

MASTER'S THESIS

Knelpunten bij het afwenden van punitieve bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties gezien vanuit de regeling van een beheerste integere bedrijfsvoering en het lex-certa-beginsel

Knuiman, Floor

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 02. Jul. 2022

Open Universiteit
www.ou.nl



Knelpunten bij het afwenden van punitieve bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties bezien vanuit de regeling van een beheerste integere bedrijfsvoering en het lex-certabeginsel

Floor Knuiman

Studentnummer 851328932

Begeleider mr. dr. M.D.H. Nelemans

Examinator prof. mr. dr. J.G.J. Rinkes

Aantal woorden 16996

Augustus 2021

Inhoudsopgave

1. Inleiding	4
1.1 Inleiding en doel van het onderzoek.....	4
1.2 Leeswijzer	6
2. Juridisch kader met betrekking tot de preventie en bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme.....	7
2.1 Europees rechtelijk kader en de Financial Action Task Force	7
2.1.2 FATF-aanbevelingen voor een integere en beheerste bedrijfsvoering en CDD	8
2.2 Europese antiwitwasrichtlijnen	8
2.3 Nationale (toezicht)wetgeving.....	9
2.4 Verplichting tot waarborging integere bedrijfsvoering in de Wft.....	9
2.4.1 Toepassingsbereik Wwft.....	11
2.4.2 Systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) en risk-appetite benadering	12
2.4.3 Customer Due Diligence (CDD)-beleid en de compliancefunctie	13
2.4.4 Kernverplichtingen voor instellingen uit de Wwft.....	15
2.5 Soft law en de regelgevende bevoegdheid van toezichthouders	16
2.5.1 Nationale soft law.....	16
2.5.2 Europese soft law	17
3. Open normen en lex certa.....	19
3.1 Lex-certa, open normen en de beheerste en integere bedrijfsvoering.....	19
3.2 Lex-certa en de open normen uit de regeling van een beheerste en integere bedrijfsvoering staan in beginsel niet op gespannen voet	20
3.2.1 Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie	21
3.3 Open-normkarakter uit de regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering leidt in de praktijk soms tot problemen.....	21
3.4 Resumerend	22
4. Oplegging van (bestuursrechtelijke) punitieve sancties	22
4.1 Bestuursrechtelijke sancties	22
4.1.1 Oplegging van een punitieve sanctie: overtreding, overtreder en daderschap.....	23
4.1.2 Vaststelling van daderschap	24
4.1.4 Strafrechtelijke waarborgen bij de bestuurlijke boete.....	25
4.2 Resumerend	26
5. Strafrechtelijke aansprakelijkheid	27
5.1 Richtlijnen en witwassen.....	27

5.2.1 Daderschap op meerdere manieren mogelijk	28
5.2.2 Overtreding van de Wwft op grond van de WED	29
5.2.3 Kleurloos opzet kan voldoende zijn om van een misdrijf te kunnen spreken	29
5.3 De feitelijk leidinggever als dader	29
5.4 Strafrechtelijke aansprakelijkheid en een beheerste integere bedrijfsvoering.....	31
5.4.1 Kleurloos opzet ziet op de gedraging en niet op de mogelijke strafbaarheid daarvan .	31
5.5 Wwft-verplichtingen en schuldwitwassen.....	33
5.6 Resumerend	34
6. Duale handhavingssystemen en het voorzienbaarheidsvereiste van lex-certa.....	35
6.1 Het voorzienbaarheidsvereiste en lex-certa	35
6.2 Bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving?.....	36
6.3 Voorzienbaarheid en de regeling van de beheerste integere bedrijfsvoering	38
7. Conclusie	41
7.1 Conclusie	41
8. Bronnenlijst	43
8.1 Literatuur	43
8.2 Jurisprudentie	46
8.3 Regelgeving en parlementaire stukken	48
8.4 Andere documentatie, rapporten en te raadplegen websites	49

1. Inleiding

1.1 Inleiding en doel van het onderzoek

ING kwam in 2018 in opspraak nadat een transactie van 775 miljoen euro werd overeengekomen tussen de bank en het Openbaar Ministerie (OM) wegens ernstige nalatigheid van verplichtingen voortvloeiend uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft). ING zou jarenlang structureel de Wwft hebben overtreden.

Cliëntonderzoeken werden niet of onvoldoende uitgevoerd, verscherpt onderzoek werd evenmin niet of onvoldoende uitgevoerd en ongebruikelijke transacties werden niet of niet tijdig gemeld. Bovendien vertoonde de compliancefunctie structurele gebreken.¹ Dat gebeurde op een dusdanige wijze dat de bank ook schuldwitwassen ex artikel 420quater Wetboek van Strafrecht (Sr) werd verweten: de bank had zich onvoldoende ingespannen om te voorkomen dat bankrekeningen van klanten van ING in Nederland tussen 2010 en 2016 werden gebruikt bij het witwassen van honderden miljoenen euro's.²

Ook ABN AMRO is door het OM jarenlange en structurele overtreding van Wwft verweten bij haar activiteiten in Nederland. Dat gebeurde op een dusdanige wijze dat de bank ook schuldwitwassen werd verweten. Middels een transactie van 480 miljoen euro heeft ABN AMRO volgens het OM verantwoording afgelegd voor het plegen van de door het OM geconstateerde strafbare feiten.³

In Nederland gaat naar schatting jaarlijks voor 16 miljard euro aan zwart geld rond. Dit geld is met name afkomstig van fraude en drugshandel.⁴ Het maatschappelijk belang van het voorkomen en bestrijden van witwassen is daarom enorm. In de 'Bijlage kamerbrief plan van aanpak witwassen' wordt het voorkomen en bestrijden van witwassen van groot belang geacht voor de effectieve preventie en repressie van allerlei vormen van (ondermijnende) criminaliteit.⁵

Financiële instellingen zoals banken hebben in Nederland een belangrijke taak toegedicht gekregen, de poortwachtersrol, om ongewenste elementen in ons financiële stelsel te identificeren, te weren en ongewenste transacties tegen te gaan.⁶ Dit maakt (financiële) instellingen verantwoordelijk voor het vertrouwen in en de integriteit van de financiële sector. Binnen de Wet financieel toezicht (Wft) en de Wwft wordt bepaald voor wie de wet van toepassing is. Er wordt echter geen eenvormig begrip gehanteerd. In het vervolg van deze scriptie zal het begrip 'instelling' uit ex artikel 1a Wwft worden gehanteerd wanneer er over 'instelling' gesproken wordt. Het begrip in de Wwft heeft namelijk een bredere reikwijdte dan het begrip uit de Wft.

Instellingen vervullen een faciliterende rol voor het bedrijfsleven en particuliere cliënten. Onder (potentiële) cliënten begeven zich echter ook criminelen die misbruik willen maken van die faciliterende rol van instellingen en deze bij uitstek zien als platform voor onder meer witwashandelingen. De poortwachtersrol van instellingen betekent in de praktijk dat wordt verwacht dat zij terroristische of witwasrisico's, die inherent zijn aan het faciliteren van het betalingsverkeer en het regelen van andere financiële zaken, zo veel mogelijk uitsluiten. Hiertoe

¹ Zie paragraaf 2.4.3.

² 'ING betaalt 775 miljoen vanwege ernstige nalatigheden bij voorkomen witwassen', te raadplegen op om.nl.

³ Feitenrelaas Guardian, te raadplegen op om.nl.

⁴ 'Aanpak witwassen', te raadplegen op nvb.nl.

⁵ 'Plan van aanpak witwassen, te raadplegen op rijksoverheid.nl

⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 31 477, nr. 41, p. 2.

dienen zij witwaspreventie alsook de bestrijding van het financieren van terrorisme onderdeel te maken van een integere en beheerste bedrijfsvoering.⁷ Dit betekent in de praktijk dat instellingen onder meer een adequaat beleid dienen te voeren dat een integere uitoefening van hun bedrijf waarborgt. Dit beleid zal moeten voorzien in de bewustwording, de bevordering en de handhaving van integer handelen binnen alle lagen van de onderneming.⁸ Voorts dient het beleid gericht te zijn op het tegengaan van belangenverstrengeling, dat wordt tegengegaan dat cliënten het vertrouwen in de onderneming of de financiële markten schaden en dat wordt tegengegaan dat andere handelingen door ondernemingen en haar medewerkers worden verricht die op dusdanige wijze ingaan op hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, waardoor het vertrouwen in de onderneming of de financiële markten ernstig kan worden geschaad.⁹ Complementair aan de integere bedrijfsvoering is de beheerste bedrijfsvoering. Hieronder wordt verstaan een duidelijk en adequate organisatiestructuur, duidelijke verdeling van taken en bevoegdheden, adequate vastlegging van rechten en plichten, eenduidige rapportageverplichtingen en een adequaat systeem van informatievoorziening en communicatie.¹⁰ De nadruk ligt hierbij in het bijzonder op interne controle, transparantie en risicomanagement.¹¹ Op grond van de beheerste integere bedrijfsvoering in de Wft dienen instellingen te handelen naar de geldende wet- en regelgeving, waaronder begrepen de financiële toezichtwetgeving, de Wwft en de Sw 1977 en het WvSR. Witwaspreventie alsook de bestrijding van financiering van terrorisme is onderdeel van zowel de eis van een integere bedrijfsvoering alsook van een beheerste bedrijfsvoering.¹²

Wanneer instellingen niet, onvoldoende of op onjuiste wijze uitvoering geven aan de verplichting tot een integere en beheerste bedrijfsvoering, kunnen zij daarvoor aansprakelijk worden gesteld. Hiertoe wordt in Nederland een duaal handhavingssysteem gehanteerd. Dit betekent dat een overtreding van een norm uit de regeling van de integere beheerste bedrijfsvoering zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan worden afgedaan. Hoewel er thans een uitgebreid normatief en juridisch kader bestaat voor de materiële invulling van de eisen van een integere en beheerste bedrijfsvoering, lijken er toch een aantal knelpunten te zijn. Dit blijkt onder meer uit het aantal rechtszaken waarin normen, die voortvloeien uit de integere en beheerste bedrijfsvoering van instellingen, aan de kaak wordt gesteld.¹³ Eén van de knelpunten die een financiële instelling lijkt te ervaren is dat zij een tweeledig belang heeft bij het afstoten of accepteren van potentiële klanten. Aan de ene kant wil de instelling voorkomen dat zij als verdachte wordt aangewezen in het kader van witwassen en terrorismefinanciering, aan de andere kant is de instelling een commerciële instelling die gebaat is bij nieuwe klanten. De instelling komt daarmee in een spagaat terecht omdat ze enerzijds klandizie ter wille moet zijn en anderzijds klandizie moet weren om met haar dienstverlening binnen het normatief en juridisch kader van het (toezicht)recht te kunnen blijven opereren. De Nederlandse wetgever verplicht zich echter tot richtlijnconforme uitleg. Hiertoe zijn op basis van de Europese antiwitwasrichtlijnen diverse nalevings-, controle- en opsporingstaken ten

⁷ Rinkes & Nelemans 2020, p. 6.

⁸ *Kamerstukken II* 29708, nr. 10, p. 240 e.v. en *Stb.* 2006/519, p. 75.

⁹ Art. 3:10, lid 1, aanhef en a-d Wft, *Kamerstukken II* 29708, nr. 10, p. 240 e.v. en *Stb.* 2006/519, p. 75.

¹⁰ Onder andere 3:17 Wft zie verder paragraaf 2.4.

¹¹ Rinkes & Nelemans 2020, p. 6.

¹² Het bestrijden van financiering van terrorisme zal in deze scriptie buiten beschouwing worden gelaten.

¹³ Onder meer Rb. Rotterdam 21 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1506, Cbb. 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:496, Rb. Rotterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2020.

aanzien van de antiwitwaswetgeving toebedeeld aan instellingen. Instellingen zijn daarom hoe dan ook belast met het doen van integriteitsonderzoek naar hun klandizie en het vervolgens anticiperen op dat integriteitsonderzoek door de instelling zelf.

Ook worden instellingen geconfronteerd met een aansprakelijkheid die lijkt op risicoaansprakelijkheid. Blijkt achteraf zich toch een risico te verwezenlijken waar de instelling op bedacht moest zijn, dan krijgt de instelling aansprakelijkheid ten aanzien van dit risico al snel in het vizier. Dat risico's zich kunnen verwezenlijken lijkt slechts in zeer geringe mate geaccepteerd te worden. Immers wanneer zich een risico openbaart, wordt al snel de conclusie getrokken dat de instelling nalatig is geweest ten aanzien van zijn Wft en Wwft-verplichtingen. Sterker nog, nalatigheid kan leiden tot een vermoeden van (schuld)witwassen. De gelaagdheid van de regelgeving van de beheerste en integere bedrijfsvoering is complex en niet zonder meer voor iedereen begrijpelijk. Onduidelijke regelgeving leidt tot rechtsonzekerheid en mist de beoogde sturende werking in de samenleving.¹⁴ Hierdoor dienen regels duidelijk en zo precies mogelijk te worden geformuleerd. In het strafrecht gelden hiervoor nog strengere eisen omdat doorgaans grotere belangen van de burger op het spel staan. Uit het legaliteitsbeginsel, één van de grondbeginselen van onze rechtsstaat, vloeit dan ook voort dat strafbare feiten zijn omschreven in wettelijke strafbepalingen met bijbehorende (punitieve) sancties die men kan verwachten. Het lex-certabeginsel kan als subbeginsel van het legaliteitsbeginsel worden gezien.¹⁵ Dit beginsel houdt in dat de wettelijke (straf)bepalingen en sancties voldoende *duidelijk* en *voorzienbaar* dienen te zijn.

Op basis van bovenstaande redeneringen kan de volgende onderzoeksvraag geformuleerd worden:

Biedt de thans geldende regeling tot waarborging van een integere en beheerste bedrijfsvoering voldoende handvatten om oplegging van punitieve bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties succesvol af te wenden?

1.2 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt het juridisch kader dat relevant is voor de probleemstelling besproken. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het internationaal / Europees en het nationaal rechtelijk kader en wat het laatste betreft met speciale aandacht voor de grondslagen van CDD en compliance, Soft law en de regelgevende bevoegdheid van toezichthouders. In hoofdstuk 3 wordt de open normbenadering in relatie tot het kenbaarheidsvereiste uit het lex-certabeginsel besproken. Hierna volgt een bespreking van de oplegging van punitieve (bestuursrechtelijke) sancties. Het accent zal hierbij liggen op de vaststelling van het daderschap. In hoofdstuk 5 zal de strafrechtelijke aansprakelijkheid worden besproken. Het kleurloos opzet speelt daarbij een rol van betekenis. In hoofdstuk 6 zal worden afgesloten met een bespreking van het duale handhavingstelsel zoals dat in Nederland gehanteerd wordt. In relatie tot dit handhavingstelsel zal het voorzienbaarheidsvereiste van het lex-certabeginsel aan bod komen. Tot slot zal in hoofdstuk 7 in de conclusie een antwoord gegeven worden op de onderzoeksvraag.

¹⁴ Nan 2011, p. 15.

¹⁵ Nan 2011, p. 16.

2. Juridisch kader met betrekking tot de preventie en bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme

2.1 Europees rechtelijk kader en de Financial Action Task Force

De Financial Action Task Force (FATF) is een onafhankelijke intergouvernementele organisatie die in 1989 is opgericht ter bescherming van het mondiale financiële systeem tegen witwassen, financiering van terrorisme en proliferatie. De FATF schrijft standaarden voor ten aanzien van regelgeving en beleid ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering, de zogenoemde aanbevelingen. Deze aanbevelingen worden door de overheid erkend als internationale standaarden ter bestrijding van witwassen en de financiering van terrorisme en proliferatie.¹⁶ De FATF stimuleert effectieve implementatie van de aanbevelingen door landen te evalueren en de resultaten daarvan te publiceren.¹⁷ De aanbevelingen dienen als handvat voor de materiële invulling van de witwasmaatregelen van een land en de daaraan inherente regelgeving van beheerste en integere bedrijfsvoering.¹⁸

Hoewel de participatie aan de FATF vrijwillig is, betekent toetreding tot de FATF dat een land zich committeert aan de door de FATF ondernomen initiatieven en voorgeschreven normen. Het niet voldoen aan de aanbevelingen van de FATF kan leiden tot reputatieschade voor een land en haar financiële sector in het bijzonder. Samenwerking is derhalve gebaseerd op 'peer pressure'.¹⁹ Voor de leden is er veel aan gelegen om een reputatie van een veilige samenleving hoog te houden en om niet in verband te worden gebracht met witwassen of terrorismefinanciering. Met name omdat een land vaak afhankelijk is van internationale investeringen en internationaal zakelijk en financieel verkeer. De betrouwbaarheid van een jurisdictie, het corruptie- en frauderisico en de stabiliteit en integriteit van de financiële sector zijn belangrijke criteria die een rol spelen bij het aantrekken van internationale handel en investeringen.²⁰

Voorts stelt de FATF leidraden, best practices²¹ en typologieën²² op naar aanleiding van onderzoek naar internationale witwasmethodieken, technieken en trends. Deze typologieën en leidraden dragen bij aan de implementatie van de aanbevelingen en het identificeren van nieuwe risico's op het gebied van witwassen en terrorismefinanciering. Aanvullend op bovenstaande wordt door de FATF 'guidance' gepubliceerd. Deze guidance ondersteunt landen en instellingen bij de implementatie van de aanbevelingen.²³ Doorlopend wordt daarom van de leden verwacht dat aanbevelingen worden geïmplementeerd en verankerd in wetgeving.²⁴

Zo speelt de guidance een belangrijke rol bij de invulling van de meldplicht: als een instelling vermoedt dat een cliënt misdrijven heeft gepleegd waarmee voordeel is behaald, komt er al vrij snel een witwasvermoeden in beeld en is de instelling verplicht dit te melden. Bij de invulling van die meldplicht zijn subjectieve indicatoren van belang. Deze dienen als guidance voor instellingen om te bepalen of sprake is van een ongebruikelijke transactie. Conform jurisprudentie worden de subjectieve indicatoren gezien als belangrijke aanwijzingen dat sprake

¹⁶ 'Recommendations 2012', te raadplegen op fatf.gafi.org

¹⁷ 'What we do', te raadplegen op fatf.gafi.org

¹⁸ Rinkes & Nelemans 2020, p. 1.

¹⁹ Het uitoefenen van druk om de aanbevelingen van de FATF uit te voeren.

²⁰ Van Doorn & Jennen 2012, p. 133-149.

²¹ Vergelijkende studie en analyse van vormen van witwassen en/of terrorismefinanciering.

²² Een beschrijving van kenmerken die op basis van ervaring duiden op witwassen.

²³ 'Recommendations 2012', fatf-gafi.org, p. 8.

²⁴ Zie bijvoorbeeld *STB* 2020, 465.

is van een ongebruikelijke transactie.²⁵ Voorts identificeert de FATF hoog risico of niet-coöperatieve landen waarbij een hoger risico op witwassen terrorismefinanciering bestaat. De FATF stelt hiertoe drie keer per jaar een lijst op met landen die de FATF-aanbevelingen onvoldoende hebben geïmplementeerd. Van de leden wordt verwacht dat adequate maatregelen worden genomen om de risico's die aan voornoemde landen zijn gerelateerd, te mitigeren.²⁶

2.1.2 FATF-aanbevelingen voor een integere en beheerste bedrijfsvoering en CDD

Conform de FATF-aanbeveling 1, 'Assessing risks and applying a risk-based approach', rust op de lidstaten de verplichting om risico's te beoordelen en hierbij een risico-gebaseerde benadering²⁷ toe te passen. Deze aanbeveling brengt conform de Interpretive note onderdeel B. punt 13 'Risk management and mitigation' met zich mee dat van financiële instellingen wordt verlangd dat zij conform de aanbeveling beschikken over een beleid, controlemechanismen en procedures die hen in staat stellen om de geïdentificeerde risico's te beheersen en te mitigeren. Voorts dienen het beleid, controlemechanismen en procedures te worden goedgekeurd door het senior management en dienen de maatregelen die worden genomen om de risico's te beheersen en beperken in overeenstemming te zijn met nationale regelgeving en met de richtlijnen van de bevoegde autoriteiten.²⁸ De verplichting tot het voeren van een integere en beheerste bedrijfsvoering en de daaraan inherente systematische integriteitsanalyse (SIRA)²⁹ en risicoanalyse zoals neergelegd in de thans geldende nationale wetgeving zoals de Wft, de Wwft en het Bpr vloeit derhalve indirect voort uit de eerste FATF-aanbeveling.

Een belangrijk onderdeel van integere en beheerste bedrijfsvoering is CDD. Deze verplichting vloeit voort uit FATF-aanbeveling 10 'Customer Due Diligence'. Hierbij wordt conform de aanbeveling eveneens de risico-georiënteerde benadering gehanteerd. Aan deze verplichting is het 'ken uw klant' (know-your-customer, ofwel 'KYC')-beginsel gekoppeld, dat zowel zijn grondslag vindt in de Wft³⁰ als de Wwft.³¹ Echter zien de CDD-bepalingen in de Wft op de waarborging van integere bedrijfsvoering en beheersing van integriteitsrisico's door financiële instellingen en het beschermen van de financiële integriteit van de financiële sector als geheel, terwijl de CDD-bepalingen in de Wwft betrekking hebben op de preventieve en repressieve bestrijding van integriteitsrisico's, specifiek in relatie tot witwassen en terrorismefinanciering via financiële instellingen door criminelen. Er is daardoor sprake van directe doorwerking van de Wwft in de financiële toezichtwetgeving.³² Een voorbeeld hiervan is de SIRA-verplichting uit hoofde van de Wft en het Bpr, waarvan de risicoanalyse uit de Wwft een onderdeel vormt.³³

2.2 Europese antiwitwasrichtlijnen

Thans wordt de antiwitwaswetgeving in grote lijnen bepaald door de FATF-aanbevelingen die vervolgens hun neerslag krijgen in EU-richtlijnen. De gemene deler van alle anti-witwasrichtlijnen is het verzekeren van de integriteit en de stabiliteit van de Europese financiële sector en harmonisatie van regelgeving op het terrein van de bestrijding van witwassen. De

²⁵ Van Poelgeest & Schoonbeek 2018, p. 84.

²⁶ 'Toezicht', dnb.nl.

²⁷ Dit houdt in casu in dat instellingen zelf een inschatting maken van de risico's die bepaalde cliënten of producten met zich meebrengen en scheidt de mogelijkheid hun inspanningen aan te passen op deze risico's.

²⁸ 'Recommendations 2012, fatf-gafi.org, p. 10 en 31-36.

²⁹ Zie 2.4.2 Systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) en risk-appetite benadering.

³⁰ Artikel 3:10 lid 1 sub c Wft en 4:11 lid 1 sub c Wft.

³¹ Artikel 3 lid 1 Wwft.

³² Rinkes & Nelemans 2020, p. 2.

³³ *Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 43.*

hieruit voortvloeiende nationale poortwachterswetgeving geeft voorts invulling aan de schuldwitwasnorm, waarbij het bewust of onbewust faciliteren van witwassende criminelen het belangrijkste focus point is.³⁴ Thans is de zesde anti-witwasrichtlijn in werking getreden en is het begrip ‘witwassen’ verruimd en ontwikkeld.³⁵ Naar aanleiding van de terroristische aanslagen aan het begin van deze eeuw is de bestrijding van terrorisme(financiering) gekoppeld aan witwasbestrijding.³⁶ Ook de reikwijdte van de anti-witwasregelgeving heeft zich uitgebreid. Steeds meer soorten poortwachters vallen onder de richtlijn. De Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (de toenmalige Wet Melding ongebruikelijke transacties (Wet Mot))³⁷, het UBO-register, het nationale sanctieregime bij het vervolgen van witwassen en uiteindelijk de Wwft zijn voorbeelden van resultaten die voort zijn gekomen uit de implementatie van de anti-witwasrichtlijnen.³⁸

2.3 Nationale (toezicht)wetgeving

De verplichting tot beheerste en integere bedrijfsvoering voortkomend uit de anti-witwasrichtlijnen resulteerde de afgelopen decennia in nationale toezichtwetgeving en de Wwft en de hieruit voortkomende praktische handgrepen zoals de Leidraad Wwft en de Sw. Deze handgrepen geven aan hoe en waarop de poortwachters uitvoering dienen te geven aan de wettelijke integriteitsverplichting.³⁹ Toezichthouders zoals De Nederlandsche Bank (DNB) en Autoriteit Financiële Markten (AFM) die zien op de naleving van de poortwachterswetgeving kunnen hierdoor bestuursrechtelijke maatregelen treffen indien de bedrijfsvoering niet volgens de normen is ingericht. Het OM kan poortwachters en hun feitelijk leidinggevers strafrechtelijk aansprakelijk stellen indien poortwachters zich schuldig maken aan schuldwitwassen, onvoldoende inspanning hebben verricht en/of signalen hebben genegeerd.⁴⁰

Tot slot komt in de richtlijnen naar voren dat het bij bestrijding van witwasdelicten essentieel is dat zowel lidstaten als nationale en internationale instanties zoveel mogelijk dienen samen te werken in verband met de grensoverschrijdende aspecten van financiële criminaliteit en de complexiteit van de witwasbestrijding. Vanuit het perspectief van het voeren van een integere en beheerste bedrijfsvoering door poortwachters zal derhalve een coöperatieve houding worden verwacht jegens de lidstaten en andere poortwachters en een bepaalde mate van openheid met betrekking tot het uitwisselen van (financiële) gegevens.

De invloed van de richtlijnen op de strafbaarstelling van poortwachters en hun feitelijk leidinggevers, wordt in hoofdstuk 4 besproken.

2.4 Verplichting tot waarborging van een integere bedrijfsvoering in de Wft

De verplichting tot waarborging van een integere bedrijfsvoering is neergelegd in artikel 3:10 en 4:11 Wft. De normen uit hoofdstuk drie van de Wft zijn van toepassing op financiële instellingen die vallen onder de reikwijdte van het toezicht van De Nederlandsche Bank (DNB). De regels worden nader uitgewerkt in het Besluit Prudentieel Toezicht (BPR) Wft. De normen uit deel 4 zijn van toepassing op financiële ondernemingen die in beginsel onder de reikwijdte van het

³⁴ De Doelder 2021, p. 21., Rinkes & Nelemans 2020, p. 11.

³⁵ *Stb.* 2020, 481.

³⁶ Rinkes & Nelemans 2020, p. 11.

³⁷ *Stb* 1993, 705.

³⁸ Rinkes & Nelemans 2020, p. 11.

³⁹ Rinkes & Nelemans 2020, p. 11.

⁴⁰ De Doelder 2021, p. 28.

toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) vallen. Hoofdstuk 4 Wft wordt nader uitgewerkt in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) Wft.⁴¹

Artikel 3:10 en 4:11 Wft behelzen de plicht voor instellingen om een adequaat beleid te voeren dat een integere bedrijfsvoering waarborgt. Hierbij dienen ten minste vier aspecten te worden tegengegaan, namelijk:

- belangenverstrengeling;
- dat de instelling of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan, die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden;
- dat wegens haar cliënten het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kan worden geschaad;
- dat handelingen door de financiële onderneming of door haar werknemers worden verricht die ingaan tegen hetgeen volgens ongeschreven rechten in het maatschappelijk verkeer betaamt en dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of de financiële markten ernstig kan worden geschaad.

Artikel 3:17 en 4:14 Wft bepalen dat instellingen hun bedrijfsvoering zodanig dienen in te richten dat een beheerste en integere bedrijfsvoering is gewaarborgd. De verplichting om een integriteitsgericht beleid te voeren die is neergelegd in artikel 3:10 en 4:11 Wft is ondersteunend aan het in artikel 3:17 en 4:14 Wft bedoelde beleid.⁴² Het verschil met artikel 3:10 en 4:11 Wft is gelegen in het feit dat conform de voorschriften uit 3:10 en 4:11 Wft instellingen een adequaat integriteitsbeleid voeren en dat de voorschriften uit 3:17 en 4:14 Wft met name zien op de wijze waarop het bedrijf dient te worden ingericht en waarop dit beleid dient te zijn verankerd in de bedrijfsvoering. Bij algemene maatregel van bestuur worden aan de bedrijfsinrichting nadere regels gesteld.⁴³ Deze voorschriften hebben betrekking op drie aangelegenheden:

- het beheersen van bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's;
- integriteit;
- de soliditeit van de financiële onderneming.

De voorschriften gelden ook voor de instellingen die vallen onder hoofdstuk 4 van de Wft, met uitzondering van de regels die worden gesteld aan de soliditeit van de instelling. Aan de instellingen van hoofdstuk 4 Wft worden wel nadere voorschriften gesteld met betrekking tot de ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten en deelnemers.

In artikel 17 Bpr en artikel 30 BGfo worden de eisen van een beheerste bedrijfsvoering nader omschreven. Een beheerste bedrijfsvoering omvat:

- een duidelijke en adequate organisatiestructuur;
- duidelijke verdeling van taken en bevoegdheden;
- adequate vastlegging van rechten en plichten;
- eenduidige rapportageverplichtingen;

⁴¹ Rinkes & Nelemans 2020, p. 5.

⁴² *Kamerstukken II*, 2004/05 29708, nr. 10, p. 240.

⁴³ Artikel 3:17 lid 1 Wft.

- een adequaat systeem van informatievoorziening en communicatie.

Hoewel de instelling in beginsel zelf beslist hoe zij invulling aan het integriteitsbeleid geeft,⁴⁴ zorgt artikel 10 BPR voor materiële handgrepen. Dit artikel geeft aan op welke manier de instelling uitvoering dient te geven aan de vereisten van een beheerste en integere bedrijfsvoering:

*'Een kredietinstelling, verzekeraar of clearinginstelling dient op grond van artikel 3:10 en 3:17 van de wet te beschikken over helder geformuleerde beleidsuitgangspunten en procedures en maatregelen ter beheersing van integriteitrisico's.'*⁴⁵

In artikel 10 Bpr worden de stappen beschreven (risico's analyseren, beleid maken, beleid toetsen en eventueel bijstellen) die de genoemde financiële ondernemingen moeten doorlopen om de omstandigheden en gebeurtenissen die gevolgen kunnen hebben voor de integere uitoefening van het bedrijf van een instelling te herkennen en te beheersen.

Verder bestaat de bedrijfsvoering uit de volgende aspecten: algemene aspecten (aspecten van de bedrijfsvoering die noch specifiek prudentieel noch specifiek gedragstypisch van aard zijn); integriteitsaspecten, prudentiële aspecten (gericht op het bevorderen van de soliditeit van de financiële onderneming) en gedragsaspecten (gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhouding tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten).⁴⁶ Een bedrijfsvoering die in een beheerste bedrijfsuitoefening voorziet zorgt voor inzichtelijke en betrouwbare rapportages waarbij het systeem van maatregelen en procedures de kwaliteit van de output waarborgt. Dit bevordert tevens de verlaging van de directe toezichtlasten.⁴⁷

Het doel van de vereiste beheerste en integere bedrijfsvoering van financiële instellingen is het beschermen van de integriteit van en het vertrouwen in de financiële sector. Het bestrijden van strafbare feiten is daaraan inherent. Hierbij ligt voorts het accent op interne controle, transparantie en risicomanagement.⁴⁸ De wettelijke regeling inzake een beheerste en integere bedrijfsvoering in de Wft is hoofdzakelijk negatief geformuleerd en gericht op het voorkomen van wetsovertredingen. Dit betekent dat een financiële instelling aansprakelijk en verantwoordelijk is voor de naleving en inrichting van de specifieke normen en zorgplichten die voortvloeien uit de integere bedrijfsvoering die gelden voor die betreffende instelling.⁴⁹ Verder dienen instellingen te handelen naar de geldende wet- en regelgeving zoals de financiële toezichtwetgeving, de Wwft, Sw 1977 en het Wetboek van Strafrecht (WvSr) (bewust of onbewust medeplegen).⁵⁰

2.4.1 Toepassingsbereik Wwft

Het aantal instellingen en sectoren dat onder de Wwft valt is breder dan onder de Wft en het toepassingsbereik van de Wwft reikt verder dan dat van de Wft. De instanties die toezien op de naleving en de handhaving van de Wwft zijn de bij besluit van de toezichthoudende autoriteit aangewezen personen en de deken, bedoeld in artikel 45a lid 1 Advocatenwet (artikel 24 Wwft). Verder zijn conform artikel 1d Wwft de toezichthoudende autoriteiten, de bestuursorganen

⁴⁴ Kamerstukken II, 2004/05 29708, nr. 10, p. 240.

⁴⁵ Stb. 2006 nr. 509, p. 104.

⁴⁶ Stb. 2006, nr. 519, p. 76-77.

⁴⁷ Kamerstukken II, 2004/05 29708, nr. 10, p. 232-245.

⁴⁸ Rinkes & Nelemans 2020, p. 6.

⁴⁹ Nelemans, 2018, p. 3.

⁵⁰ Nelemans, 2018, p. 3.

DNB, AFM, het Bureau Financieel Toezicht, de deken voornoemd, de minister van Financiën en de Kansspelautoriteit.⁵¹

Zowel op basis van de Wft, Bpr, Wet Toezicht Trustkantoren (Wtt), Sw 1977 en de Wwft dienen integriteitsrisico's bestreden te worden. Onder integriteitsrisico's wordt een gevaar voor de aantasting van de reputatie verstaan of een bestaande of toekomstige bedreiging van het vermogen of resultaat van de financiële onderneming als gevolg van een ontoereikende naleving van hetgeen bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is voorgeschreven.⁵² Om deze verplichting te effectueren, dienen instellingen, zoals gezegd, te beschikken over een integere en beheerste bedrijfsvoering die gericht is op het beheersen van integriteitsrisico's. De Wwft richt zich met name op het beheersen van integriteitsrisico's die gelieerd zijn aan witwassen en terrorismefinanciering. Instructies en richtsnoeren uit de Leidraad Wwft en Sw 1977 vormen een nadere uitwerking ten aanzien van de beheersing van de integriteitsrisico's die hiermee samenhangen.⁵³

2.4.2 Systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) en risk-appetite benadering

De verplichting tot het uitvoeren van een SIRA maakt daar onderdeel van uit. De SIRA is een effectief instrument om inzicht te verkrijgen in integriteitsrisico's en deze te beheersen. De SIRA vormt zo een goede basis voor een adequate inrichting van een beheerste en integere bedrijfsvoering. De SIRA bestaat uit vier processtappen:

- risico-identificatie;
- risicoanalyse;
- risicobeheersing;
- risicomonitoring en herziening.

Daarbij dient er door een instelling een risk appetite⁵⁴ geformuleerd te worden. Deze zogenaamde risk appetite geeft de risicobereidheid van de instelling aan. Het risico dat voortvloeit uit de SIRA voortvloeit dient vervolgens te worden getoetst aan de risk appetite. Het is dan ook van dermate belang dat instellingen hun risk appetite helder formuleren.⁵⁵

Dit betekent concreet dat van een financiële instelling wordt gevergd dat zij de eigen organisatie op continue basis doorlichten om te inventariseren welke integriteitsrisico's zich voordoen en daarop voorts beleid formuleren en zo nodig aanpassen om de integere uitoefening van het bedrijf blijvend te waarborgen.⁵⁶ Hierbij wordt de aansprakelijkheid van de instelling ingevuld met de specifieke normen en zorgplichten die voor de desbetreffende instelling gelden. Dit beleid dient te worden uitgewerkt in gedragslijnen, procedures en maatregelen.⁵⁷ Dit betekent ook dat de identificatie en beoordeling van de risico's actueel moeten worden gehouden. De risicobeoordeling vormt namelijk het belangrijkste instrument om te voorkomen dat de dienstverlening van de instelling wordt misbruikt voor witwassen of financieren van terrorisme.⁵⁸

⁵¹ Rinkes & Nelemans, p. 7.

⁵² Artikel 1 Bpr Wft en art. 1 BGfo Wft. *Kamerstukken II 2017/18*, 34808, nr. 3, p. 43.

⁵³ Rinkes & Nelemans 2020, p. 7.

⁵⁴ DNB, 'Good practices 'De Integriteitsrisicoanalyse – meer waar dat moet, minder waar dat kan'', dnb.nl, p. 10.

⁵⁵ Louisse 2021, p. 38.

⁵⁶ *Stb.* 2006, 519, p.104.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2017/18*, 34808, nr. 3, p. 16.

⁵⁸ Louisse 2021, p. 42.

Waar de SIRA naast de risico's op witwassen en terrorismefinanciering ook andere integriteitsrisico's omvat, beperkt de risicoanalyse uit de Wwft zich tot een risicobeoordeling aan blootstelling van een instelling aan witwassen en terrorismefinanciering. De wetgever geeft hierbij aan dat de risicobeoordeling uit hoofde van de Wwft onderdeel is van de SIRA als bedoeld in artikel 10 Bpr Wft.⁵⁹ Thans is het opstellen van een SIRA een verplichting die al eerder een verplichting vormde uit hoofde van de Wft ook opgenomen in de Wwft. De SIRA uit de Wft kent echter wel een bredere reikwijdte dan de SIRA uit de Wwft nu de risicobeoordeling onder de Wwft zich hoofdzakelijk richt op witwassen en terrorismefinanciering.⁶⁰

2.4.3 Customer Due Diligence (CDD)-beleid en de compliancefunctie

Het Customer Due Diligence beleid betekent letterlijk 'gepaste zorgvuldigheid' en draait om de integriteit van een bedrijf. Het gaat erom dat een bedrijf weet met wie het zaken doet. Wie is de klant, welke risico's brengt de klant met zich mee, wie zijn de UBO's en wanneer wordt de klant op basis van vaststelling van de risico's al dan niet geaccepteerd.

Zowel door het vereiste CDD-beleid als de naleving van de Sw 1977 zijn de Wft en de Wwft met elkaar verbonden. Evenals de Wwft is de Sw 1977 gericht op het tegengaan van witwassen, ongewenste handel en terrorismefinanciering. De compliancefunctie is voor banken en verzekeraars voorgeschreven in artikel 21 lid 1 Bpr en voor beleggingsonderneming in artikel 31c BGfo. Op basis van 2d Wwft verplicht instellingen om te voorzien in de invulling van een onafhankelijke en effectieve compliancefunctie en onafhankelijke auditfunctie, voor zover dit evenredig is aan de aard en de omvang van de instelling. De compliancefunctie houdt nauw verband met de voorschriften waaraan een instelling moet voldoen om een beheerste en integere bedrijfsuitoefening te waarborgen. De compliancefunctie vormt derhalve een apart organisatieonderdeel.

Het hoogste management dient ervoor te zorgen dat een compliancefunctie wordt ingesteld die voldoet aan de wettelijke inrichtingseisen en die tenminste zichtbaar gevolg heeft gegeven aan de belangrijkste open normen van de beheerste integere bedrijfsvoering, waaronder het beschikken over een analyse van de integriteitsrisico's en een integriteitsbeleid.

Tevens is de instelling van de compliancefunctie een afspiegeling van de risicobereidheid van de instelling. De compliancefunctie is een sleutelstaffunctie. Sleutelstaffuncties zijn wettelijk voorgeschreven functies. De compliance officer ziet erop toe dat er gewerkt wordt volgens de door de organisatie zelf opgestelde normen, dan wel governance en regels met als doel compliance- en integriteitsrisico's te voorkomen en te beheersen. Op verschillende niveaus binnen de instellingen worden middels deze governance diverse checks and balances gewaarborgd.⁶¹

Verder dient de instelling een adequaat beleid te voeren ter voorkoming van belangenverstrengeling. Hierdoor kunnen de belangen van de compliancefunctie op gespannen voet staan met de belangen van het bestuur. Het tegengaan en beheersen van integriteitsrisico's ligt namelijk niet altijd in lijn met de commerciële belangen van de instelling.

De compliancefunctie kan niet los worden gezien van de voorschriften ten einde een beheerste en integere bedrijfsvoering te waarborgen. De SIRA vormt hierbij een belangrijke voorwaarde om adequate maatregelen en procedures te kunnen treffen.⁶²

⁵⁹ *Kamerstukken II 2017/18*, 34808, nr. 3, p. 43 en *Louisse 2021*, p. 45.

⁶⁰ DNB, Leidraad Wwft en Sw 2019, p. 13-14, dnb.nl, AFM, Leidraad Wwft, Wwft BES en Sanctiewet, p. 9., afm.nl

⁶¹ 't Hart 2018, p. 52.

⁶² 't Hart 2018, p. 53.

De inrichting, reikwijdte en bevoegdheden van de compliancefunctie dienen te worden vastgesteld door het hoogste bestuursorgaan binnen de instelling. Voorts dient de compliance functie onafhankelijk te worden uitgeoefend voor zover dat mogelijk is. 't Hart spreekt van zelfstandige uitoefening nu de onafhankelijkheid wordt aangetast door het feit dat de compliance officer verantwoording verschuldigd is aan zijn werkgever of opdrachtgever, er een zeggenschapsverhouding bestaat in de zin van een arbeidsovereenkomst en omdat de compliance officer in economische zin afhankelijk is van zijn werkgever of opdrachtgever.⁶³ Verder dient de compliance officer vakbekwaam te zijn en moet hij effectief kunnen optreden. Het hoogste bestuursorgaan is hiervoor verantwoordelijk.⁶⁴

Op basis van artikel 2d lid 4 Wwft dient de instelling voorts een auditfunctie in te stellen die op onafhankelijke wijze ziet op de naleving en een doeltreffende uitoefening van de compliancefunctie. Hierbij dienen gedragslijnen, procedures en maatregelen ter beheersing van integriteitsrisico's systematisch en structureel te worden getoetst aan de geldende wet- en regelgeving en waar nodig te worden geactualiseerd, waarna ze ter goedkeuring worden voorgelegd aan de beleidsbepaler.⁶⁵ Het is op grond van artikel 2d lid 1 Wwft de taak van de instelling om de dagelijkse beleidsbepaler aan te wijzen. De dagelijkse beleidsbepaler draagt zorg en is verantwoordelijk voor de bescherming van de instelling tegen integriteitsrisico's en het beheersen van integriteitsrisico's die (nieuwe) cliënten met zich mee brengen. Komt er tijdens een auditcontrole een gebrek naar voren, dan dient dit gemeld te worden aan de beleidsbepaler, zodat gedragslijnen, procedures en maatregelen eventueel kunnen worden aangepast.⁶⁶

Om bovenstaande verplichtingen zo goed mogelijk te kunnen effectueren, verplicht artikel 35 Wwft een instelling te voorzien in relevante opleidingen, trainingen en awareness van haar werknemers, zodat zij in staat zijn om een ongebruikelijke transacties te herkennen en een risicoanalyse in het kader van het cliëntonderzoek om de juiste wijze te kunnen vormgeven. Daarnaast is er op grond van artikel 20 Wwft een interne klokkenluidersregeling vereist. Medewerkers kunnen hierdoor interne Wwft-overtredingen melden.

In het kader van bovenstaande wordt ook wel een parallel getrokken met het 'three lines of defence model' waarbij elke line of defence haar eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de 'integretity risk appetite'. Maar ook waar elke lijn elkaars vangnet vormt op het moment dat één linie zijn taken niet naar behoren uitoefent. Op basis van deze theorie kan bijvoorbeeld de beleidsbepaler worden gezien als de eerste lijn, de compliance- en riskfuncties vormen de tweede lijn en de auditfunctie de derde lijn. De externe accountant wordt ook wel aangedragen als een vierde lijn. Met het oog op het herstel van het vertrouwen in de financiële sector is door de toezichthouders veel aandacht voor dit model.⁶⁷

Als kanttekening kan hierbij worden geplaatst dat er geen exacte verdeling van taken en bevoegdheden zijn ten aanzien van de eerste en de tweede lijn. Er bestaat in de financiële wereld geen eenduidige uitleg over het three-lines-of defencemodel. Het model zou te abstract zijn en geen waarborg bieden voor een beheerste en integere bedrijfsvoering.⁶⁸

⁶³ 't Hart 2018, p. 55-56.

⁶⁴ 't Hart 2018, p. 57.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 44.*

⁶⁶ *Kammerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 45 en Lousse 2021, p. 46.*

⁶⁷ Weller 2018, p. 28.

⁶⁸ Weller 2018, p. 29.

2.4.4 Kernverplichtingen voor instellingen uit de Wwft

De Wwft kent twee kernverplichtingen voor instellingen: het tegengaan van witwassen van geld en het financieren van terrorisme:

- het op basis van een risicoafweging verrichten van een gedegen cliëntonderzoek (artikel 3 Wwft);
- het melden van ongebruikelijke transacties bij de FIU (artikel 16 Wwft).⁶⁹

Belangrijke verplichtingen zijn ook:

- het aanbieden van periodieke opleidingen aan medewerkers, zodat zij ongebruikelijke transacties kunnen herkennen en een cliëntonderzoek goed en volledig kunnen uitvoeren (artikel 35 Wwft);
- het adequaat vastleggen van de resultaten van de risicobeoordeling om op verzoek te verstrekken aan de toezichthouders.

De Wwft is naast algemene verplichtingen gestoeld op drie pijlers: het cliëntonderzoek, het UBO-register en de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties.⁷⁰ Het cliëntonderzoek is gebaseerd op een risicogeoriënteerde benadering. Dit laatste houdt in dat instellingen zelf een inschatting maken van de risico's die bepaalde cliënten of producten met zich meebrengen en schept de mogelijkheid hun inspanningen aan te passen aan deze risico's.⁷¹ Instellingen dienen in beginsel in alle gevallen cliëntonderzoek uit te voeren, maar de intensiteit waarmee de maatregelen worden toegepast, kan worden afgestemd op het risico dat een bepaald type cliënt, relatie, product of transactie oplevert.⁷² Hierbij dient rekening te worden gehouden met de risicovariabelen als genoemd in bijlage I van de vierde anti-witwasrichtlijn.⁷³

Het UBO-register beoogt het voorkomen van het gebruik van het financiële stelsel voor witwaspraktijken en terrorismefinanciering. Zo zal het register de vaststelling van de identiteit van cliënten vergemakkelijken en daarmee het CDD-beleid versterken wanneer er ingewikkelde en eigendoms- en zeggenschapsstructuren zijn opgezet om de UBO'(s) te verhullen. Tot slot dient transactiemonitoring als onderdeel te zijn opgenomen in het CDD-beleid. Indien een instelling een transactie aanmerkt als ongebruikelijk dient de instelling deze op basis van artikel 16 Wwft zo spoedig mogelijk te melden bij het Meldpunt ongebruikelijke transacties van de FIU-Nederland. Een instelling die onder toezicht staat van de AFM moet een ongebruikelijke transactie tevens onverwijld aan haar melden.⁷⁴ In het Uitvoeringsbesluit 2018 Wwft zijn indicatoren opgenomen die aangeven wanneer een transactie als ongebruikelijk aangemerkt kan worden. Echter de belangrijkste indicator - het vermoeden van witwassen of financieren van terrorisme - moet een instelling zelf invullen op basis van de voor de transactie specifieke omstandigheden.

Witwasrisico's worden als zodanig vastgelegd in de SIRA die vervolgens worden geïncorporeerd in de interne bedrijfsprocessen, het beleid en de procedures. Wanneer een instelling verzuimt te melden en geen gevolg geeft aan de daarvoor noodzakelijke interne processen en

⁶⁹ Kamerstukken II, 2017/18, 34808, nr. 3, p. 3.

⁷⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 3.

⁷¹ Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 3.

⁷² Artikel 3 lid 8 Wwft, zie ook 'Leidraad Wwft en Sw 1977', p. 7, op dnb.nl.

⁷³ Artikel 3 lid 9 Wwft en Richtlijn (EU) 2015/849.

⁷⁴ AFM Leidraad Wwft, Wwft BES en Sanctiewet, par. 3.6 en 8, op afm.nl.

beheersingssystemen, stelt de instelling haar beleidsbepaler bloot aan het risico van boetes van de toezichthouders en in ernstige gevallen aan strafrechtelijke vervolging.⁷⁵

De bovenstaande paragrafen maken duidelijk dat er zowel op basis van de Wft als de Wwft ten aanzien van de beheerste en integere bedrijfsuitoefening door de wetgever een aantal open normen is gecreëerd. De risk-based benadering geeft de instellingen ruimte om de normen naar eigen inzicht in te voelen. Hoewel de wetgever ten aanzien van deze normen veelal inrichtingseisen stelt, bestaat er niet voor elke open norm een vast omlijnd kader. Het voert te ver om in deze bijdrage ten aanzien van al deze verschillende regels van een beheerste en integere bedrijfsuitoefening een uitputtend overzicht uiteen te zetten van de betreffende regelgeving. Hierna volgt daarom een bespreking van hoe er in de praktijk met de open normen van de beheerste en integere bedrijfsuitoefening wordt omgegaan.

2.5 Soft law en de regelgevende bevoegdheid van toezichthouders

2.5.1 Nationale soft law

Invulling van de (financiële) wettelijke normstelling van de beheerste en integere bedrijfsvoering zoals neergelegd in de Wft en de Wwft vindt onder meer plaats door de zogenaamde soft law. Hierbij kan men denken aan beleidsregels, leidraden, brochures, De Nederlandse Corporate Governance Code⁷⁶ en good practices van nationale en Europese toezichthouders, maar ook aan rapporten en artikelen van medewerkers van nationale en Europese toezichthouders. Daarnaast bestaat er een grote verscheidenheid aan andere beleidsuitingen van DNB en de AFM die de wettelijke normen inkleuren. Wat betreft de financiële toezichtwetgeving is de soft law voornamelijk afkomstig van DNB, de AFM, de Europese Centrale Bank (ECB) en de Europese toezichthouders (de European Supervisory Authorities (ESA's)).⁷⁷ Soft law is in beginsel niet formeel juridisch bindend, maar kan wel resulteren in (juridische) effecten die gericht zijn op het stimuleren en bewerkstelligen van gewenst gedrag van instellingen in de praktijk.⁷⁸ De toezichthouders zoals DNB en AFM worden primair door de beleidsuitingen gebonden, maar marktpartijen of ondertoezichtgestelden niet.⁷⁹ Een voorbeeld van een juridisch bindend effect van soft law is een directe verwijzing naar een leidraad door een rechterlijke instantie in jurisprudentie. In het voornoemde geval werken de leidraden normerend en krijgen de aanbevelingen en richtsnoeren uit leidraden steeds meer de vorm van een verplichting, ondanks dat daarvoor geen directe wettelijke grond bestaat.⁸⁰ Hoewel niet direct kan worden opgekomen tegen soft law, kan aan de in soft law opgenomen wettelijke interpretaties van open normen, in concrete gevallen wel worden getoetst. Dit gebeurt door de daartoe aangewezen rechterlijke instantie wanneer er bijvoorbeeld besluiten van toezichthouders uit beleidsuitingen voortkomen.⁸¹ Bovendien kan de inhoud van een wettelijke norm ook worden ingevuld door een toelichting daarop.⁸² Bij de toepassing van soft law speelt ook het lex-certabeginsel een rol. Dit beginsel dat onder meer besloten ligt in artikel 7 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), verlangt onder meer van de wetgever dat, met het oog op rechtszekerheid, wettelijke bepalingen op een

⁷⁵ Rinkes & Nelemans 2020, p. 8-9.

⁷⁶ Te raadplegen op mccg.nl.

⁷⁷ De European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pension Authority (EIOPA) en de European Securities and Markets Authority (Esma) zijn verenigd in ESA'S.

⁷⁸ Serière & Jennen 2017, p. 141.

⁷⁹ 'Beleidsuitingen', afm.nl.

⁸⁰ Loonen & Schotman 2016, p. 204-2011.

⁸¹ Serière & Jennen 2017 p. 141.

⁸² HR 28 mei 2002, ECLI:NL:2002:AE1490.

zo duidelijk mogelijke wijze worden omschreven. Dat vereist conform eerdere rechterlijke uitspraken in ieder geval dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn.⁸³ Soft law staat derhalve op gespannen voet met *lex certa*. De wetgever heeft in de huidige wetgeving bewust voor open normen gekozen die naar eigen inzicht door instellingen kunnen worden ingevuld.⁸⁴ Hieruit volgt dat de rechter terughoudend moet zijn bij het aanhalen van beleidsuitingen om het *lex-certabeginsel* niet in het gedrang te laten komen. Weliswaar mogen door de toezichthouder erkende relevante nadere regels worden betrokken, maar open normen mogen niet ruim worden uitgelegd.⁸⁵ Hierbij ligt er een verzwaarde bewijslast op de toezichthouder bij beboeting voor een open norm, waarbij primair de tekst van die norm zelf en niet de toelichting leidend is.⁸⁶

Kortom, soft law kan 'guidance' geven met betrekking tot een in de wet verankerde term, maar kan geen zelfstandige verplichting in het leven roepen die geen duidelijke basis kent in de van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Daarbij geeft soft law handvatten voor instellingen hoe zij de open norm zouden kunnen naleven en invullen. Voorts komt uit soft law een soort kenbaarheid en voorzienbaarheid voort ten aanzien van het moment dat een toezichthouder zou kunnen gaan handhaven.

2.5.2 Europese soft law

De Europese toezichthouders, de ESA's, hebben meer een coördinerende rol. De handhavingsbevoegdheden blijven in beginsel toekomen aan de nationale toezichthoudende instanties. De ESA's kunnen richtsnoeren en aanbevelingen vaststellen op grond van de bevoegdheden die zijn gecreëerd in de Oprichtingsverordeningen.⁸⁷ Deze Europese richtsnoeren en aanbevelingen kunnen eveneens worden gezien als soft law en geven weer op welke wijze de ESA's het voor instellingen relevante (secundaire) unierecht interpreteren.⁸⁸

Ten aanzien van Europese aanbevelingen geldt dat zij conform artikel 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) ('Rechtshandelingen van de Unie') niet verbindend zijn. Het soft law instrument 'richtsnoer' is als rechtshandeling niet opgenomen in dit artikel. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft zich in het *Baltlanta*-arrest wel bevoegd geacht om in het kader van een prejudiciële verwijzingsprocedure uitspraak te doen over de uitleg van richtsnoeren.⁸⁹ Hieruit volgt dat richtsnoeren moeten worden geduid als "handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie".⁹⁰ Richtsnoeren missen echter juridische verbindendheid aangezien de Verdragen een uitputtend systeem hebben gecreëerd van verbindende (rechts)handelingen. De secundair rechtelijke rechtsgrondslag waar de ESA-richtsnoeren op zijn gebaseerd, verandert de juridische aard van de richtsnoeren daarom niet nu richtsnoeren met geen van de in artikel 288 VWEU genoemde communautaire rechtshandelingen overeenkomen.⁹¹

⁸³ Zie onder andere Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) 28 maart 1990, Series A Vol. 173. *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, par. 68, EHRM 25 maart 1993, Series A Vol. 260, *Kokkinakis v. Greece*, par. 52 en EHRM 25 november 1997, *Grigoriades v. Greece*, par. 37 en 50.

⁸⁴ Uit 3:10 en 3:17 Wft blijkt onder meer dat instellingen zich ook moeten houden aan ongeschreven regels in het maatschappelijk verkeer.

⁸⁵ CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69 met noot Van Poelgeest (*ING Bank/Postbank*) en CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013/260 met noot F.M.A. 't Hart (*Mercedes Benz*).

⁸⁶ CBb 12 april 2-17, ECLI:NL:CBB:2017:116 met noot B. Bierman, Van Asperen de Boer 2021, p. 252.

⁸⁷ Verordening (EU) Nr. 1093/2010, Verordening (EU) Nr. 1094/2010, Verordening (EU) Nr. 1095/2010.

⁸⁸ Barkhuysen, Westendorp & Ramsanjhal 2017, 141-149.

⁸⁹ HvJ EU 3 september 2014, zaak C-410/13 (*Baltlanta*).

⁹⁰ Artikel 267, eerste alinea onder b, VWEU.

⁹¹ Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) november 2007, zaak T-374/04 (*Duitsland/Commissie*), punt 110.

Echter de richtsnoeren van de ESA's houden geen vrijblijvende visie in, maar zijn er uitdrukkelijk op gericht het nationale recht te beïnvloeden. De bevoegde autoriteiten en instellingen dienen zich tot het uiterste in te spannen om aan de aanbevelingen en richtsnoeren te voldoen.⁹² Wanneer zij daarvan afwijken dienen zij dit te motiveren.⁹³ Bovendien mogen de bevoegde (rechterlijke) instanties van de lidstaten, bij de toepassing van het verbindende Unierecht, richtsnoeren 'niet buiten beschouwing laten'.⁹⁴ Derhalve geldt voor instellingen het principe 'pas toe of leg uit'.⁹⁵

Voorts dient de nationale bevoegde autoriteit conform artikel 16 lid 3 van de Oprichtingsverordening te bevestigen of zij voornemens is de richtsnoer op te volgen. Doet de bevoegde autoriteit dit niet dan is zij conform dit zelfde artikel gehouden daarvan de redenen aan de ESA mede te delen. In de tweede plaats kan bij het niet nakomen van de richtsnoeren de 'naming and shaming'- procedure worden ingeleid. De ESA maakt dan bekend dat de bevoegde autoriteit niet voldoet aan de richtsnoer of de aanbeveling en dat zij ook niet van plan is deze op te volgen.⁹⁶ Ook kunnen de ESA's een onderzoek instellen waarna een advies ten aanzien van de maatregelen die de ESA nodig acht om aan het Unierecht te voldoen. Indien dit advies niet binnen een maand wordt opgevolgd kan de Europese Commissie een formeel advies uitbrengen waarin zij de aanbevelingen van de ESA laat mee wegen en waarin de betrokken bevoegde autoriteit een termijn wordt gesteld om door de Commissie aan te geven maatregelen te voldoen teneinde naleving van het Unierecht te verzekeren. Tot slot kan de Commissie een Verdragsschendingsprocedure opstarten op grond van artikel 258 VWEU.⁹⁷

Ten aanzien van de nationaal rechterlijke instanties geldt de verplichting om aanbevelingen en richtsnoeren in aanmerking te nemen bij de interpretatie van nationale bepalingen of wanneer zij bedoeld zijn om communautaire bepalingen aan te vullen.⁹⁸ Daarbij lijkt het er op dat een nationaal rechterlijke instantie slechts van ESA-richtsnoeren en aanbevelingen mogen afwijken indien zij van oordeel is dat redenen, verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het geval, en met name met de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat, dat vereisen.⁹⁹ Hieruit volgt in geval van de ESA-soft law een beginselplicht tot soft law conforme uitlegging en toepassing van het nationale implementatierecht.¹⁰⁰

Tot slot wordt in de literatuur van instellingen, nationale bevoegde autoriteiten en de nationaal rechterlijke instanties een kritische houding verwacht ten aanzien van ESA soft law, omdat dit slechts één van de mogelijke interpretaties van het onderliggende bindende Unierecht is en waarvan het nationale implementatierecht de effectieve werking moet verzekeren. In geval van twijfel over de verenigbaarheid van ESA-soft law met bindend Unierecht zouden voornoemde partijen (prejudiciële) vragen aan het HvJ moeten voorleggen zodat de legitimiteit van de ESA-soft law getoetst kan worden.¹⁰¹

⁹² Artikel 16 lid 3 Oprichtingsverordeningen.

⁹³ HvJ EU 11 mei 2006, zaak C-11/05 (*Friesland Coberco Daire Foods*), punten 25-33.

⁹⁴ HvJ EU 3 december 1998, zaak/96 (*Generics*), punt 37.

⁹⁵ Barkhuysen, Westendorp & Ramsanjhal 2017, 141-149.

⁹⁶ Artikel 16 lid 3 Oprichtingsverordeningen.

⁹⁷ Barkhuysen, Westendorp & Ramsanjhal 2017, 141-149.

⁹⁸ HvJ EU 13 december 1989, zaak C-322/88 (*Grimaldi*), punt 18 en HvJ EU 3 september 2014, zaak C-410/13 (*Baltlanta*), punt 64.

⁹⁹ HvJ EU 15 september 2016, zaak C-28/15 (*Koninklijke KPN e.a.*), punt 42.

¹⁰⁰ Barkhuysen, Westendorp & Ramsanjhal 2017, 141-149.

¹⁰¹ Barkhuysen, Westendorp & Ramsanjhal 2017, 141-149 en Wessels & Pijpers 2018, p. 85.

3. Open normen en lex certa

3.1 Lex-certa, open normen en de beheerste en integere bedrijfsvoering

Of er voldoende duidelijke en kenbare handvatten voortkomen uit de geldende wet- en regelgeving om bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijk aansprakelijkheid te voorkomen kan ook worden gezien vanuit het lex certa-beginsel, een uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel. Wettelijke (straf)voorschriften dienen op grond van dit beginsel namelijk duidelijk, kenbaar en voorzienbaar te zijn. Kenbaarheid en voorzienbaarheid verschaft voorts handvatten om te anticiperen op bepaalde regelingen.

Het is inherent aan het financieel economisch bestuurs- en strafrecht dat er enerzijds een spanning bestaat tussen de behoefte aan open normen en anderzijds de behoefte aan rechtszekerheid. Deze spanning kan in beginsel de duidelijkheid en kenbaarheid van de regelgeving in de weg staan.¹⁰²

De voorzienbaarheid wordt in paragraaf 6.1 besproken.

De norm tot waarborging van een beheerste en integere bedrijfsvoering betreft een open norm. Een open norm wordt in de publiekrechtelijke literatuur omschreven als een norm waarbij het doel of het principe centraal staat. In geval van artikel 3:10 Wft-3:17c Wft is dat het waarborgen van een beheerste en integere bedrijfsvoering. Deze zogenoemde doelregelgeving wordt opgesteld met het oog op de handelingsvrijheid van de normadressaten en is als concept geslaagd wanneer de normadressaten het gestelde doel (de uitkomst) weten te bereiken met door henzelf gekozen middelen.¹⁰³ De wetgever heeft in casu bewust gekozen voor een open norm zodat deze eenvoudiger kan worden nageleefd binnen de specifieke organisatiestructuur.¹⁰⁴ Hierdoor geeft de open norm ruimte voor maatwerk en flexibiliteit. In de tweede plaats is principle-based regelgeving flexibeler bij veranderingen. Zolang de norm ruim genoeg is, hoeven er geen nieuwe regels te worden ontwikkeld. In de derde plaats zou de financiële sector zelf na moeten denken over wat behoorlijk is.¹⁰⁵ Een beheerste en integere bedrijfsvoering betreft primair de eigen verantwoordelijkheid van de financiële onderneming en is in het belang van die onderneming zelf.¹⁰⁶

Wanneer de overtreding van een open norm wordt gesanctioneerd met een punitieve sanctie, brengt artikel 7 EVRM mee dat de inhoud van wettelijke bepalingen, op de overtreding waarvan bestraffende sancties staan, vooraf voldoende bepaalbaar en kenbaar moet zijn. Daarbij maakt de wetgever soms gebruik van algemene termen om geen strafwaardige gedragingen te missen die buiten het bereik van een (te) nauwkeurige omschrijving vallen.¹⁰⁷ De Hoge Raad geeft verder aan dat de aard en inhoud van de aan de toepasselijke voorschriften ten grondslag liggende norm een zekere vaagheid in de delictsomschrijving onvermijdelijk maakt, maar dat, de voorschriften voldoende concreet moeten zijn om de betrokkene in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen."¹⁰⁸

In de rechtspraak wordt thans aanvaard dat bij de invulling van open normen en de afwezigheid van beoordelingsvrijheid voor de toezichthouder, het opleggen van een punitieve sanctie

¹⁰² Bröring & Van Vorselen 2013, p. 136.

¹⁰³ Timmer 2011, p.16.

¹⁰⁴ *Stb.* 2006, 519, p. 68.

¹⁰⁵ M. Nelemans 2015, p. 28.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2004/05*, 29709, nr. 10, p. 243.

¹⁰⁷ HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7965 (*Krulsia*).

¹⁰⁸ HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579.

mogelijk is, zij het dat de rechter vol dient te toetsen of sprake is van een schending van de open norm.¹⁰⁹

3.2 Lex-certa en de open normen uit de regeling van een beheerste en integere bedrijfsvoering staan in beginsel niet op gespannen voet

Volgens het HvJ EU is absolute nauwkeurigheid van regelgeving in het algemeen niet mogelijk. Dat betekent dat twijfelgevallen op zichzelf geen strijd met artikel 7 EVRM hoeven op te leveren, zolang de bepaling in overgrote meerderheid van gevallen voldoende duidelijk is. Dat de EU-wetgever ervoor heeft gekozen om de betreffende begrippen in nadere regelgeving uit te werken, levert evenmin strijd op met het lex-certabeginsel. Dit wordt volgens het Hof ondersteund door de mogelijkheid voor justitiabelen om deskundig advies in te winnen. Ook staat een geleidelijke verfijning van strafbepalingen in jurisprudentie niet aan het lex-certabeginsel in de weg.¹¹⁰

Algemeen kan hierbij gesteld worden dat de norm niet te extensief mag worden uitgelegd, maar er wel nadere regels bij mogen worden betrokken.¹¹¹ Daarnaast ligt er een verzwaarde bewijslast op het bestuursorgaan bij beboeting van de open norm, waarbij primair de tekst van die norm zelf en niet de toelichting leidend is.¹¹² Een toelichting bij een wettelijke term die later wordt gegeven, kan niet worden betrokken bij de beoordeling of die uitleg eerder voldoende kenbaar was.¹¹³

Bovendien staat het legaliteitsbeginsel en het hieruit voortvloeiende lex certabeginsel niet in de weg aan het gebruik van algemene termen, vage normen of doelvoorschriften. Bij toetsing van dergelijke normen aan het lex certa-beginsel dient mede te worden gelet op de bedoeling van de wetgever bij het wettelijk voorschrift en de uitleg die de rechter aan de bepaling heeft gegeven. Daarnaast wordt van professionele partijen verwacht dat zij zo nodig advies inwinnen van een deskundige en bij hun handelen de nodige voorzichtigheid betrachten.¹¹⁴ Hieruit volgt in feite een functioneel vereiste voor de betrokkene, een soort *garantenstellung* ten aanzien van de graad van kennis van de geldende regelgeving.¹¹⁵ Van de gemiddelde professionele deelnemer op financieel-economisch terrein wordt verwacht dat deze de wet kent, dan wel dat hij zich terdege laat informeren over de beperkingen waaraan zijn handelingen zijn onderworpen.¹¹⁶ Interessant in dit verband is de hypothese van Doorenbos dat specialisatie in de rechtspraak teleologische wetsuitleg boven tekstuele uitleg in de hand werkt. Het doel van de open-normwetgeving staat boven de tekstuele uitleg.¹¹⁷

Tot slot geeft Mulder aan dat: *'Degenen die in het lex-certabeginsel een rechtsregel zien, lopen te hard van stapel.'* Het is een beginsel dat moet worden gepositieerd in de rechtstoepassing en waarvan de werking door andere beginselen kan worden ingeperkt. Het recht dient hanteerbaar en praktikabel te zijn.¹¹⁸

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROP:2009:BJ2013 en Rb. Rotterdam 8 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8617.

¹¹⁰ HvJ EU 28 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:236, *EHRC 2017/99*, met noot Krommendijk (*Rosneft*).

¹¹¹ CbB 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69 met noot Van Poelgeest (*ING BankPostbank*) en CbB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260 met noot F.M.A. 't Hart (*Mercedes Benz*).

¹¹² CbB 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:207.

¹¹³ CbB 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116 met noot B. Bierman, Van Asperen de Boer 2018, p. 252.

¹¹⁴ CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652, zie ook Noot V.H. Affourtit bij Rb. 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6328.

¹¹⁵ Hartmann en Keupink 2011.

¹¹⁶ HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7965 (*Krulsia*).

¹¹⁷ Doorenbos 2010, p. 274-280, Bröring & Van Vorselen 2013, p. 102-128.

¹¹⁸ Mulder 1987, p. 412.

3.2.1 Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie

Uit jurisprudentie ten aanzien van de beheerste en integere bedrijfsvoering in samenhang met het lex-certabeginsel, kan worden afgeleid dat in voorkomende gevallen het bepaaldheidsgebod niet in de weg staat en dat handhavend kan worden opgetreden.¹¹⁹

De rechtbank Rotterdam erkent in voornoemd arrest dat het in casu gaat om een open norm, maar deelt niet de opvatting van appellant dat die zodanig onbepaald is dat die niet (punitief) gehandhaafd kan worden.¹²⁰

Een soortgelijke opvatting kan gevonden worden in de ongegrondverklaring door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) inzake een klacht over de vermeende vaagheid van een beweerdelijk overtreden norm en het ontbreken van guidance door de DNB.¹²¹

Het CBB was van mening dat gelet op artikel 10 Bpr de norm voldoende duidelijk en kenbaar was omschreven, ook bij afwezigheid van een nadere specifieke invulling van die normen door DNB.

In de toelichting van artikel 10 Bpr wordt namelijk gedetailleerd beschreven hoe een instelling uitvoering dient te geven aan de vereisten die voortvloeien uit artikel 3:10 en 3:17 Wft.¹²²

In een bezwaar op een Lastbesluit van AFM geeft de AFM met betrekking tot de handhaving van de open norm aan dat er geen sprake is van onderscheid van een open of gesloten norm maar wel dat handhaving van een open norm altijd een deugdelijke motivering verlangt waaruit blijkt dat de norm is overtreden.¹²³

In de rechtszaak die hierop volgde, is het verweer met betrekking tot het lex-certabeginsel onbesproken gebleven.¹²⁴

Hoewel het lex certa-beginsel meer dan eens is aangehaald als het gaat om zaken die gerelateerd zijn aan de beheerste en integere bedrijfsvoering, lijkt uitsluitend het kenbaarheidsvereiste van het lex certa-beginsel te worden gezien. Het voorzienbaarheidsvereiste komt niet aan de orde.

3.3 Open-normkarakter uit de regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering leidt in de praktijk soms tot problemen

Hoewel volgens rechtspraak de thans geldende regeling van een beheerste en integere bedrijfsvoering in overeenstemming lijkt te zijn met het kenbaarheidsvereiste uit het lex-certabeginsel, blijken de (open-)normcomponenten van een integere bedrijfsvoering in de praktijk tot problemen te leiden. Zo blijkt bijvoorbeeld dat sommige instellingen moeite hebben om een deugdelijke en systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) op te stellen in het kader van de Wwft.¹²⁵ Ten aanzien van deze (open)normcomponenten is gebleken dat een beroep op het lex-certabeginsel niet snel zal slagen.¹²⁶

Ondanks dat de verplichting tot waarborging van beheerste en integere bedrijfsvoering een open norm betreft, die ruimte voor invulling aan instellingen overlaat, kan in de hierboven

¹¹⁹ Rb Rotterdam 1 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY9475.

¹²⁰ Noot G.P. Roth naar aanleiding van CBB, 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW98888. Zie in dit verband ook AFM – Maatregel 14 april 2018 beslissing op bezwaar (Perfect Hypotheken).

¹²¹ CBB 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:274, 16/251.

¹²² *Stb.* 2006 nr. 509, p. 104.

¹²³ AFM 10 januari 2019, Beslissing op bezwaar DeGiro, punt 339-340.

¹²⁴ Rb. 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6328.

¹²⁵ DNB, *Systematische integriteitsrisicoanalyse nog niet overal in orde*, Nieuwsbericht, 30 mei 2016 *Financieele Dagblad*, Toezichthouder uit harde kritiek op trustsector, 23 maart 2016.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld CBB 3 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:120 en RB. 8 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:879.

aangehaalde uitspraken een bevestiging worden gevonden dat de regeling in overeenstemming is met het lex-certa-beginsel in samenhang met de oplegging van een bestuursrechtelijke punitieve sanctie.¹²⁷ Dit is mede gelegen in de gedetailleerde nadere toelichting die de wetgever hieromtrent biedt. Gespecificeerde guidance ten aanzien van de algemene regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering van de toezichthouders is op veel punten aanwezig. Echter wanneer deze ontbreekt doet dit volgens de rechter niet af aan het bepaaldheidsgebod. Opgemerkt dient te worden dat de betekenis van het kenbaarheidsvereiste uit het lex-certa-beginsel in samenhang met de open norm tot de verplichting tot waarborging van een beheerste en integere bedrijfsvoering betrekkelijk is gebleken. Uitgangspunt is dat de wet wordt geacht kenbaar te zijn, ook ten aanzien van enigszins vage termen of open normen. Van instellingen wordt verwacht dat zij een zodanige inspanningsverplichting leveren dat daaruit valt op te maken dat zij er alles aan gedaan hebben om de betekenis van de bepaling te doorgronden en dat zij naast de tekst van de wet ook kennis hebben genomen van de wetsgeschiedenis, de beleidsuitingen van toezichthouders en de jurisprudentie.¹²⁸ Het is immers niet steeds relevant of er zich een risico ontplooid heeft, maar of de instelling er alles aan heeft gedaan om verwezenlijking van dat risico te voorkomen.¹²⁹

3.4 Resumerend

De thans geldende regelgeving van de beheerste en integere bedrijfsvoering is compatibel met het kenbaarheidsvereiste van het lex certa-beginsel. De open normen van de beheerste en integere bedrijfsvoering staan niet in de weg aan de oplegging van punitieve sancties. De regeling wordt nader ingekleurd door andere wettelijke bepalingen in onder meer de Wft de Wwft, door soft law en jurisprudentie. De wettelijke bepalingen en uitgebreide guidance hieromtrent fungeren tevens als handvat voor instellingen met betrekking tot de vraag hoe zij invulling kunnen geven aan hun verplichting van de beheerste en integere bedrijfsvoering. Het gaat om een inspanningsverplichting waarvan instellingen, in de hoedanigheid van professionele deelnemers aan het economisch verkeer, zich moeten vergewissen om deze naar behoren uit te voeren.

4. Oplegging van (bestuursrechtelijke) punitieve sancties

Toezichthouders waaronder DNB en AFM zijn verantwoordelijk voor de bestuursrechtelijke handhaving. Het OM is verantwoordelijk voor de strafrechtelijke vervolging. Beide handhavingstrajecten staan in beginsel open bij schending van normen uit het financiële toezichtrecht. In beginsel geldt bestuurlijke handhaving als uitgangspunt.

4.1 Bestuursrechtelijke sancties

De voornaamste handhavingsmechanismen betreffen de:

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

¹²⁷ Van Asperen de Boer 2018, p. 252.

¹²⁸ Van Asperen de Boer 2018, p. 252.

¹²⁹ Rb. 21 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5506 (*Baker Tilly*).

Bestuurlijke sancties zijn te onderscheiden in herstelsancties en punitieve sancties. Herstelsancties beogen een overtreding te beëindigen, de gevolgen daarvan ongedaan te maken of te beperken, dan wel herhaling te voorkomen. Een voorbeeld van een herstelsanctie is een 'last onder dwangsom'.¹³⁰ Herstelsancties en punitieve sancties kunnen naast elkaar worden opgelegd. Dit is gelegen in de aard en het doel van beide sancties. Dat die herstelsancties in de praktijk wel als punitief worden ervaren, doet hieraan niet af.¹³¹ Zo is een besluit tot openbaarmaking van een bestuurlijke sanctie, de zogenaamde 'naming en shaming', waarbij een onderneming met naam en toenaam wordt genoemd, geen punitieve sanctie.¹³²

4.1.1 Oplegging van een punitieve sanctie: overtreding, overtreder en daderschap

Een voorbeeld van een punitieve sanctie is de bestuurlijke boete. Deze sanctie kan door de toezichthouder worden opgelegd om de overtreder 'leed toe te voegen', met als doel overtredingen in de toekomst te voorkomen. Bij oplegging van een bestuursrechtelijke punitieve sanctie geldt dat er sprake is van een overtreding wanneer de gedraging valt binnen een wettelijke omschrijving en de gedraging strijdig is met een wettelijke voorschrift.¹³³ Hierbij wordt als overtreder aangemerkt degene die, al dan niet in functionele zin, de overtreding pleegt of medepleegt. Overtredingen kunnen hierbij worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Dit geldt ook voor de feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers.¹³⁴ Bij de constructie van het daderschap in het bestuursrecht wordt nadrukkelijk aangesloten bij de juridische invulling zoals deze wordt gehanteerd in het strafrecht.¹³⁵ Artikel 51 lid van het WvSr is hierbij van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat een bestuurlijke of strafrechtelijke sanctie kan worden opgelegd aan zowel degene die de gedraging in fysieke zin verricht, als aan degene die daarvoor maatschappelijk gezien verantwoordelijk is.¹³⁶ Dit kunnen op basis van artikel 51 Sr natuurlijke en rechtspersonen zijn, maar ook de feitelijk leidinggevers. In veel gevallen zal daarom een bedrijf of instelling of de leiding van een bedrijf of instelling als overtreder kunnen worden aangemerkt, ook al is de gedraging in fysieke zin gepleegd door een werknemer¹³⁷ of opdrachtnemer.¹³⁸

Indien er sprake is van een overtreding, dan is het de vraag of de kennelijk verboden gedraging te beschouwen is als een gedraging van die rechtspersoon. Ofwel kan de gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon worden toegerekend. Een belangrijk oriëntatiepunt hierbij is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Dit is het geval wanneer één of meerdere omstandigheden zich voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking, hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van de rechtspersoon;

¹³⁰ Daalderop 2019, p. 45-46.

¹³¹ Daalderop 2019, p. 46.

¹³² Zie bijvoorbeeld CbB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:194 en Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836.

¹³³ Conform artikel 5:1 lid 1 Awb wordt onder overtreding verstaan: "een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift."

¹³⁴ Zie artikel 5:3 Awb en artikel 51 lid 1 WvSr.

¹³⁵ *Kamerstukken II*, 2003/04, 29702, nr. 3, p. 78-82 en 124-127.

¹³⁶ HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (*IJzerdraad*).

¹³⁷ ABRS 27 maart 2001, AB 2002, 102.

¹³⁸ ABRS 17 juli 2002, AB 2003, 78, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3 p. 78-79.

- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf of in diens taakuitoefening;
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard.¹³⁹

Daarbij is de toerekening mede afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en de aard van de gedraging.¹⁴⁰ Verder kan een rechtspersoon als dader dan wel overtreder gelden als hij over de gedragingen heeft beschikt en deze heeft aanvaard.¹⁴¹ Onder dit aanvaarden is mede begrepen *'het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.'*¹⁴²

4.1.2 Vaststelling van daderschap

Zowel plegers als medeplegers worden conform 5:1 lid 2 Awb aangemerkt als overtreders. Er bestaat ook nog een andere opvatting over daderschap van rechtspersonen. De financiële normen uit onder meer de Wft en Wwft richten zich in de regel tot instellingen. Wanneer toezichthouders overtredingen van die regels constateren, zijn de instellingen direct aan te merken als overtreder. Het daderschap van de rechtspersoon is daarmee een gegeven en hoeft niet door 'toerekening' van gedragingen van natuurlijke personen komen vast te staan.¹⁴³ Aan de IJzerdraad-criteria (zie bron 133) wordt niet toegekomen, in die zin dat een rechtspersoon als dader kan gelden als hij over de gedragingen heeft beschikt en deze heeft aanvaard waaronder begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

In het kader van de vaststelling van het daderschap is het van belang tot wie het wettelijk voorschrift in kwestie zich richt. Er zijn voorschriften die naar hun aard of inhoud gericht zijn tot natuurlijke personen, zodat rechtspersonen deze niet zullen kunnen overtreden.¹⁴⁴ Het omgekeerde is ook denkbaar. Daarnaast is een aantal voorschriften specifiek gericht op een doelgroep. Dit speelt met name in de financiële toezichtwetgeving zoals de Wft, waarin een voorschrift zich bijvoorbeeld specifiek kan richten op een beleggingsonderneming. Slechts degenen die als zodanig kunnen worden gekwalificeerd, vallen direct onder de reikwijdte van zulke voorschriften. Anderen vallen niet binnen deze norm omdat zij de aangeduide kwaliteit missen.¹⁴⁵

Tot slot moet de overtreding ex artikel 5:41 Awb verwijtbaar zijn. *"Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet behoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Dit laat echter onverlet, dat ook in deze gevallen het beginsel – 'geen straf zonder schuld' - geldt."*¹⁴⁶ De verwijtbaarheid van de rechtspersoon wordt in het bestuursrecht derhalve gerelateerd aan de schuldvraag. Om aan het opleggen van een

¹³⁹ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:2003:AF793 (*Drijfmestarrest*) HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (*IJzerdraadarrest*).

¹⁴⁰ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:2003:AF793 (*Drijfmestarrest*), HR 22 juni 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK3526.

¹⁴¹ HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (*IJzerdraad*).

¹⁴² HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:2003:AF793 (*Drijfmestarrest*).

¹⁴³ Van Asperen de Boer 2018, p. 253.

¹⁴⁴ Bijvoorbeeld. HR 2 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9042.

¹⁴⁵ Doorenbos 2013.

¹⁴⁶ HR 14 februari 1916, ECLI:NLPHR:1916:BG9431 (*Melk en water*).

bestuurlijke sanctie te ontkomen, zal de overtreder een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld, rechtsdwaling en deze afwezigheid (avas) aannemelijk moeten maken.¹⁴⁷ In het financiële toezichtrecht is dit echter illusoir. Bijna nooit is alle schuld afwezig, omdat bijna nooit alle zorg is betracht.¹⁴⁸

In het bestuursrecht speelt de beoordeling van bestanddelen als opzet of schuld meestal geen grote rol. Het bestuursrecht gaat namelijk gewoonlijk uit van kleurloze overtredingen waarbij opzet en schuld geen delictsbestanddeel vormen. De verwijtbaarheid wordt vermoed aanwezig te zijn doordat de norm is overtreden.¹⁴⁹

Volgens De Hullu zou de reikwijdte van avas groter zijn bij vagere of erg ruime normstellingen.¹⁵⁰ Hij wijst tevens op een arrest van de Hoge Raad waarin volgens de Hoge Raad de aard en strekking van de betreffende centraal staande wettelijke bepaling eveneens de reikwijdte van avas kunnen inperken of verruimen.¹⁵¹

Dit betekent in zekere zin dat, bij de beoordeling van verwijtbaarheid van de gedraging van een betrokkene, afhangt of het al dan niet een professionele deelnemer aan het financieel economisch verkeer betreft. Van een professionele deelnemer wordt verwacht dat hij beter geïnformeerd is ten aanzien van de beperkingen waaraan zijn handelingen zijn onderworpen dan een 'gemiddelde mens'.¹⁵²

Van Asperen de Boer draagt in dit kader 'het pleitbaar standpunt' uit het fiscale recht aan. Deze disculperingsgrond zou kunnen zorgen voor meer rechtsbescherming binnen de bestuurlijke boetesfeer. De toepassing van het pleitbaar standpunt zou meer bescherming bieden dan de avas-toets. Een standpunt is pleitbaar indien een instelling een andere uitleg van de wet in redelijkheid kan bepleiten en daaruit blijkt dat de betrokkene door dat standpunt in te nemen niet dermate lichtvaardig heeft gehandeld dat het aan zijn opzet (of grove schuld) te wijten is geweest.¹⁵³

Echter ook met betrekking tot het pleitbaar standpunt wordt ten aanzien van de professionele betrokkene een hogere mate van kennis verondersteld dan bij een gemiddeld persoon. Ook deze disculperingsgrond biedt derhalve beperkte mogelijkheden.

4.1.4 Strafrechtelijke waarborgen bij de bestuurlijke boete

De bestuurlijke boete wordt aangemerkt als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁵⁴ Hierdoor gelden de strafrechtelijk getinte waarborgen uit het EVRM alsook het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). In de sanctieregeling in de Awb is derhalve een aantal van deze waarborgen opgenomen zoals het nemo-teneturbeginsel¹⁵⁵, het legaliteits- en het lex-certabeginsel en het beginsel 'geen straf zonder schuld'.

AFM en DNB zijn bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 onder b Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een boetebesluit is een besluit dat vatbaar is voor bezwaar en beroep. Alvorens dit boetebesluit toe te zenden, wordt er een boetevoornemen met onderzoeksrapport

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3 p. 122-123.

¹⁴⁸ Van Asperen de Boer 2018, p. 254.

¹⁴⁹ Dit vermoeden geldt voor zover het gaat om boeteoplegging. Artikel 5:41 Awb is niet van toepassing op herstelsancties en andere maatregelen.

¹⁵⁰ De Hullu 2015, p. 354.

¹⁵¹ De Hullu 2015, p. 354-355, onder verwijzing naar HR 20 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:135 (*Leeftijd*).

¹⁵² HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7965 (*Krulsja*).

¹⁵³ Zie ook HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6018.

¹⁵⁴ EHRM 21 februari 1984, ECLI:XX:1984:AC9954, zaak 8544/79 (*Oztürk*).

¹⁵⁵ Niemand is gehouden om tegen zichzelf bewijs te leveren, ofwel niemand kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken.

naar de vermeende overtreder gestuurd. Conform artikel 5:50 Awb wordt de vermeende overtreder in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze over het boetevoornemen naar voren te brengen.

Wanneer een instelling rechtstreeks door het belang wordt getroffen, (artikel 1:2 Awb) kan er bezwaar worden gemaakt bij de toezichthouder en nadien beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld (art. 7:1 en 8:1 Awb) en eventueel hoger beroep bij het CBb te Den Haag. In de bezwaarfase kan de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam om een voorlopige voorziening worden gevraagd om 'vroegtijdige' publicatie van de boete en een 'naming en shaming procedure', door de toezichthouder te voorkomen. De instelling en of de beleidsbepaler kunnen in die zin worden aangemerkt als belanghebbenden waaraan het besluit is gericht.¹⁵⁶ Binnen het kader van artikel 5:41 Awb kunnen zo nodig ook de klassieke schulditsluitingsgronden uit het strafrecht, zoals ontoerekeningsvatbaarheid, noodweerexces, overmacht en handelen ter uitvoering van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, door instellingen of feitelijk leidinggevers worden aangedragen.¹⁵⁷ De wetgever heeft er voor gekozen de klassieke strafuitsluitingsgronden niet als een wettelijke opsomming op te nemen in de Awb, zodat de bestuursrechter de ruimte heeft om de uitsluitingsgronden nader in te vullen met karakteristieken uit het bestuursrecht.¹⁵⁸

Voorts wordt er door het bestuursorgaan geen bestuurlijke sanctie opgelegd voor de overtreding als daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat (artikel 5:5 Awb) en mag er geen bestuurlijke boete worden opgelegd voor zover de overtreding de overtreder niet is te verwijten (artikel 5:41Awb).

In artikel 5:4 Awb is het legaliteitsbeginsel neergelegd. Hieruit volgt dat geen bestuursrechtelijke boete kan worden opgelegd zonder dat de overtreding en de daarop gestelde sanctie vooraf in een wettelijk voorschrift zijn omschreven. Dit volgt ook direct uit artikel 7 EVRM, waaruit het EHRM het lex certabeginsel kan worden afgeleid: een voorschrift dient voldoende duidelijk en kenbaar te zijn.

In artikel 5:10a Awb is het nemo-teneturbeginsel opgenomen. Dit beginsel geeft degene die door een toezichthouder wordt verhoord met het oog op een bestraffende sanctie, een zwijgrecht.¹⁵⁹ Hiertegenover staat de medewerkingsplicht uit artikel 5:20 Awb, dat afbreuk doet aan dit zwijgrecht. In de onderzoeksfase van het bestuursproces moet namelijk worden meegewerkt met het bestuursorgaan en krijgt de vermeende overtreder geen cautie. Op het moment dat er sprake is van een boeteverhoor wordt er wel een cautie gegeven.¹⁶⁰ In artikel 5:43 wordt het ne-bis-in-idembeginsel gecodificeerd (iemand mag niet twee keer voor hetzelfde feit worden bestraft). Dit houdt ook in dat moet worden gekozen tussen bestuurs- of strafrechtelijke handhaving (het una-viabeginsel 5:44 Awb).¹⁶¹

4.2 Resumerend

Bij de oplegging van bestuursrechtelijke punitieve sancties wordt een ruime maatstaf gehanteerd ten aanzien van het toerekenen van een gedraging. Bij het schenden van de norm kan een instelling of haar feitelijk leidinggever direct worden aangemerkt als overtreder. Een kleurloze overtreding is slechts vereist. Het aansprakelijkheidsrisico wordt hierdoor vergroot.

¹⁵⁶ R. Stijnen 2012.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3 p. 122-123.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 29702, (nadere toelichting MvA), p. 7-8.

¹⁵⁹ Van Asperen de Boer 2018, p. 253-254.

¹⁶⁰ Van Asperen de Boer 2018, p. 252.

¹⁶¹ Artikel 5:43 Awb en 5:44 Awb

Het is namelijk niet evident wanneer nu juist wel en wanneer de instelling zich nu juist niet voldoende heeft ingespannen om aan zijn verplichtingen van de beheerste en integere bedrijfsvoering te voldoen. Gezien de ruime guidance hieromtrent is het risico wel aanvaardbaar. Dit is mede gelegen in de flexibiliteit en het maatwerk die de open norm dient te bieden. Geen straf zonder schuld is het uitgangspunt. De instelling dient daarom voldoende grip te hebben op hetgeen zich binnen het eigen bedrijf afspeelt.

Een beroep op avas zal niet snel worden gehonoreerd. Immers van professionele deelnemers, zoals instellingen, wordt verwacht dat zij terdege geïnformeerd zijn over hun (zorg)plichten. Disculperen op basis van onwetendheid is al snel niet meer mogelijk.

Wanneer er sprake is van oplegging van een eventuele punitieve sanctie, kan er aanspraak worden gemaakt op strafrechtelijke waarborgen die de betrokken instelling extra rechtsbescherming biedt.

Is er aan de inspanningsplicht, die voortvloeit uit de regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering voldaan, dan zou, ondanks een eventueel incident danwel risico dat zich heeft geopenbaard, oplegging van een punitieve bestuursrechtelijke sanctie niet dienen plaats te vinden.

5. Strafrechtelijke aansprakelijkheid

5.1 Richtlijnen en witwassen

Het nationale recht dient richtlijnconform te worden uitgelegd. Dit geldt ook voor de antiwitwasrichtlijnen. De voorschriften uit de antiwitwasrichtlijnen dienen voorts geïmplementeerd te worden in nationale wetgeving.

Op basis van de vierde antiwitwasrichtlijn dienen de lidstaten te voorzien in administratieve sancties en maatregelen, ten minste voor zware, herhaalde of systematische inbreuken op de voorschriften betreffende cliëntonderzoeksmaatregelen, het bewaren van gegevens, het melden van verdachte transacties en interne controles van meldingsplichtige entiteiten.¹⁶² Uit de richtlijn vloeit geen plicht tot oplegging van strafrechtelijke sancties wanneer schending van Wwft-bepalingen plaatsvindt. Het wordt aan de lidstaten overgelaten of zij Wwft-schendingen ook strafrechtelijk sanctioneren.¹⁶³

Administratieve sancties en maatregelen kunnen conform de vierde antiwitwasrichtlijn worden opgelegd aan natuurlijke personen en rechtspersonen. De aansprakelijkheid van rechtspersonen wordt in de zesde antiwitwasrichtlijn uitgebreid met aansprakelijkheid voor rechtspersonen en hun feitelijk leidinggevers. Dit was reeds het geval in de thans geldende nationale regelgeving. Personen met een vertegenwoordigingsbevoegdheid, beslissingsbevoegdheid of controlebevoegdheid vallen hieronder.¹⁶⁴

Bovenstaande laat onverlet dat bij het 'verbieden' van witwassen het strafrecht dient te worden ingezet. Dit volgt uit de eerste antiwitwasrichtlijn.¹⁶⁵ Zowel rechtspersonen, als personen met een vertegenwoordigingsbevoegdheid, beslissingsbevoegdheid of controlebevoegdheid kunnen op basis van (schuld)witwassen strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Voor rechtspersonen kan dit in de vorm van en geldboete. Voor natuurlijke personen en feitelijk

¹⁶² Richtlijn (EU) 2015/849, Verordening (EU) nr. 648/2012 en Richtlijn (EU) 2006/70/EG, artikel 58 lid 3.

¹⁶³ Verloop & Witjes 2019, p. 107.

¹⁶⁴ Richtlijn (EU) 2018/1673, artikel 7 en 8.

¹⁶⁵ Richtlijn (EEG) 91/308.

leidinggevers, waaronder bestuurders en een compliance officers, kan dit ook in de vorm van een gevangenisstraf.¹⁶⁶

5.2 Strafrechtelijke sancties, buitengerechtelijke afdoening en vervolging

Het OM kan zelfstandig overgaan tot strafvervolging, wanneer een instelling verplichtingen uit de Wwft onvoldoende heeft nageleefd, signalen heeft genegeerd of verdachte is van het plegen of medeplegen aan delicten uit het Wetboek van Strafrecht zoals schuldwitwassen. Het OM bepaalt of zij een zaak doorzet voor bestraffing. Onder welke omstandigheden het OM hiertoe overgaat, komt ter sprake in par. 6.4. *'Het beleid van het OM strekt ertoe de zogeheten facilitators aan te pakken. Instellingen die hun verplichtingen verzaken, kunnen daardoor – al dan niet bedoeld – dergelijke criminele activiteiten faciliteren.'*¹⁶⁷

Het OM kan de zaak voorleggen aan de strafrechter, maar kan deze ook buitengerechtelijk afdoen, bijvoorbeeld middels een strafbeschikking of een buitengerechtelijke transactie. Ook kunnen bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd, zoals gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming, ontzetting van bepaalde rechten, onderbewindstelling van de onderneming, en ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Met name die ontneming kan er toe 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.¹⁶⁸ Een transactie geldt formeel niet als schuldbekenning, echter dient volgens het OM de verdachte daarbij wel schuld te bekennen en neemt het OM dit op in het persbericht en het feitenrelaas waarmee de transactie gepaard gaat.¹⁶⁹

De verplichting tot het waarborgen van een beheerste en integere bedrijfsvoering uit de Wft kan niet als zelfstandig misdrijf worden vervolgd op basis van de WED. Echter de eis van een integere bedrijfsvoering in de Wft brengt met zich mee dat instellingen handelen naar de geldende wet- en regelgeving, waaronder begrepen de Wwft en Sw 1977 en het WvSR (bewust of onbewust) medeplegen. Overtredingen van verplichtingen door instellingen in de Wwft kunnen wel strafbaar worden gesteld en worden vervolgd op basis van de WED en vormen zo een indirecte maar primaire strafbaarstelling van het niet voldoen aan de eisen van een beheerste en integere bedrijfsvoering uit de Wft.

5.2.1 Daderschap op meerdere manieren mogelijk

De instelling kan als dader strafrechtelijk worden aangesproken op basis van artikel 47 lid 1 juncto (jo) artikel 51 lid 1 WvSr en als medeplichtige van een misdrijf (artikel 48 WvSr). Daarnaast kan de instelling als strafbare dader worden aangesproken in verband met het niet-nakomen van onderzoeks- en meldingsverplichtingen die voortvloeien uit de WWFT op basis van artikel 2 lid 1 WED. Verder kan een instelling strafrechtelijk worden aangesproken indien de instelling verwijtbaar heeft meegewerkt aan bijvoorbeeld witwassen, ook al heeft dit ongewild of onbewust plaatsgevonden. De instelling speelt in die zin dan een faciliterende rol die leidt tot de conclusie dat de instelling in de zin van artikel 48 WvSr medeplichtig is geweest bij de strafbare gedragingen van haar cliënt door de activiteiten van haar cliënt te bevorderen of gemakkelijk te maken.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Artikel 420quater; de maximumstraf is twee jaar of een geldboete van de 5e categorie.

¹⁶⁷ Daalderop 2019.

¹⁶⁸ Daalderop 2019, p. 46.

¹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld 'Feitenrelaas Houston' en 'Feitenrelaas Guardian', om.nl

¹⁷⁰ Zie HR 4 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0780, HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2001BO2629, HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4471, HR 27 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017.

5.2.2 Overtreding van de Wwft op grond van de WED

Zoals gezegd is ouderschap van rechtspersonen op twee manieren mogelijk. Enerzijds doordat het handelen van natuurlijke personen dient te worden toegerekend aan de rechtspersoon, anderzijds kan het ouderschap van rechtspersonen op directe wijze worden vastgesteld. Wanneer er sprake is van criminele facilitering door instellingen, is toerekening op basis van de Drijfmet-criteria lastig.¹⁷¹ De financieelrechtelijke normen stellen namelijk vaak niet primair een menselijke handeling strafbaar, maar meer ‘het als onderneming niet voldoen’ aan bepaalde eisen.’ Ouderschap staat bij overtreding van de norm reeds vast. Er wordt niet meer toegekomen aan de vraag of de onderneming de redelijke zorg heeft betracht ter voorkoming van de gedraging, dit lijkt dan gegeven doordat de norm is overtreden.¹⁷²

5.2.3 Kleurloos opzet kan voldoende zijn om van een misdrijf te kunnen spreken

Of er sprake is van een misdrijf of een overtreding op basis van de Wwft in samenhang met de WED, is afhankelijk van de vraag of er al dan niet sprake is van opzet.¹⁷³ Het aannemen van voorwaardelijk opzet is hierbij voldoende. Het is niet noodzakelijk dat de verdachte hierbij opzettelijk de wet heeft overtreden, ofwel er hoeft geen sprake te zijn van ‘boos opzet’.¹⁷⁴ Net als in het commune strafrecht geldt het kleurloosopzetvereiste: het opzet is gericht op de gedraging en niet op de strafbaarheid of de wederrechtelijkheid daarvan. De opzettelijke gedraging en de feitelijke vaststelling dat met die gedraging de in de delictomschrijving opgenomen wettelijke verplichting is geschonden, zijn voldoende voor de vervulling van de delictomschrijving.¹⁷⁵ Voor het bewijzen van het opzet is het daarbij niet van belang of de verdachte op de hoogte was van de voorschriften uit de Wwft.¹⁷⁶In par. 6.3.1 wordt kleurloos opzet verder besproken.

5.3 De feitelijk leidinggever als dader

Toerekening van strafbare en beboetbare feiten kan ook plaatsvinden ten aanzien van de feitelijk leidinggever (artikel 51 lid 2 en 3 Sr). Dit betreft een vorm van afgeleide aansprakelijkheid, omdat in tegenstelling tot het functioneel ouderschap de feitelijk leidinggevende niet zelf alle delictsbestanddelen hoeft te vervullen. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris (hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden) maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen (voorwaardelijk opzet). Een feitelijk leidinggever kan een bestuurder zijn, maar ook een lager geplaatste die de macht over de verboden gedraging had en daarop bewust de aanmerkelijke kans aanvaardde (Slavenburg-criteria).¹⁷⁷ De toezichthouders zullen het opzet van de leidinggever op de overtreding moeten bewijzen. Dit zal over het algemeen niet veel problemen geven omdat ook hier de ‘kleurloos opzet’-leer geldt.¹⁷⁸

¹⁷¹ Nelemans 2018.

¹⁷² Hartmann & Keupink 2011.

¹⁷³ Artikel 2 lid 1 WED.

¹⁷⁴ HR 18 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:1, HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783.

¹⁷⁵ HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8791.

¹⁷⁶ Rb. Amsterdam 6 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019.

¹⁷⁷ HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9097 en HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607 (*Slavenburg II*).

¹⁷⁸ HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783.

In een later arrest heeft de Hoge Raad verduidelijking geboden ten aanzien van het beslissingskader of er al dan niet sprake is van een strafbare feitelijk leidinggever. De Hoge Raad geeft hierbij expliciet aan dat ook een rechtspersoon feitelijk leiding kan geven. Verder wordt in kaart gebracht welke soorten van gedrag zoal kunnen kwalificeren als feitelijk leidinggeven. De feitelijke leidinggever moet de strafbare gedraging daadwerkelijk bevorderd hebben en zijn opzet moet daarop in algemene zin gericht zijn geweest. Hieronder valt ook actief en effectief leidinggevend gedrag dat onmiskenbaar binnen de maatschappelijke betekenis van het begrip valt. Voorts stelt de Hoge Raad dat in feitelijk leidinggeven de eis van opzet op de verboden gedragingen besloten ligt. Uit een falend integriteitsbeleid kan worden afgeleid dat de feitelijke leidinggever ook de bedoeling had het te laten falen. In die zin is er sprake van omkering van de bewijslast: indien onvoldoende aannemelijk kan worden gemaakt dat er sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering, dan zal er wel sprake zijn van een schending van de verplichting tot waarborging van een beheerste integere bedrijfsvoering. Volgens de Hoge Raad is het ook aannemelijk dat van feitelijk leidinggeven sprake is als de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene door de verdachte gevoerde beleid.¹⁷⁹

Een zodanig beleid is echter geen vereiste. Als feitelijk leidinggever geldt eveneens het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat dit heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat het aannemelijk is geweest dat verdachte aan die gedraging feitelijk leiding heeft gegeven.¹⁸⁰

Voor een culpoze variant is geen ruimte. Hierbij kan het verschil tussen (voorwaardelijk) opzet en schuld worden geduid in die zin dat voorwaardelijk opzet zich kenmerkt door een volledig bewustzijn waarbij een bepaald gevolg op de koop toe wordt genomen; en onbewuste culpa zich kenmerkt door een volledig onbewustzijn in die zin van het niet nadenken in afwijking van wat van de gemiddelde persoon mag worden verwacht.¹⁸¹

Bovengenoemde jurisprudentie inzake feitelijk leidinggeven, onderstreept de noodzaak voor een integere en beheerste bedrijfsvoering, ethische compliance en interne governance.¹⁸²

De ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor feitelijk leidinggevers kan bestaan in een passieve rol waardoor de verboden gedraging zodanig is bevorderd dat van feitelijke leidinggeven kan worden gesproken. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een verdachte bevoegd is en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en, ondanks dat de verdachte op de hoogte was van die gedragingen, naliet dergelijke maatregelen te nemen.¹⁸³

Dit zou in wezen kunnen betekenen dat ook een compliance officer als feitelijk leidinggever kan worden vervolgd, gezien het niet ondenkbaar is dat een compliance officer op de hoogte is van tekortkomingen in de compliancefunctie in het algemeen en ten aanzien van het CDD-proces en transactiemonitoring in het bijzonder. Dit is afhankelijk van de vraag of de compliance officer bevoegd is en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of ter beëindiging van verboden gedragingen.¹⁸⁴ Dat laatste zou weer terug te voeren moeten zijn naar het beleid. Een adequaat functionerende compliancefunctie kan een belangrijke omstandigheid zijn bij het al dan niet (persoonlijk) beboeten van de leiding van een instelling. Ook zal de graad van deskundigheid van invloed zijn op het vaststellen van de verwijtbaarheid van een

¹⁷⁹ HR 26 april 2016, ECLI:HR:NL:2016:733.

¹⁸⁰ Hof Amsterdam 28 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3100/3103.

¹⁸¹ Kelk & De Jong 2016, p. 288-289.

¹⁸² Nelemans 2018, p. 2.

¹⁸³ Verloop & Witjens 2019, p. 108.

¹⁸⁴ Verloop & Witjens 2019, p. 107.

compliance officer. Vanwege hun hoedanigheid en deskundigheid zal van hen een hogere graad van deskundigheid verwacht mogen worden ten aanzien van hun gedragingen.¹⁸⁵

De compliance officer die een adviserende rol bekleedt en daardoor geen mogelijkheid tot ingrijpen heeft, zal niet snel als feitelijk leidinggever van de rechtspersoon worden aangemerkt.¹⁸⁶ De compliance officer die wel bevoegd en gehouden is om aan verboden gedraging van een rechtspersoon een einde te maken, maar dit heeft nagelaten, zal in de regel wel als strafbaar geacht worden.¹⁸⁷

5.4 Strafrechtelijke aansprakelijkheid en een beheerste integere bedrijfsvoering

Strafrechtelijke vervolging vindt plaats door het OM. Als uitgangspunt bij voornoemde norm geldt dat de bedrijfsvoering “*het hele traject van vaststellen, besturen, monitoren en bijsturen van doelstellingen en processen bevat.*”¹⁸⁸ De concrete invulling van de open norm wordt, binnen het door de wet- en regelgever voorgeschreven kader, overgelaten aan de instelling. Van instellingen wordt verwacht dat zij een zodanige inspanningsverplichting leveren dat daaruit valt op te maken dat zij er alles aan gedaan hebben om de betekenis van de bepaling te doorgronden. Echter waar precies de grenzen liggen en dan met name wanneer er precies een strafrechtelijke vervolging intreedt, is niet evident. Wanneer is er genoeg inspanning geleverd om strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen? De afbakening lijkt te moeten worden gezocht in hetgeen redelijkerwijs van een financiële onderneming mag worden verwacht, ter waarborging van een integere beheerste bedrijfsvoering. Echter redelijkheid betreft eveneens een open norm.¹⁸⁹

De zorgplicht voortkomend uit de integere en beheerste bedrijfsvoering die is neergelegd in de Wft wordt ingevuld door de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wetsystematiek, alsmede het doel en de strekking van de wet en de jurisprudentie. Daarnaast wordt de zorgplicht ingevuld door andere wettelijke bepalingen van de Wft, de Wwft, het WvSr en bij deze bepalingen behorende besluiten en richtlijnen.

Wat redelijkerwijs mag worden verwacht van een onderneming teneinde te voldoen aan de verplichting om zorg te dragen voor een systematische analyse van integriteitsrisico's, is volgens Doets mede afhankelijk van hetgeen binnen de marktsector waarbinnen de betreffende onderneming actief is, gebruikelijk is. De invulling van de norm is derhalve omgevingsafhankelijk. Maatschappelijke opvattingen en marktontwikkelingen zijn hierop van invloed. Er dient daarom op continue basis sprake te zijn van kennisaccumulatie door de instelling.¹⁹⁰ Blijken procedures en maatregelen niet te voldoen, dan dienen er onverwijld maatregelen te worden genomen.¹⁹¹

5.4.1 Kleurloos opzet ziet op de gedraging en niet op de mogelijke strafbaarheid daarvan

De Hoge Raad hanteert ten aanzien van het commune strafrecht en het economisch strafrecht een kleurloosopzetbegrip. Tot 2020 werd er vastgehouden aan de constructie dat bij kleurloos opzet het opzet is gericht op de gedraging en niet op de strafbaarheid of de wederrechtelijkheid daarvan. De opzettelijke gedraging en de feitelijke vaststelling dat met die gedraging de in de

¹⁸⁵ Visser 2001, p. 431.

¹⁸⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 26 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4678.

¹⁸⁷ Hof 's-Hertogenbosch, 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1594.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 28708, nr. 19, p. 504.

¹⁸⁹ Doets 2011, p. 142-147.

¹⁹⁰ Doets 2011, p. 140.

¹⁹¹ *Stb.* 2006, 520, p. 712.

delictsomschrijving opgenomen wettelijke verplichting is geschonden, zijn voldoende voor de vervulling van de delictsomschrijving.¹⁹² Voor het bewijzen van het opzet is het daarbij niet van belang of de verdachte op de hoogte was van de voorschriften uit de Wwft.¹⁹³

De achtergrond voor dit standpunt is dat iemand die de regels overtreedt zonder dat hij dat weet, even strafbaar dient te zijn als iemand die de regels wel kent.¹⁹⁴ Men dient de wet te kennen. Met name van professionele partijen zoals banken, mag worden verwacht dat ze een aanzienlijke inspanningsverplichting leveren en eventueel advies vragen over hoe ze hun (zorg)plichten dienen in te vullen. Gezien het kleurloosopzetvereiste kan opzet bij economische delicten derhalve al snel worden aangenomen. ‘Men blijkt nu eenmaal geen boontjes in uit nonchalance’.¹⁹⁵

Hartmann en Keupink zetten hun vraagtekens bij bovenstaande redenering. Zij vragen zich af of in geval van zorgplichten ‘opzettelijk niet zorgen’ wel passend is wanneer iemand de regelgeving niet of niet goed kent of, in geval van zorgplichten, mogelijk niet precies kan kennen. Immers, ‘je kunt een verplichting niet naleven als je deze niet kent, maar je moet een verplichting kennen wil je deze opzettelijk kunnen negeren.’¹⁹⁶ Gezien de complexiteit en de omvang van de financiële (toezicht)wetgeving is het niet ondenkbaar dat een verdachte niet volledig op de hoogte is van de manier waarop een bepaalde zorgplicht ingevuld dient te worden.¹⁹⁷

Advocaat-Generaal Vellinga wees de Hoge Raad op de mogelijkheid dat ‘zelfzuchtige onwetendheid’ omtrent in acht te nemen voorschriften’ aangemerkt zou kunnen worden als voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad zag echter geen aanleiding voor een verandering van zijn rechtspraak op dit punt.¹⁹⁸

Het komt ook voor dat opzet wordt beredeneerd op grond van de zorgplicht zich behoorlijk te verdiepen in de toepasselijke voorschriften. Hierbij promoveert het schuldverwijt naar de vereiste opzetgradatie om zo tot een misdrijf te komen. De opzet in de economische strafwetgeving wordt dan benaderd met behulp van culpa-achtige criteria.¹⁹⁹

Volgens Doorenbos zou het uitgangspunt moeten zijn dat wie zich niet bewust is van het bestaan van een voorschrift, dit voorschrift ook niet opzettelijk kan overtreden. Er wordt dan geen misdrijf begaan maar een overtreding.²⁰⁰

De Hoge Raad lijkt in zijn arrest van 21 april 2020²⁰¹ de kleurloos-opzetleer ten aanzien van zorgplichten aan te scherpen. In deze zaak parallel getrokken naar het Kittel-criterium van het Hof van Justitie EG uit het fiscale recht.²⁰² Uit dit arrest volgt dat de nationale rechter aan de hand van objectieve elementen dient vast te stellen of een ondernemer wist of had moeten weten dat hij onderdeel was van btw-fraude.²⁰³ Kleurloos opzet mag ten aanzien van zorgplichten niet te lichtvaardig worden aangenomen. Wetenschap van de gedraging staat bij het aannemen van voorwaardelijk opzet centraal. Dit betekent dat de dader ‘moet hebben

¹⁹² HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8791.

¹⁹³ Rb. Amsterdam 6 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019.

¹⁹⁴ HR 18 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:1.

¹⁹⁵ Rölöng in zijn noot onder HR 18 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:1.

¹⁹⁶ AG Vellinga bij het arrest HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783 in Hartmann & Keupink 2011.

¹⁹⁷ Hartmann & Keupink 2011.

¹⁹⁸ AG Vellinga bij het arrest HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783.

¹⁹⁹ De Jong 1999, p. 827-839.

²⁰⁰ Doorenbos 2021, p. 253-257.

²⁰¹ HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:767.

²⁰² HvJ EG 6 juli 2006, ECLI:EU:C:2006: (Axel Kittel en Recolta Recycling BCBA).

²⁰³ Idem, punt 59.

geweten' van de aanmerkelijke kans dat strafbare gedragingen zich zouden voordoen en hij dit bewust moet hebben aanvaard. 'Had moeten weten' of 'had moeten vertrouwen op'²⁰⁴ is aldus de Hoge Raad onvoldoende voor het aannemen van opzet, want dit mist de vereiste bewustheid. Het verzaken van een zorgplicht kan daarom niet vanzelfsprekend gelijk worden gesteld met opzettelijk handelen.

In latere rechtspraak wordt voornamelijk vastgehouden aan de redenering van de Hoge Raad uit 1952.²⁰⁵

Lambregts merkt hierbij op dat 'had moeten weten' op zichzelf grove schuld betekent, wanneer dit vertaald wordt naar het strafrecht. Grove schuld is geen voorwaardelijk opzet. Het Kittel-criterium 'wist of had moeten weten' dient buiten beschouwing te worden gelaten. De sleutel waarin de relevante feiten en omstandigheden geplaatst dienen te worden is die van het ten minste bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans, oftewel voorwaardelijk opzet.²⁰⁶ Hierbij schrijft De Hullu dat onverschilligheid onder voorwaardelijk opzet kan vallen, vooral als de bewustheid van een risico kan worden vastgesteld.²⁰⁷

Hieronder valt bijvoorbeeld ook 'zoveel weten of vermoeden dat men liever niet meer weet', ofwel gewilde onwetendheid. Precisie is derhalve vereist. Volgens De Hullu moet er voldoende worden uitgesloten dat culpoos, maar niet opzettelijk is gehandeld.²⁰⁸

Wil een opzetverweer kans van slagen hebben dan dient er te worden aangetoond dat de verdachte geen opzet heeft gehad op de omstandigheid die zijn gedraging strafbaar maken.²⁰⁹

In het kader van de meldplicht van de Wwft betekent dit dat de verdachte zich bewust moet zijn geweest van het feit dat een bepaalde transactie als ongebruikelijk kon worden gekwalificeerd. Daarnaast moet de instelling bekend zijn met de transactie.²¹⁰

5.5 Wwft-verplichtingen en schuldwitwassen

De wetgever heeft ter voorkoming van witwassen een grote verantwoordelijkheid bij instellingen neergelegd. Het (CDD)-beleid dient zodanig te zijn ingericht dat witwassen wordt voorkomen. Doen zich toch ongeregelheden voor, zoals het niet melden van een ongebruikelijke transactie, terwijl dat wel had gemoeten, kan er een vermoeden van (schuld)witwassen ontstaan.

'Redelijkerwijs vermoeden' duidt op grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid.²¹¹ Van schuldwitwassen ex artikel 420quater WvSr zal in de regel sprake zijn indien redelijkerwijs vermoed kon worden dat het voorwerp (onmiddellijk of middellijk) uit enig misdrijf afkomstig is.²¹² Ook voorwerpen die gedeeltelijk van een misdrijf afkomstig zijn kunnen onder het bereik van de strafbepaling vallen.²¹³ Onder voorwerpen worden verstaan; alle zaken en alle vermogensrechten. Chartaal en giraal geld zijn hieronder begrepen. Het maakt hierbij niet uit van welk soort misdrijf de voorwerpen afkomstig zijn. Uit bewijsmiddelen hoeft niet concreet te

²⁰⁴ Rb. Amsterdam 27 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3767.

²⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:3988, Rb. Oost-Brabant 14 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3524.

²⁰⁶ Lambregts 2021.

²⁰⁷ De Hullu 2015, p. 237.

²⁰⁸ De Hullu 2015, p. 244.

²⁰⁹ HR 27 maart 2012 ECLI:NL:HR:2012:BU8791, HR 1 april 2003, ECLI:HR:2003:AF3121, HR 22 september 2009, ECLI:HR:2009:BI4738 en HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT1873.

²¹⁰ CBB 4 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:48.

²¹¹ HR 17 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9146.

²¹² *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, nr. 3p. 16.

²¹³ HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578.

worden afgeleid door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.²¹⁴ Voor de kwalificatie witwassen acht de Hoge Raad beslissend; het moment waarop de witwashandelingen hebben plaatsgevonden en niet het moment waarop de gronddelicten zijn gepleegd.²¹⁵

Zoals gezegd kan wanneer een financiële instelling een ongebruikelijke transactie niet meldt, terwijl dat wel had moeten, naast het verzaken van de verplichtingen die voortvloeien uit de Wwft, een vermoeden van schuldwitwassen ontstaan. Er is immers sprake van een situatie waarbij een melding had moeten plaatsvinden, die kan leiden tot een verdenking van het voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen. Als er niet wordt gemeld, heeft de financiële instelling voorwerpen voorhanden die mogelijk afkomstig zijn uit een misdrijf en zou de financiële instelling deze voorwerpen dus mogelijk zelf witwassen.²¹⁶

De financiële instelling zal CDD en compliance zodanig dienen in te richten dat wordt voorkomen dat zij criminelen faciliteren in hun witwaspraktijken. Hierbij dient te worden gestreefd naar maximale compliance.²¹⁷ Dit betekent dat de wijze waarop de instelling tracht te voldoen aan de in de Wwft gestelde eisen duidelijk is omschreven en onderdeel uitmaakt van de opleiding van de medewerkers. Op die wijze kan immers worden aangetoond dat de financiële instelling al hetgeen heeft gedaan dat van haar gevergd mocht worden om witwassen te voorkomen. Voornoemde gegevens kunnen ook als bewijs tegen de instelling worden gebruikt, want deze gegevens kunnen bewijs vormen van strafbare betrokkenheid bij (schuld)witwassen.²¹⁸ Hierbij geldt over het algemeen dat onwetendheid zal worden aangemerkt als verwijtbare onverschilligheid.²¹⁹

In lijn van het voorgaande ligt ook de vraag of de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging van de verplichtingen uit de Wwft wel noodzakelijk is nu voor instellingen de strafrechtelijke ondergrens wordt gevormd door het delict 'schuldwitwassen.'²²⁰ Hierdoor kan een bank het zich niet veroorloven om niet integer te handelen of geen onderzoek te doen naar zijn klandizie, zelfs indien er geen Wwft zou bestaan die maatregelen voorschrijft.²²¹

5.6 Resumerend

Strafrechtelijke vervolging van de beheerste integere bedrijfsvoering kan plaatsvinden via de Wwft in samenhang met de WED. Hierbij dient er sprake te zijn van voorwaardelijk opzet. Dit opzet mag kleurloos zijn, wat betekent dat er sprake moet zijn van opzet op de gedraging, maar niet op strafbaarheid daarvan.

Tevens kan er strafrechtelijke vervolging van de beheerste integere bedrijfsvoering plaatsvinden wanneer er sprake is van een vermoeden van schuldwitwassen. Dit vermoeden kan ontstaan doordat er sprake van nalatigheid is geweest (schuld) in verband met de (kern)verplichtingen die voortvloeien uit de Wwft.

Op basis van richtlijnconforme interpretatie dient de nationale wetgeving in strafbaarstellingen te voorzien voor zowel rechtspersonen, natuurlijk personen als feitelijk leidinggevers, wanneer er sprake is van (schuld)witwassen.

²¹⁴ HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094.

²¹⁵ HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1393.

²¹⁶ Schreuders 2018, p. 105-107.

²¹⁷ De Swart & Verloop 2011, p. 124.

²¹⁸ 'Feitenrelaas Houston' en 'Feitenrelaas Guardian', om.nl, maar bijvoorbeeld ook de Wachovia-zaak, te raadplegen op justice.gov.

²¹⁹ Zie in dit verband ook Doets 2011, p. 150.

²²⁰ Art. 420 quater en 420 quater lid 1 Sr.

²²¹ 't Hart 2020, p. 543.

Het kleurloosopzetbegrip in het economisch strafrecht geeft eveneens weinig houvast als het gaat om eventuele handvatten die de regeling van de integere bedrijfsvoering zou moeten bieden om strafrechtelijke aansprakelijkheid succesvol af te wenden. Kort gezegd, kan een overtreding van de norm daderschap betekenen. Ten aanzien van dat daderschap is in ieder geval voorwaardelijk opzet vereist. Dit opzet mag kleurloos zijn. Er kan derhalve strafrechtelijk vervolgd worden wanneer de norm is overtreden.

6. Duale handhavingstelsels en het voorzienbaarheidsvereiste van lex-certa

6.1 Het voorzienbaarheidsvereiste en lex-certa

Ten aanzien van de handhaving van de normen van de integere bedrijfsvoering in de Wft en de Wwft, is er in Nederland gekozen voor een duaal handhavingstelsel. Wanneer er sprake is van schending van een norm kan zowel de bestuursrechtelijke als de strafrechtelijke weg worden bewandeld.

Wat betreft de kenbaarheid en duidelijkheid van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke regels omtrent de integere en beheerste bedrijfsvoering, kan worden geconcludeerd dat deze compatibel zijn met het lex certa-beginsel.

Het lex certa-beginsel brengt ook met zich mee dat regels voorzienbaar moeten zijn. Dit houdt onder meer in dat voor instellingen en hun feitelijk leidinggevers, vooraf duidelijk moet zijn welke gedragingen strafbaar zijn en welke niet en welke straf er geriskeerd wordt.²²² Als niet duidelijk is wanneer voor welke afdoeningsvorm wordt gekozen, terwijl de daaraan gekoppelde sanctiemodaliteiten of strafmaten verschillen, is op voorhand niet voorzienbaar welke sanctie de klager boven het hoofd hangt.²²³

Uit artikel 7 lid 1 EVRM volgt dat een duidelijk keuzemodel verplicht is voor wat betreft de afdoening van zaken via het duale handhavingstelsel. Dit blijkt onder meer uit de Maltese drugszaak.²²⁴ In deze zaak verschilden de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke gevolgen aanzienlijk.

Wat betreft de afdoening bestond er in Malta wel een bepaalde praktijk, maar (wettelijke) regelgeving ontbrak. Ook Soft law in de vorm van instructies of richtlijnen ontbrak.²²⁵

Ondanks dat de klacht van de klager zich uitsluitend richtte op schending van artikel 6 EVRM²²⁶, beoordeelde het Hof de zaak primair vanuit het perspectief van artikel 7 EVRM. Het EHRM oordeelde dat het Maltese recht op het voornoemde punt niet voldeed aan de vereiste voorzienbaarheid en ook niet voorzag in effectieve waarborgen tegen willekeurige strafoplegging. Het was voor de klager daardoor niet voorzienbaar welke straf hem boven het hoofd hing, zelfs niet wanneer de klager daarvoor juridisch advies had ingewonnen. Volgens het EHRM berustte de sanctieoplegging uitsluitend op een subjectieve beslissing van de openbare aanklager, waarbij ruimte was voor willekeur, zonder procedurele waarborgen.²²⁷

Verder gaf het EHRM in deze zaak aan dat er een bepaalde mate van voorzienbaarheid van sancties is vereist. Een normadressaat moet op voorhand kunnen weten, eventueel met juridisch

²²² EHRM 12 februari 2008, ECLI:ECHR:2008:0212JUD002190604, (Kafkaris/Cyprus).

²²³ Hofman 2021, 3.2.2.

²²⁴ EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (Camilleri/Malta), r.o. 15.

²²⁵ Hormann 2021, 3.2.2.

²²⁶ Artikel 6 EVRM, Recht op een eerlijk proces.

²²⁷ EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (Camilleri/Malta), r.o. 33 t/m 45.

hulp, welke sancties van toepassing zijn in combinatie met een bepaalde gedraging.²²⁸ Vooral wanneer sancties uiteenlopen is dit belangrijk. Als er geen regels zijn ten aanzien van de keuze voor een bestuursrechtelijke of een strafrechtelijke afdoening, dan ligt onvoorzienbaarheid in het verschiet. Regels kunnen blijken uit een wet of jurisprudentie, maar dienen bovenal ergens terug te vinden zijn. Het criterium van 'de ernst van de zaak' wordt door het EHRM als zodanig niet verworpen, maar dient over het algemeen wel te worden vastgelegd en uitgelegd.²²⁹ Een (objectief) criterium aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de bestuursrechtelijke of de strafrechtelijke procedure wordt ingezet, dient te worden vastgelegd, opdat het voorzienbaar is.²³⁰

Voorname zaak is de enige zaak waarin in het kader van artikel 7 EVRM specifiek wordt ingegaan op voorzienbaarheid wat betreft de keuze tussen de bestuursrechtelijke of de strafrechtelijke procedure in een duaal handhavingstelsel.²³¹

6.2 Bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving?

In het Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties (het Convenant)²³² is de afstemmingsprocedure vastgelegd over de keuze tussen oplegging van een bestuurlijke boete, het ter openbare kennis brengen van feiten of strafrechtelijke afdoening bij bepaalde overtreding van de financiële wetgeving.²³³ Het Convenant ziet met name op een codificatie van het ne-bis-in-idembeginsel door het una-viabeginsel te codificeren.²³⁴

De afstemming tussen partijen, te weten het OM, de betrokken toezichthouder en de belastingdienst/Fiod, vindt plaats in het tripartiete overleg over de wijze van afdoening.²³⁵

Bestuursrechtelijke handhaving staat voorop. De toezichthouders zijn in beginsel belast met de handhaving. Toepassing van de bestuurlijke boete is het uitgangspunt bij de uitvoering door bestuursorganen van wetten die veelal specifieke rechtsbetrekkingen tussen burger/instellingen en de overheid scheppen.²³⁶ Er bestaat reeds een relatie tussen de ondertoezichtgestelden en de toezichthouder voordat er eventueel sprake is van een overtreding. Dit wordt ook wel de besloten context genoemd.²³⁷

Voor de handhaving van regels in een open context wordt het strafrecht geprefereerd. Hierbij zijn onder meer de politie en het OM belast met de handhaving. Ook zijn op de achtergrond zwaardere dwangmiddelen aanwezig.²³⁸

De besloten en open context vormen één van de criteria op basis waarvan er een keuze wordt gemaakt voor een bepaald sanctiestelsel.²³⁹

²²⁸ EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (*Camilleri/Malta*), r.o. 38.

²²⁹ Hofman 2021.

²³⁰ EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (*Camilleri/Malta*), r.o. 43.

²³¹ Hofman 2021, par. 3.2.2.

²³² *Stc.* 2000, nr. 4, p. 1,

²³³ *Stc.* 2000, nr. 4, p. 1,

²³⁴ *Stc.* 2000, nr. 4, p. 1,

²³⁵ *Stc.* 2009, nr. 9, p. 2.

²³⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 6-10.

²³⁷ Het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van zekere wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep.

²³⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 6-10.

²³⁹ *Stc.* 2018, nr. 31269, p. 7.

Strafrechtelijke handhaving blijft naast bestuursrechtelijke handhaving mogelijk voor ‘specifieke overtredingen’, waarvan ‘wenselijk’ is dat zij tevens worden aangemerkt als een economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten (WED).²⁴⁰ Een grote mate van opzet of verwijtbaarheid kan ook in de richting van het strafrecht wijzen, alsook de omvang en de schade in relatie tot de bescherming van het publiek en de ernst van de overtreding.²⁴¹ Ook kan recidive een rol spelen. Bij hardnekkigheid wil de wetgever harder kunnen optreden.²⁴² Daarbij kan een unierechtelijke verplichting nopen tot een keuze voor een bepaald sanctiestelsel.²⁴³ Verder staat bij de keuze voor een sanctiestelsel de effectiviteit van de handhaving centraal. Overtreding van bepaalde Wwft-verplichtingen zijn strafbaar gesteld in de WED. Hiertoe werd in de parlementaire geschiedenis overwogen: *‘Beide stelsels sluiten de aanvullende rol die strafrechtelijke handhaving voor de naleving van dit wetsvoorstel kan betekenen niet uit. De aard en de ernst van overtredingen van deze wet kan een strafrechtelijke sanctie vergen. Ook de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een opsporingsonderzoek met bijbehorende bevoegdheden kan redenen vormen voor strafrechtelijke handhaving. Overtreding van een aantal voorschriften van dit wetsvoorstel is daarom strafbaar gesteld in de Wet op de Economische delicten.’*²⁴⁴ Daarbij kan er bij overtreding van Wwft-voorschriften vervolging plaatsvinden op basis van een vermoeden van (schuld)witwassen. Er is derhalve een ruime mogelijkheid voor het OM om over te gaan tot strafvervolging bij Wwft-delicten.²⁴⁵

Voorbeelden van Wwft-delicten zijn het niet melden van ongebruikelijke transacties en het niet vastleggen van cliëntgegevens in het kader van het cliëntonderzoek.

Thans is er een tendens ontstaan waarin steeds vaker naar het strafrecht wordt gegrepen.²⁴⁶ Demandt wijst op voorbeelden waarin strafrechtelijke vervolging is ingesteld ten aanzien van relatief geringe overtredingen van de Wwft.²⁴⁷ De voorbeeldfunctie van de overtreder kan hierbij een rol spelen,²⁴⁸ alsook de mate van impact op de maatschappij en de evenwichtige belangenhandhaving, de onmogelijkheid van verhaal van een boete en een combinatie van delicten (meerdaadse samenloop).²⁴⁹

Bovengenoemde factoren voor strafrechtelijke afhandeling zijn duidelijk terug te vinden in het feitenrelaas van ING en ABN AMRO.²⁵⁰

De ernst van de tekortkomingen van verplichtingen uit de Wwft werd vooral gerelateerd aan het feit dat zowel ING als ABN AMRO systeembanken zijn. Dit betekent volgens het OM dat zij verantwoordelijk zijn voor de betrouwbaarheid van het financiële stelsel en dragen zij in belangrijke mate bij aan de integriteit daarvan. Daarbij schoten beide banken structureel tekort

²⁴⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p.18.

²⁴¹ Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties, 1 december 2008, *Stcrt.* nr. 665.

²⁴² *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 13.

²⁴³ Bijvoorbeeld in het kader van schuldwitwassen.

²⁴⁴ *Kamerstukken II*, 2007/08, 31238, 3, p. 24.

²⁴⁵ Rb. Amsterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3967.

²⁴⁶ Demandt 2020.

²⁴⁷ Demandt 2020, Demandt geeft als voorbeeld Rb. 12 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4299.

²⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag van 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12281 waarbij het ging om een notaris die had nagelaten ongebruikelijke transacties te melden. Zie ook Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13969, waarin de maatschappelijke rol van de notaris wordt benadrukt.

²⁴⁹ *Stc.* 2000, nr. 4, p. 1.

²⁵⁰ ‘Feitenrelaas Houston’ en ‘Feitenrelaas Guardian’, om.nl.

in de naleving van hun wettelijke verplichtingen als poortwachter en namen zij onvoldoende effectieve maatregelen na externe en interne waarschuwingen. Met name ING stelde business boven compliance. De focus van ING was vooral gericht op de winstgevendheid van de organisatie en het behalen van de commerciële doelen.

6.3 Voorzienbaarheid en de regeling van de beheerste integere bedrijfsvoering

De sanctieoplegging die voort kan vloeien uit de regeling van de beheerste in integere bedrijfsvoering kan nogal verschillen. De op te leggen bestuursrechtelijke boete kan variëren van maximaal € 10.000.—tot € 4.000.000.—afhankelijk van de overtreding. Voor banken, financiële ondernemingen en trustkantoren is dit € 5.000.000.—. Voor natuurlijke personen is de maximale boete gesteld op € 2000.000.—(artikel 1.81 Wft).

Wordt er vervolgd op basis van de Wet op de Economische Delicten, dan er een boete worden opgelegd voor een natuurlijk persoon van € 83.000.—voor rechtspersonen is dit € 830.000.--. Er kan ook worden gekozen voor oplegging van een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren (zie artikel 6 WED).

Schuldwitwassen wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal twee jaren of een geldboete van maximaal €87.000.—(artikel 420quater WvSr).

Zonder verder al te diep in te gaan op de straffen, moge het duidelijk zijn dat de sancties sterk uiteenlopen.

Hierbij is een gevangenisstraf over het algemeen aanzienlijk belastender dan een boete.

Tevens vormt de discrepantie tussen de maximale hoogte van de bestuurlijke boete enerzijds en het soms veel lagere maximum van de strafrechter aan is gehouden bij overtreding van dezelfde norm anderzijds, nog steeds een heikel punt.²⁵¹

Er wordt voor de strafrechtelijke weg gekozen bij 'specifieke overtredingen', waarvan 'wenselijk' is dat zij tevens worden aangemerkt als een economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten (WED).²⁵² Hierbij wordt niet aangegeven welke specifieke overtredingen het betreft en wanneer dit precies wenselijk is. Er worden een paar factoren genoemd die van invloed zouden kunnen op de keuze voor de strafrechtelijke of de bestuursrechtelijke procedure. Zo dient er gekeken te worden naar de specifieke omstandigheden van het geval, beoordeeld in het licht en de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de schade en de bescherming van het publiek.²⁵³

De mate van opzet en verwijtbaarheid is het enige criterium waar een normadressaat enigszins op zou kunnen anticiperen, ware het niet dat er slechts sprake dient te zijn van kleurloos opzet. Een gedraging die niet gericht is op de wederrechtelijkheid daarvan, kan (voorwaardelijk) opzet indiceren waardoor er strafrechtelijke vervolging kan worden ingezet. Dit hoeft echter niet, waardoor er een grote mate van onduidelijkheid blijft bestaan over de te verwachten punitieve sanctie bij overtreding. Ook wat betreft de verwijtbaarheid, ofwel schuld, is het niet evident wanneer deze zodanig is dat het strafrecht in beeld dient te komen. Daarbij heeft het criterium van 'de aard en de ernst van de normschending' aan betekenis ingeboet, nu ook ernstige(r) overtredingen met de bestuurlijke boete kunnen worden gesanctioneerd.²⁵⁴

²⁵¹ *Stc.* 2018, nr. 31269, p. 8.

²⁵² *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p.18.

²⁵³ *Stc.* 2000, nr. 4, p. 1.

²⁵⁴ *Stc.* 2018, nr. 31269, p. 9.

Het OM lijkt ter beoordeling van de strafwaardigheid bepaalde (objectieve) maatstaven te hanteren. Het gaat om systeembanken die verantwoordelijk zijn voor het vertrouwen in en de integriteit van de financiële sector. Verder stelt de instelling business boven compliance, de instelling heeft onvoldoende effectieve maatregelen genomen, de instelling is structureel tekortgeschoten en er zijn interne waarschuwingen geweest.

Hoewel het OM een bepaalde maatstaf voor strafwaardigheid lijkt te hanteren, zijn deze criteria nergens vastgelegd, opdat ze voorzienbaar zijn. Criteria die in dergelijke duale handhavingssystemen gehanteerd worden dienen voldoende onderscheidend te zijn, waardoor ze een voorspellend vermogen hebben.²⁵⁵ Verder geeft Reijntjes aan dat deze criteria vastgelegd dienen te worden in een beleid en dat dit beleid als zodanig kenbaar dient te zijn.²⁵⁶ In casu van de regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering ontbreekt het daaraan. De maatstaven van het OM zouden een aanvullende werking kunnen hebben,

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een advies uitgebracht inzake sanctiestelsels.²⁵⁷ De Afdeling merkte op dat de wetgever de keuze voor het punitieve bestuursrecht, op basis van de meest recente criteria voor de keuze van een sanctiestelsel, over het algemeen maakt uit het oogpunt van efficiency, terwijl de wetgever onvoldoende rekening houdt met de gevolgen van de keuze voor de justitiabele wat betreft de rechtsbescherming en de rechtspositie. De thans geldende criteria waaronder de criteria voor de open en gesloten context worden onvoldoende onderscheidend geacht.²⁵⁸ Ook het kabinet constateert dat er sprake is van een grijs gebied waarbij geen helder criterium bestaat ten aanzien van de keuze voor bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening.²⁵⁹ Echter tot op heden hebben diverse kabinetsnota's nog niet tot een algemeen aanvaardbaar criterium geleid.²⁶⁰

De criteria zoals die voorgesteld zijn door de wetgever, zijn allesbehalve objectiveerbaar en dientengevolge niet voorzienbaar. Ook de jurisprudentie biedt in dit kader weinig houvast. Wie een voorbeeldfunctie heeft, dient extra zorg te betrachten nu voor relatief kleine overtredingen al naar het strafrecht wordt gegrepen.²⁶¹ De ernst van de overtreding is dan ook niet altijd een maatstaf als het gaat over de beoordeling van de strafwaardigheid van de schending van de regeling van de beheerste integere bedrijfsvoering. Of hangt de ernst van de overtreding af van de voorbeeldfunctie die een instelling bekleedt? Dit is evenwel onduidelijk. Tevens is het gezien de praktijk niet evident dat bestuursrechtelijke handhaving voorop staat. Het strafrecht als ultimum remedium lijkt niet onderschreven te worden.

Bovendien geeft het Europese Hof aan dat vage normen en criteria kunnen voorkomen, maar wanneer uitleg van deze normen of criteria niet gepreciseerd kunnen worden door duiding in bepaalde woorden, dit geen reden is om de criteria maar niet uit te leggen en er voorts maar helemaal geen woorden aan wijden.²⁶²

²⁵⁵ Noot Reijntjes bij EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (Camilleri/Malta), onderdeel S.

²⁵⁶ Noot Reijntjes bij EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (Camilleri/Malta), onderdeel S.

²⁵⁷ *Stc.* 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W0315.0128/II.

²⁵⁸ *Stc.* 2018, 31269, p. 4.

²⁵⁹ *Stc.* 2018, 31269, p. 6.

²⁶⁰ Hartmann & Jansen 2021, p. 38.

²⁶¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag van 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12281 waarbij het ging om een notaris die had nagelaten ongebruikelijke transacties te melden. Zie ook Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13969, waarin de maatschappelijke rol van de notaris wordt benadrukt.

²⁶² EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (Camilleri/Malta), r.o. 36.

Er is derhalve onvoldoende sprake van objectieve criteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de bestuursrechtelijke of de strafrechtelijke procedure wordt ingezet, wanneer er sprake is van een overtreding inzake de regeling van de beheerste integere bedrijfsvoering. Bovendien zijn hierover geen duidelijke regels te vinden in wetgeving of jurisprudentie. De regeling van de beheerste integere bedrijfsvoering is derhalve niet compatibel met de vereiste voorzienbaarheid van het lex certa-beginsel. Er gaat vanuit een strafrechtelijke veroordeling een aanzienlijke stigmatiserende en afschrikwekkende effect uit dan van een boetebeschikking. Een zeer belastende sanctie zoals een gevangenisstraf, is voor een feitelijk leidinggever thans dan ook niet voldoende voorzienbaar. Hierbij kan worden opgemerkt dat de wetgever zich in zijn kabinetsnota's vooral richt op hoe de keuze voor een bepaald sanctiestelsel (achteraf) gemotiveerd kan worden, maar niet op de kenbaarheid van de keuze op voorhand voor de burger.

7. Conclusie

7.1 Conclusie

In de thans geldende regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering is voor (financiële) instellingen, in met name de Wft en de Wwft, door de wetgever een aantal *open normen* gecreëerd. Deze regelingen zijn een codificatie van het Europese Unierecht. De risk-based benadering geeft de instellingen ruimte om de normen naar eigen inzicht in te vullen. Hoewel de wetgever ten aanzien van deze normen veelal inrichtingseisen stelt, bestaat er niet voor elke open norm een vastomlijnd kader. Uit onderzoek is gebleken dat deze regeling van de beheerste en integere bedrijfsvoering instellingen echter wel voldoende handvatten geeft om aan de hieruit voortvloeiende verplichtingen te voldoen. De regeling is daarom compatibel met het *kenbaarheidsvereiste uit het lex-certabeginsel*. Hierbij staat het doel van de regelgeving boven de tekstuele uitleg. Dit wordt ook bevestigd in de desbetreffende jurisprudentie. De open normen, ofwel zorgplichten, worden nader ingekleurd door een uitgebreid (juridisch) raamwerk van wetgeving, *soft law* zoals richtsnoeren, leidraden en corporate governance. Hoewel de Europese antiwitwasrichtlijnen hebben geleid tot een uitbreiding van de nationale antiwitwasregelgeving zijn deze richtlijnen in Nederland in mindere mate van invloed geweest op het aansprakelijkheidskader van rechtspersonen en hun feitelijk leidinggevers, nu zij reeds aansprakelijk konden worden gesteld op basis van de vigerende regelgeving hieromtrent. Het gaat om een *inspanningsverplichting* waarvan instellingen zich moeten vergewissen en deze naar behoren dienen uit te voeren om aan bestuursrechtelijke punitieve sancties te ontkomen. Hierbij wordt een ruime maatstaf gehanteerd ten aanzien van het toerekenen van een gedraging.

Door het overtreden van de norm kan het daderschap gegeven zijn. In het bestuursrecht kan een *kleurloze overtreding* voldoende zijn voor de oplegging van een punitieve sanctie. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is kleurloos opzet in geval van de Wet op de Economische Delicten voldoende. Nalatigheid van een Wwft-verplichting kan een vermoeden van schuldwitwassen opleveren. Op basis van voorgaande kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een *vergroot aansprakelijkheidsrisico*. Het is namelijk niet evident wanneer de instelling zich voldoende heeft ingespannen om de verplichting tot waarborging van de beheerste integere bedrijfsvoering te voldoen. Risicoaansprakelijkheid ligt op de loer. Ondanks het vergrote aansprakelijkheidsrisico en de ruime maatstaf voor toerekening, zijn de open normen, zoals zij thans in de regeling zijn neergelegd aanvaardbaar, omdat ze de financiële wereld dienen, opdat deze flexibiliteit en maatwerk kan leveren. Bovendien is de regeling in het belang van de instelling zelf. Dit betekent evenwel dat van (professionele) instellingen een *garantenstelling* wordt verwacht ten aanzien van de graad van kennis van de geldende wet- en regelgeving. Zo nodig dienen zij hier advies over in te winnen. Disculperen op basis van onwetendheid wordt derhalve onverwijld gezien als verwijtbare onverschilligheid of opzet. Een beroep op rechtsdwaling in de vorm van afwezigheid van alle schuld vormt geen uitkomst, nu bij schending over het algemeen geconcludeerd kan worden dat nooit alle zorg is betracht.

De thans geldende regeling is echter *niet compatibel met het voorzienbaarheidsvereiste* uit de regeling van de beheerste bedrijfsvoering. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een duaal handhavingssysteem waarin kan worden gekozen voor bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening bij een overtreding. Het lex-certabeginsel brengt met zich mee dat regels voorzienbaar moeten zijn. Dit houdt onder meer in dat voor instellingen en hun feitelijk leidinggevers vooraf duidelijk moet zijn welke gedragingen strafbaar zijn en welke niet en welke

straf er geriskeerd wordt. Dit volgt uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Als niet duidelijk is wanneer voor welke afdoeningsvorm wordt gekozen, terwijl de daaraan gekoppelde sanctiemodaliteiten of strafmaten verschillen, is *op voorhand niet voorzienbaar welke sanctie de justitiabele boven het hoofd hangt*. De wetgever heeft een aantal criteria geformuleerd dat van invloed zou kunnen zijn op de keuze voor bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening. Het zou moeten gaan om *specifieke overtredingen* waarvan wenselijk is dat zij tevens worden aangemerkt als delict. De criteria laten evenwel te wensen over. Hierbij valt op dat de wetgever zich in zijn kabinetsnota's vooral richt op hoe de keuze voor een bepaald sanctiestelsel (achteraf) gemotiveerd kan worden, maar niet op de kenbaarheid van de keuze op voorhand voor de justitiabelen.

De criteria zouden *voldoende onderscheidend* moeten zijn om te zorgen dat justitiabelen weten met welk gedrag ze welke straf riskeren om zo in ieder geval willekeur te voorkomen. Dat het lastig is om deze criteria nader te preciseren, moet volgens het Hof geen reden zijn om er helemaal geen woorden aan te spenderen. Ook de wetgever geeft de lacune, in regelgeving ten aanzien van het keuzemodel betreffende de sanctiestelsels, openlijk toe.

Er is geen algemeen aanvaardbaar criterium beschikbaar op grond waarvan kan worden gekozen tussen bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening.

Het OM maakt daarentegen wel gebruik van een maatstaf om de strafwaardigheid van een instelling te toetsen. Deze maatstaf zou een aanvullende werking kunnen hebben op de huidige wetgeving in de vorm van soft law, echter is deze maatstaf niet kenbaar vanuit een beleid. Nu er sprake is van zeer ruime toerekeningsmogelijkheden, wanneer een norm uit de beheerste integere bedrijfsvoering is overtreden en voorts de constructie van kleurloos opzet er voor kan zorgen dat bij overtreding van de norm het daderschap gegeven is, is niet voorzienbaar bij welk gedrag, welke straf er geriskeerd wordt.

De Europese antiwitwasrichtlijnen bieden eveneens geen uitkomst ten aanzien van de hierboven geconstateerde knelpunten. Gezien het strafrecht primair een aangelegenheid is voor de nationale wetgever, is het aan de nationale wetgever om de rechtszekerheid van de burger niet uit het oog te verliezen. De nationale wetgever dient er dan ook voor te zorgen dat het lex-certabeginsel gewaarborgd wordt.

Eindconclusie

Er zijn voldoende handvatten om aan de verplichtingen uit de beheerste integere bedrijfsvoering te voldoen echter zijn de handvatten niet toereikend genoeg om van te voren in te schatten welke straf er geriskeerd wordt. Met name voor feitelijk leidinggevers kan dit leiden tot onvoldoende rechtszekerheid nu niet voldoende voorzienbaar is of zij een gevangenisstraf of een boete riskeren.

8. Bronnenlijst

8.1 Literatuur

Van Asperen de Boer 2018

C.M.I. van Asperen de Boer, 'Strafrechtelijke waarborgen bij de bestuurlijke boete', in: M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Barkhuysen, Westendorp & Ramsanjhal 2017

T. Barkhuysen, L. Westendorp & S. Ramsanjhal 2017, 'De rechtspositie van financiële instellingen ten aanzien van richtsnoeren en aanbevelingen van European Supervisory Authorities: Europese pseudowetgeving?', *Ondernemingsrecht* (17) 2017, p. 141-149.

Bröring & Van Vorselen 2013

H.E. Bröring en E.M. van Vorselen, 'Lex certa en het financieel bestuursrecht', *JBplus* (3) 2013, p. 102-128.

Daalderop 2019

A. Daalderop, 'Straf- en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van poortwachters', *Tijdschrift voor Compliance* (februari) 2019, p. 45-51.

Demandt 2020

K.M.G. Demandt, *BTW-fraude (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De Doelder 2021

R.J. de Doelder in 'Overzichtsartikel witwassen', in: F.M.A. 't Hart en I.P. Palm-Steyerberg, *CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector*, Zutphen: Boom Juridische Uitgevers 2021, p. 13 t/m 29.

Doets 2011

C.A. Doets, 'Het ken-uzelf-beginsel: een interne zorgplicht', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk, *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 142-147.

Doorenbos 2021

D.R. Doorenbos, 'Opzet in de wet op de economische delicten. Beter boos dan kleurloos', *Arsaequi* (maart) 2021, p. 253-257.

Doorenbos 2013

D.R. Doorenbos, 'Daderschap en aansprakelijkheid van leidinggevenden', in: D.R. Doorenbos, M.J.C. Somsen en G.V. Naber (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 157-172.

Van Doorn & Jennen 2012

J.E.E. van Doorn en B.C.G. Jennen, 'How to survive an FATF-assessment?', in: R. Batten e.a., *Jaarboek Compliance 2012*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2012, p. 133-149.

't Hart & Palm-Steyerberg 2021

F.M.A. 't Hart en I.P. Palm-Steyerberg, 'CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector', Zutphen: Boom Juridische Uitgevers 2021.

't Hart 2020

F.M.A 't Hart, 'De Bancaire strijd', *Ars Aequi* (AA20200539) 2020 p. 539-543.

't Hart 2014

F.M.A. 't Hart, 'De compliancefunctie: meer blauw op straat?', in: C. Beuze, M. Jurgens & R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer Nederland B.V. 2014, p. 37-55.

Kelk & De Jong 2016

C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2016.

Hartmann & Jansen 2021

A.R. Hartmann en O.J.D.M. Jansen, 'Op de kast en weer terug, maar niet in de la', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* (3) 2021, p.32-42.

Hartman en Keupink 2011

A.R. hartmann en B.J.V. Keupink, 'Enkele opmerkingen over de reikwijdte van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid bij zorgplichten in de financiële toezichtswetgeving', in :R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.). *Zorgplicht en financieel toezicht*. Deventer 2011, p. 85-109.

Hofman 2021

C. Hofman, *Het systeem van sanctionering van fiscale fraude*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

De Hullu 2015

De Hullu, *Materieel strafrecht*, 6^e druk, Wolters Kluwer: Deventer 2015, p. 237.

De Jong 1999

D.H. de Jong, 'Verantwoordelijkheid en schuld', *Delikt en Delinkwent* (9) 1999, p. 827-839.

Jurgens & Stijnen 2018

M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Lambregts 2021

M. Lambregts, 'Wetenschap en (on)zorgvuldigheid in een btw-fraudecarrousel: fiscaal- en strafrechtelijk samenspel', *WFR* (7374) 2021, p. (57-60).

Loonen & Schotman 2016

A.J.C.C.M. Loonen en R. Schotsman, 'Leidraden binnen financiële dienstverlening', *Trema* (6) 2016, 204-211.

Louisse 2021

M.L. Louisse, 'De Risicoanalyse', in: F.M.A. 't Hart en I.P. Palm-Steyerberg, *CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector*, Zutphen: Boom Juridische Uitgevers 2021, p. 33-48.

Mulder 1987

G.E. Mulder, 'Vage normen, Beschouwingen over het lex certa beginsel', in: *Naar eer en geweten* (liber amicorum R Emmelink), Gouda Quint BV Arnhem, p. 409-427.

Nan 2011

J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg University), Den Haag: Sdu uitgevers 2011

Nelemans 2015 M. Nelemans, *Verantwoord financieel strafrecht*, (Oratie Tilburg University), Tilburg: Prisma Print 2015.

Nelemans 2018

M.D.H. Nelemans, 'Facilitators in financiële instellingen: de rol van governance, compliance en ethiek', *Strafblad* (3) 2018.

Van Poelgeest & Schoonbeek 2018

J.M. van Poelgeest en A.B. Schoonbeek, 'Poortwachters in onrustig vaarwater; enkele actuele ontwikkelingen op het gebied van witwasbestrijding', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* (2/3) 2018, p. 79-86.

Serière & Jennen 2017

V.P.G. de Serièrè en B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* (143) 2017, p. 141-149.

Stijnen 2012.

R. Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', *Onderneming en sanctierecht* (76) 2013/18.9.

Rinkes & Nelemans 2020

J. Rinkes & M.D.H. Nelemans 'Integere bedrijfsvoering en de Wwft en Wft', *VAST 2020*, [-0002]. <https://vast-online.nl/art/3726/integere-bedrijfsvoering-en-de-wwft-en-wft>

De Swart & Verloop 2011

A.J.M. de Swart en P.C. Verloop, 'Banken en Schuldwitwassen', in: A. Wielenga, *Jaarboek Compliance 2011*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing, p. 117-126.

Timmer 2011

W.W. Timmer, *Het doel welgesteld* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Den Haag: Haagsblauw 2011.

Verloop en Witjens 2019

P.C. Verloop en E.M. Witjens, 'Compliant of complicit? Over de dreiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor medewerkers van financiële instellingen', in: D. Diekman e.a. *Jaarboek Compliance 2019*, 2019, p. 95-108.

Visser 2001

M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss. Maastricht, Deventer: Gouda.

Weller 2018

E.J. Weller, 'De Rol van de compliance officer; de werking van de second line of defence', in M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 25-36.

Wessels & Pijpers 2018

M. Wessels en R.K. Pijpers, 'Compliance met financiële regelgeving in het tijdperk van de banken- en de kapitaalmarktunie', in: M. Jurgens en S. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters-Kluwer 2018.

8.2 Jurisprudentie

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 22 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2006:0926JUD003534905, (*Camilleri/Malta*).

EHRM 25 november 1997, (*Grigoriades v. Greece*).

EHRM 25 maart 1993, Series A Vol. 260, (*Kokkinakis v. Greece*).

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) 28 maart 1990, Series A Vol. 173. (*Groppera Radio AG and others v. Switzerland*).

EHRM 21 februari 1984, ECLI:XX:1984:AC9954, zaak 8544/79 (*Oztürk*).

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 28 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:236, *EHRC 2017/99*, met noot Krommendijk (*Rosneft*).

HvJ EU 15 september 2016, zaak C-28/15 (*Koninklijke KPN e.a.*).

HvJ EU 3 september 2014, zaak C-410/13 (*Baltlanta*).

HvJ EG 6 juli 2006, ECLI:EU:C:2006: (*Axel Kittel en Recolta Recycling BCBA*).

HvJ EU 11 mei 2006, zaak C-11/05 (*Friesland Coberco Daire Foods*).

HvJ EU 3 december 1998, zaak/96 (*Generics*), punt 37

Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) november 2007, zaak T-374/04 (*Duitsland/Commissie*).

HvJ EU 13 december 1989, zaak C-322/88 (*Grimaldi*), punt 18 en HvJ EU 3 september 2014, zaak C-410/13.

De Hoge Raad

HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:767.

HR 27 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017.

HR 26 april 2016, ECLI:HR:NL:2016:733.

HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1393.

HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8791.

HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT1873.

HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2001BO2629.

HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578.

HR 22 juni 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK3526.

HR 22 september 2009, ECLI:HR:2009:BI4738.

HR 4 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0780.

HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783 met noot Vellinga.

HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6018.

HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094.

HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579.

HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:2003:AF793 (*Drijfmestarrest*).

HR 1 april 2003, ECLI:HR:2003:AF3121.

HR 28 mei 2002, ECLI:NL:2002:AE1490.

HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7965 (*Krulsia*).

HR 2 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9042.

HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607 (*Slavenburg II*).

HR 17 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9146.
HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9097.
HR 20 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:135 (*Leeftijd*).
HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (*IJzerdraad*).
HR 18 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:1, met noot Röling.
HR 14 februari 1916, ECLI:NLPHR:1916:BG9431 (*Melk en water*).

Het Gerechtshof

Hof 's-Hertogenbosch, 26 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4678.
Hof Amsterdam 28 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3100/3103.
Hof 's-Hertogenbosch, 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1594.

Rechtbank

Rb. 21 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5506 (*Baker Tilly*).
Rb. 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6328 met noot Affourtit.
Rb. Rotterdam 21 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1506.
Rb. Amsterdam 6 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5975.
Rb. Amsterdam 27 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3767.
Rb. Rotterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2020.
Rb. Rotterdam 8 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:879.
Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836.
Rb. Amsterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3967.
Rb. Den Haag van 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12281.
Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13969.
Rb. Rotterdam 8 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8617.
Rb. Rotterdam 1 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY9475.
Rb. Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROP:2009:BJ2013.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 3 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:120.
CBb. 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:496.

CBb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:207.
CBb 4 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:48.

CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652.
CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:274, 16/251.
CBb 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116 met noot B. Bierman.
CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:194.
CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013/260 met noot F.M.A. 't Hart (*Mercedes Benz*).
CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69 met noot Van Poelgeest (*ING Bank/Postbank*).
CBb, 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW98888, met noot G.P. Roth.

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRS 17 juli 2002, AB 2003, 78.
ABRS 27 maart 2001, AB 2002, 102.

AFM 10 januari 2019, Beslissing op bezwaar DeGiro, punt 339-340.
AFM – 14 april 20018, Beslissing op bezwaar (Perfect Hypotheken).
<https://www.afm.nl>

8.3 Regelgeving en parlementaire stukken

Verordening (EU) Nr. 1095/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichtoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/77/EG van de Commissie ('Verordening EU) 1095/2010').

Verordening (EU) Nr. 1094/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen), tot wijziging van Beluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/79/EG van de Commissie ('Verordening (EU)1094/2010').

Verordening (EU) Nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie ('Verordening (EU) 1093/2010').

Richtlijn (EU) 2015/849, van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie, artikel 58 lid 3.

Richtlijn (EEG) 91/308 van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.
DNB, *Systematische integriteitsrisicoanalyse nog niet overal in orde*, Nieuwsbericht, 30 mei 2016
Financieele Dagblad, Toezichthouder uit harde kritiek op trustsector, 23 maart 2016.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2018/19, 31477, nr. 41.
Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 3.
Kamerstukken II 2018-2019, 34 808, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09 31700 VI, nr. 69.
Kamerstukken II 2008/09, 29702, nr. 3.
Kamerstukken II, 2007/08, 31238, 3.
Kamerstukken II 2005/06, 28708, nr. 19.
Kamerstukken II, 2004/05 29708, nr. 10
Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3.
Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3.
Kamerstukken II 1999/00, 27159, nr. 3.

Stb. 2020, 481.

Stc. 2018 , 31269.

Stc. 2015, 30280, Advies van 13 juli 2015, No. W0315.0128/II.

Stb. 2006, 520.
Stb. 2006, 519.
Stc. 2009, nr. 9.
Stc. 2000, nr. 4.
Stb 1993, 705.

8.4 Andere documentatie, rapporten en te raadplegen websites

'Aanpak witwassen'
<https://www.nvb.nl>

DNB, Good Practice Integrity Risk Appetite, Amsterdam: DNB 2017, p. 7.
<https://www.dnb.nl>

DNB, Good practices 'De Integriteitsrisicoanalyse – meer waar dat moet, minder waar dat kan'
<https://www.dnb.nl>

'Feitenrelaas Guardian'
<https://www.om.nl>

'Feitenrelaas Houten'
<https://www.om.nl>

'Leidraad Wwft en Sw'
<https://www.dnb.nl>

'Plan van aanpak witwassen'
<https://www.rijksoverheid.nl>

'Recommendations 2012'
<https://www.fatf.gafi.org>

'Wachovia-zaak'
<https://www.justice.gov>

'What we do',
<https://www.fatf.gafi.org>