalificeren als misdrijf. Van *voorwaardelijk* opzet is sprake als bewust de aanmerkelijke kans wordt aanvaard op het intreden van een bepaald gevolg. Of er sprake is van wetenschap van zo'n kans en van de aanvaarding daarvan, wordt vastgesteld op basis van de feiten en omstandigheden. In de jurisprudentie is deze maatstaf verder ontwikkeld waarbij sommige gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald resultaat, dat behoudens contra-indicaties het niet anders kan dan dat de aanmerkelijke kans is aanvaard. Het niet hebben van voldoende procedures, het niet naleven van procedures en/of het niet acteren op schendingen van die procedures, kunnen dergelijke gedragingen zijn. Te meer wanneer het gaat om de schending van een zorgplicht, omdat van partijen op wie zo'n plicht rust een hoge mate van zorgvuldigheid wordt verwacht.

Vervolgens zien poortwachters zich ook nog geconfronteerd met een verschuiving naar bijna een risicoaansprakelijkheid. Deze verschuiving is op meerdere vlakken te zien, waaronder bij de handhaving van de meer financiële regelgeving. Die problematiek doet zich voor bij de 'zorgplichten' in bijvoorbeeld de sanctieregelgeving en de Wwft. Blijkt achteraf dat een cliënt onverhoopt toch geld had dat afkomstig was uit misdrijf, er iemand anders achter de klant zat, of dat gelden terecht zijn gekomen bij een gesanctioneerde partij, dan wordt al snel de conclusie getrokken dat de betrokken onderneming (instelling) meer en diepgaander (cliënten)onderzoek had moeten verrichten. Dit neigt naar risicoaansprakelijkheid; als een dergelijk risico zich verwezenlijkt, dan zijn dus de verplichtingen niet voldoende nageleefd. Dat risico's zich verwezenlijken lijkt niet meer te worden geaccepteerd. Dit terwijl een risicoloze samenleving niet bestaat; niet altijd kunnen alle risico's worden uitgesloten. En dat is ook niet wat de wet voorschrijft.

Zowel de sanctieregelgeving als de Wwft zijn gebaseerd op een *risk based* benadering; hoe hoger het risico, hoe meer maatregelen moeten worden genomen. Juist die *risk based* benadering maakt dat de verplichte maatregelen wel redelijk moeten blijven. Dat een risico zich verwezenlijkt, betekent dus nog niet dat niet alle benodigde maatregelen waren genomen. In de Europese sanctieverordeningen wordt dit vaak

zelfs expliciet gesteld: '*Acties van natuurlijke personen of rechtspersonen, entiteiten of lichamen geven geen aanleiding tot aansprakelijkheid van deze natuurlijke personen,*

³ Een gronddelict van witwassen betreft het misdrijf waaruit de middelen afkomstig zijn die worden witgewassen.

*rechtspersonen, entiteiten of lichamen, indien zij niet wisten en geen gegronde reden hadden om te vermoeden dat hun acties een inbreuk zouden vormen op de maatregelen in deze verordening.*⁴ Desondanks blijkt de (handhavings)praktijk een andere.

Gaat het om de bakker op de hoek dan zal daarvan niet worden verwacht dat deze diens klanten screent tegen sancties. Koopt een gesanctioneerde partij jegens wie een terbeschikkingstellingsverbod geldt een brood (dat zal dan met contanten gaan), dan overtreedt de bakker weliswaar strikt genomen de sancties, maar zal hem dit in de praktijk niet worden tegengeworpen. In meer complexe zaken is de uitwerking van de lijn die de autoriteiten volgen echter wel degelijk bijna een risicoaansprakelijkheid. Hierbij speelt ook een rol dat het met de kennis van achteraf (*hindsight bias*) makkelijk(er) oordelen is wat er meer of anders had kunnen worden gedaan en dan 'dus had moeten worden gedaan'. Met de bril van achteraf is er altijd wel 'een draadje' te vinden waaraan men toch had moeten trekken. Maar dat wil niet zeggen dat de betrokken onderneming ten tijde van de feiten dat draadje überhaupt had kunnen of moeten zien, laat staan als zodanig onderkennen. Tegelijkertijd is het lastig om te voorkomen dat latere kennis onbewust wordt meegewogen.

5. Voorbereid zijn en voorkomen

De meer strafrechtelijke handhaving waarmee poortwachters zich geconfronteerd zien, staat dus niet op zichzelf. De combinatie van voorwaardelijk kleurloos opzet en de bijna risicoaansprakelijkheid maakt ook dat al snel sprake is van een misdrijf, met dito straffen. Dat het niet gaat om opzet in de normale betekenis van het woord (willens en wetens), is voor Nederlandse ondernemingen al lastig te aanvaarden, laat staan voor hun eventuele Angelsaksische moederbedrijven.

Deze ontwikkelingen zijn reden te meer om overtredingen zo veel mogelijk te willen voorkomen. De toe te passen aanpak is in feite vergelijkbaar met de *risk based* benadering die de Wwft en de sanctieregelgeving voorstaan. Het is daarbij van belang om eerst vast te stellen wat de relevante normen zijn waaraan moet worden voldaan en dan wáár binnen de bedrijfsvoering de risico's liggen. Die risico's kunnen vervolgens worden gemitigeerd via maatregelen (procedures, beleid, controles etc.).

Voor sanctierisico's kan dit bijvoorbeeld worden gedaan door te beoordelen of de sector waarin de onderneming actief is, maar ook die waarin haar (indirecte) klanten actief zijn, sanctiegevoelig is (denk bijv. aan de olie en gas, *offshore*, en mijnbouw). Daarnaast kunnen de te leveren goederen of diensten zelf nog extra sanctiegevoelig zijn, bijvoorbeeld als deze kwalificeren als *dual-use*. Verder kan betrokkenheid van bepaalde *third parties* risicoverhogend zijn. Zo kan het gebruik van distributeurs en agenten het zicht op (eind)gebruik(ers) bemoeilijken en kan daarom vanuit sanctieoogpunt een risico opleveren. Datzelfde risico geldt voor het accepteren van betalingen ten behoeve van klanten door ongerelateerde en/of onbekende derden; dit roept niet alleen vragen op over de herkomst van de gelden, maar ook ten behoeve van wie de goederen of diensten nu eigenlijk zijn afgenomen.

Op basis van de risico-inschatting en -factoren kan vervolgens worden bepaald welke maatregelen mogelijk en nodig zijn. Denk aan het verrichten van onderzoek naar betrokken partijen, het vergaren van documentatie ter verificatie van de informatie die partijen verstrekken, controles in te voeren etc. De te nemen maatregelen moeten in verhouding staan tot het risico. Hierbij geldt dat voor poortwachters, zeker in het geval van zorgplichten, veel wordt verwacht. Er moeten dus niet alleen maatregelen worden genomen die op het risico zijn afgestemd, zoals het instellen van beleid en procedures, maar deze moeten ook worden toegepast en nageleefd. Worden procedures niet goed nageleefd, dan wordt een onderneming geacht daarop (zichtbaar) te acteren, ook met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van het kleurloos, voorwaardelijk opzet. Neemt een instelling de maatregelen die redelijkerwijs van haar verwacht kunnen worden, dan kan het alsnog zijn dat een risico zich onverhoopt manifesteert (bv. een levering aan een gesanctioneerde partij), maar is een dergelijk feitelijk gevolg niet verwijtbaar.

Dit gezegd hebbende, blijft het een opgave om te zorgen dat de autoriteiten een zaak zonder al te veel *hindsight bias* beoordelen en hen ervan te overtuigen dat de regelgeving nog altijd níét voorziet in risicoaansprakelijkheid. Ook bij het nemen van alle maatregelen blijven er dus risico's, inclusief het risico voor poortwachters op onverhoopte bestuursrechtelijke- of strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling door die autoriteiten. ■

⁴ Bv. art. 10 Verordening (EU) nr. 2014/833 (sancties met betrekking tot Rusland).