

Compliant of complicit?

Over de dreiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor medewerkers van financiële instellingen

Mr. P.C. Verloop en mr. dr. E.M. Witjens¹

1 Inleiding

Op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (verder: Wwft) hebben financiële instellingen (o.a.) vergaande verplichtingen tot het verrichten van (cliënten)onderzoek en het monitoren van verdachte (voorgenomen) transacties en transactiepatronen.² Het niet op een juiste wijze, of niet tijdig vervullen van die verplichtingen kan onder omstandigheden leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Lesscher, Peters en Van Leeuwen schreven hier in een eerder jaarboek over: "Het valt echter op dat na het melden van de transacties de dienstverlening pas na een relatief lange periode wordt stopgezet of in sommige gevallen wordt voortgezet, terwijl er alle aanleiding lijkt te zijn om de dienstverlening per direct stop te zetten. (...) Hierdoor is niet uit te sluiten dat de betrokken instelling, in ieder geval tijdelijk, mogelijke witwasconstructies en/of de financiering van terrorisme faciliteert. De instelling loopt hiermee zeer hoge (zo niet onacceptabele) risico's, die raken aan het Wetboek van Strafrecht (schuldwitwassen)."³

1 Beiden werkzaam als advocaat bij Libertas Advocaten in Rotterdam.

2 Art. 2a lid 1 Wwft. Vgl. M. Aelen, De financiële sector als poortwachter bij de bestrijding van terrorismefinanciering, in: Diekman e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2018*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut, 2018, p. 256.

3 H.A. Lesscher, B. Peters en J. van Leeuwen, Inzicht verplicht? De positie van banken bij detectie en aanpak van risicovolle en ongebruikelijke geldstromen, in: Diekman e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2018*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut, 2018.

Genoemde auteurs hadden een vooruitziende blik; op 4 september 2018 publiceerde het Functioneel Parket een persbericht waarin het bekend maakte dat ING Bank een transactie van 775 miljoen euro had geaccepteerd ter zake van verdenkingen van overtreding van Wwft verplichtingen en schuldwitwassen.⁴ Kort samengevat – en in de woorden van het OM – liet onder andere het Customer due diligence (CDD) beleid bij ING Bank ernstig te wensen over. Allereerst omdat bij een deel van de cliënten het (verplichte) cliëntonderzoek niet of onvoldoende werd gedaan. Daarbij werden regelmatig onjuiste of geen risicoclassificaties toegekend aan een deel van de cliënten – hetgeen onder meer te maken had met het achterwege blijven van dit cliëntonderzoek. Tevens werd het intern voorgeschreven CDD-reviewproces niet gevolgd nu voorgeschreven reviews als gevolg van signalen of na ommekomst van een bepaalde periode niet, of onvoldoende plaatsvonden. Dit droeg er aan bij dat niet tijdig afscheid werd genomen van ongewenste cliënten, terwijl intern beleid ter zake het 'exit proces' ten aanzien van die cliënten niet werd nageleefd.

Vervolgens waren er ernstige tekortkomingen in het proces van transactiemonitoring van de ING. De instellingen in dit systeem waren zodanig afgesteld, dat vele rekeningen slechts beperkt werden gemonitord. De door de ING gehanteerde klantsegmenten (waar de indringendheid van de maatregelen om witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen aan waren gekoppeld) functioneerden niet omdat de bank onvoldoende grip had op een juiste indeling van de cliënten en de initiële indeling niet werd gemonitord. Ten slotte was er jarenlang een gebrek aan personeel bij de voor naleving van de Wwft relevante afdelingen, aldus nog steeds het OM.

De transactie met ING bank heeft tot gevolg dat de rechtspersoon in beginsel niet vervolgd wordt ter zake de verdenkingen die uit het onderzoek 'Houston' naar voren zijn gekomen.⁵ Maar betekent dit nu dat medewerkers van financiële instellingen als regel gevrijwaard zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een ondermaats compliance-klimaat in een financiële instelling? Lesscher, Peters en Van Leeuwen schreven in hun bijdrage over de positie van de financiële instelling zelf. In de onderhavige bijdrage gaan we in het bijzonder in op de positie van hen die het beleid van financiële instellingen ter zake daadwerkelijk vorm geven: de compliance officers. Kan een compliance officer strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor het ontbreken van adequate maatregelen ter voorkoming van risico's op witwassen of het financieren van terrorisme?

4 Het OM is van mening dat ING bank zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding/niet naleving van art. 3, 5, 8 en 16 Wwft, strafbaar gesteld bij art. 2 lid 1 WED, terwijl de bank daar een gewoonte van heeft gemaakt (art. 6 lid 1 onder 3 WED). Tevens is het OM van mening dat de ING dusdanig te kort is geschoten in haar compliance, dat een verwijt gemaakt kan worden van schuldwitwassen.

5 Zie uitgebreid: Transactieovereenkomst Houston, via: www.om.nl/@103953/ing-betaalt-775

In de 'Beoordeling Openbaar Ministerie', die deel uitmaakt van de transactieovereenkomst met de ING Bank, worden de strafbare feiten uitsluitend toegerekend aan de rechtspersoon.⁶ Zoals wij echter in deze bijdrage zullen betogen, is dat zeker geen garantie voor de toekomst, te meer omdat de redengeving daarvoor – voor zover die zich laat kennen uit het gepubliceerde feitenrelaas en de beoordeling door het Openbaar Ministerie – onzes inziens niet volledig overeenstemt met de stand van zaken in de jurisprudentie. Opvallend is tevens dat in de literatuur de neiging bij het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie is onderkend om naast afdoening met een rechtspersoon juist ook natuurlijke personen aansprakelijk te stellen.⁷

Dit ziet men ook terug bij de (ten tijde van het finaliseren van deze bijdrage) aanhangige procedures tegen onder andere een financieel directeur van KPMG ter zake van onregelmatigheden bij de bouw van een nieuw hoofdkantoor enkele jaren geleden. Daarbij gaat het onder meer om het aandeel van deze directeur in de totstandkoming van twee opzettelijk gedane (onjuiste) belastingaangiften.⁸ KPMG zelf schikte deze zaak in 2017 voor acht miljoen euro. In de zaak tegen de financieel directeur wordt hem door het Openbaar Ministerie met zoveel woorden verweten dat hij als 'financiële man' bevoegd en gehouden was om in te grijpen – een schoolvoorbeeld van de ondergrens van feitelijk leidinggeven waar ook een compliance medewerker mee te maken kan krijgen.

In deze bijdrage zullen wij in paragraaf 2 kort de juridische constructie van strafrechtelijke aansprakelijkheid van een rechtspersoon introduceren en, daaraan gekoppeld, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een feitelijk leidinggever. Vervolgens komt in paragraaf 3 de aansprakelijkheid van een specifieke functionaris aan bod, geïllustreerd aan de hand van recente jurisprudentie. De bijdrage sluit af met een conclusie over het risico van aansprakelijkheid voor compliance officers en enkele aandachtspunten om aansprakelijkheid waar mogelijk te voorkomen.

6 Zie par. 6.4 van Feitenrelaas en Beoordeling Openbaar Ministerie Onderzoek Houston, via: www.om.nl/@103953/ing-betaalt-775

7 M. Rosing, Over schikken in de Liboraffaire: tijd voor een tegengeluid, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming*, 2015, p. 16. Rosing schetst in haar artikel overigens de nadelen van een dergelijke benadering.

8 Zie: www.om.nl/@105000/werkstraffen

2 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

2.1 Aansprakelijkheid van rechtspersonen

Uit artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr) vloeit voort dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. In het tweede lid van deze bepaling is vastgelegd dat – indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon – vervolging kan worden ingesteld tegen de rechtspersoon zelf, tegen de opdrachtgevers en tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel tegen hen allen.

In zijn arrest van 20 oktober 2003⁹ heeft de HR bepaald in welke gevallen een strafbaar feit aan een rechtspersoon kan worden toegerekend. De HR overweegt daarbij dat het Wetboek van Strafrecht zelf geen maatstaven voor de vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon bevat, maar dat uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat *“een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr) [kan] worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend.”*

Daarmee rijst de vraag wanneer sprake kan zijn van een redelijke toerekening van een gedraging aan de rechtspersoon. De HR overweegt dat het antwoord op die vraag afhankelijk is *“van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging”* en dat een algemene regel zich dus moeilijk laat formuleren.

Het beoordelingskader dat de HR in zijn arrest schetst, wordt hieronder in zijn geheel weergegeven:

“Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon.

Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden 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 van de rechtspersoon,*

9 HR 20 oktober 2003, NJ 2006, 328.

– de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
 – 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. Onder bedoeld 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. Daarbij verdient opmerking dat laatstbedoelde criteria – die zijn ontwikkeld in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en die naar het geval dat in die zaak aan de orde was, plegen te worden aangeduid als ‘ijzerdraad-criteria’ – weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (vgl. HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413).”

Kort gezegd is voor de redelijke toerekening van een strafbaar feit aan een rechtspersoon nodig dat kan worden vastgesteld of de strafbare gedraging heeft plaatsgevonden of is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Vervolgens geeft de HR in een viertal gedachtestreepjes vier gevallen weer waarin sprake zal kunnen zijn van een gedraging *in de sfeer van de rechtspersoon*.¹⁰

2.2 Aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers

Pas nadat is vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan door een rechtspersoon, kan worden toegekomen aan de beantwoording van de vraag of bewezen kan worden of er door een derde aan dat door de rechtspersoon gepleegde feit feitelijk leiding is gegeven. Er kan – met andere woorden – dus geen feitelijk leidinggeven bestaan, zonder de vaststelling dat een strafbare gedraging redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.

Het Wetboek van Strafrecht geeft niet aan wie als feitelijk leidinggever aan een door de rechtspersoon gepleegde verboden gedraging kan worden aangemerkt. In zijn arrest van 26 april 2016¹¹ geeft de HR op hoofdlijnen een verduidelijking van het beslissingskader met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het feitelijk leidinggeven.

¹⁰ Zie uitgebreid over dit onderwerp: J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2018, p. 169-179.

¹¹ HR 26 april 2016, NJ 2016, 375 m.nt. Wolswijk.

Allereerst overweegt de HR dat hoewel eerst dient te worden vastgesteld dat het strafbare feit kan worden toegerekend aan de rechtspersoon, het niet noodzakelijk is dat vervolging van de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon tegelijkertijd plaatsvindt. Bovendien overweegt de HR dat het niet noodzakelijk is dat de rechtspersoon überhaupt wordt vervolgd of nog kan worden vervolgd. Het is dus mogelijk dat de rechtspersoon een transactie met het Openbaar Ministerie overeenkomt, maar natuurlijke personen als feitelijk leidinggever zich wel voor de strafrechter dienen te verantwoorden.

De HR overweegt vervolgens dat de enkele omstandigheid dat de verdachte bijvoorbeeld bestuurder van een rechtspersoon is, niet voldoende is om hem aan te merken als feitelijke leidinggever aan een door die rechtspersoon begaan strafbaar feit. Maar anderzijds is een dergelijke juridische positie geen vereiste, terwijl ook iemand die geen dienstverband heeft met de rechtspersoon feitelijke leidinggever kan zijn aan een door de rechtspersoon begaan strafbaar feit. Met andere woorden: de CEO, CFO en andere bestuurders zijn niet *vanwege* hun functie zonder meer als feitelijke leidinggever aan te merken, terwijl het anderzijds niet noodzakelijk is om een bepaalde functie te bekleden of zelfs een dienstverband te hebben met de rechtspersoon om als feitelijke leidinggever te kunnen worden aangemerkt.

Bovenstaande betekent dat dient te worden gekeken naar de concrete omstandigheden van het geval om te kunnen bepalen of sprake is van feitelijke leidinggeven: er kan dus ook feitelijke leiding worden gegeven door bijvoorbeeld een vestigingsmanager, de afdelingschef en de compliance officer of door personen die feitelijke, maar niet formeel leiding geven, zoals de voormalig directeur van het familiebedrijf of de persoon die een stroman in de registers van de Kamer van Koophandel heeft doen opnemen.¹²

Ook hier wordt het beoordelingskader zoals de HR dat schetst weer volledig weergegeven:

“Feitelijke leidinggeven zal vaak bestaan uit actief en effectief gedrag dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip valt. Van feitelijke leidinggeven kan voorts sprake zijn indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid. Ook kan worden gedacht aan het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven. Niet is vereist dat een ander de fysieke uitvoeringshandelingen heeft verricht.

12 Zie uitgebreid over dit onderwerp: J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2018, p. 509-515.

Onder omstandigheden kan ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijke leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat."

Gelet op het hierboven geschetste beoordelingskader achten wij de motivering van de beslissing van het OM om in de ING transactie geen natuurlijke personen als feitelijk leidinggevers te vervolgen tekort schieten. Waar in paragraaf 3.10 van het feitenrelaas (Oorzaken van de tekortkomingen) onder meer wordt gesteld dat "[j]arenlang [...] onvoldoende [is] geïnvesteerd in de werking van het transactiemonitoringsstelsel en in de capaciteit van het personeel, zowel voor wat betreft aantallen als opleidingsniveau, dat betrokken was bij de afhandeling van witwassignalen uit dit stelsel" en dat "business boven compliance" ging, lijken deze overwegingen bijna een schoolvoorbeeld op te leveren van de situatie waarin de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid.

In die zin achten wij paragraaf 3.10 van het feitenrelaas moeilijk te rijmen met de overwegingen die in paragraaf 6.4 van het feitenrelaas worden weergegeven als motivering om geen natuurlijke personen als feitelijk leidinggevers aan te merken. In laatstgenoemde paragraaf wordt namelijk benoemd dat de Hoge Raad hoge eisen stelt aan het vervolgen van natuurlijke personen voor het leiding geven aan strafbare feiten zoals geconstateerd bij de ING bank. Niet alleen de wetenschap bij deze medewerkers, maar ook het bijdragen aan die strafbare feiten of het bewust nalaten in te grijpen, moet bewezen kunnen worden. Gelet op de voorgaande alinea had nadere toelichting voor de hand gelegen om de beslissing van het OM ten aanzien van de natuurlijke personen te kunnen plaatsen.

3 De rol van de feitelijk leidinggever in het licht van een tweetal recente uitspraken

In de literatuur is opgemerkt: "Een van de opvallendste zaken is dat de risicoprofilering en het daaruit voortvloeiende risicogebaseerde cliëntonderzoek per situatie en per instelling nogal kan verschillen."¹³ Indien deze als volstrekt ondermaats worden aangemerkt, en de financiële instelling als gevolg daarvan strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft te

13 H.A. Lesscher, B. Peters en J. van Leeuwen, Inzicht verplicht? De positie van banken bij detectie en aanpak van risicovolle en ongebruikelijke geldstromen, in: Diekmann e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2018*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut, 2018, p. 294.

vrezen, kan door het Functioneel Parket tevens gekeken worden naar de functionarissen die binnen de rechtspersoon een relevante rol hebben gespeeld bij het plaatsvinden van strafbare feiten.

In de vorige paragraaf is aan bod gekomen hoe de ondergrens van feitelijk leidinggeven is vormgegeven. De kern is dat iemand die nalaat om maatregelen te treffen om strafbare feiten te voorkomen (hoewel hij daartoe bevoegd en gehouden is) en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich voordoen, onder omstandigheden als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt. De reden dat een compliance officer in beeld komt voor een dergelijke aansprakelijkheid, is dat hij of zij grote invloed heeft bij de vormgeving van het beleid van de financiële instelling om te voldoen aan de eisen van de Wwft en tevens bij uitstek op de hoogte is van incidenten ter zake van de compliance.¹⁴ Zoals we bijvoorbeeld in de inleiding beschreven, kan het niet, of te laat melden van verdachte transacties er toe leiden dat de financiële instelling (langere tijd) het begaan van strafbare feiten mogelijk maakt.

In een tweetal recente strafrechtelijke uitspraken is de rolverdeling binnen een rechtspersoon (of een samenstel van rechtspersonen) in het kader van feitelijk leidinggeven aan het oordeel van de strafrechter voorgelegd. Deze uitspraken kunnen dienstig zijn bij het beoordelen van eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van een compliance officer binnen een financiële organisatie. Opgemerkt zij dat de onderstaande uitspraken niet over exact dezelfde situatie gaan. Echter, gelet op de gemeenschappelijke basis van de leerstukken die ten grondslag liggen aan de casus in deze jurisprudentie is het onze inschatting dat de hieruit af te leiden bevindingen indicatief zijn voor de wijze waarop in andere situaties door strafrechters geoordeeld zou worden. Wij zien geen aanleiding om te veronderstellen dat strafrechters in zaken waar de verdachte een compliance officer zou betreffen wezenlijk anders zouden oordelen.

14 Vgl. M. Aelen, De financiële sector als poortwachter bij de bestrijding van terrorismefinanciering, in: Diekman e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2018*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut, 2018, p. 263. In dit kader zijn ook de overwegingen van het hof Den Haag in de art. 12 Sv beschikking over de Libor Affaire van de Rabobank interessant voor wat betreft de maatstaf waaraan het gedrag van medewerkers van een bank wordt afgemeten, zie Hof Den Haag 19 mei 2015, *ECLI:NL:GHDHA:2015:1204*.

Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2016¹⁵ (Chemie-Pack)

De zaak Chemie-Pack betrof een grote brand in een bedrijf dat gespecialiseerd was in het (her)verpakken van chemische producten. Omdat dit een branche is met grote inherente risico's, zijn de bedrijfsprocessen onderworpen aan stringente vergunningsplichten op grond van (onder meer) de Wet Milieubeheer. Voor het ontstaan van deze brand en de wijze waarop deze om zich heen kon grijpen, werden zowel het bedrijf Chemie-Pack vervolgd als enkele hoger geplaatsten, waaronder de KAM-coördinator (Kwaliteit, Arbo en Milieu). Deze functionaris is bij uitstek belast met het doen naleven door het bedrijf van vergunningsvoorschriften die zien op veiligheid en milieu.

In het kader van deze bijdrage laten we de vrijspraak van deze medewerker voor het eerste feit op de tenlastelegging buiten beschouwing. Dat feit zag op het daadwerkelijke fysieke veroorzaken van de brand en is voor deze bijdrage niet zo relevant. De feiten 2 en 3 zijn echter des te interessanter. Deze feiten betreffen – kort gezegd – het veranderen van (de werking van) de inrichting. Het laatste feit op de tenlastelegging laten we hier – korthedshalve – ook buiten beschouwing.

In het kader van de Wet Milieubeheer worden vergunningen zeer specifiek toegespitst op de inrichting van een bedrijf en de (locaties van) activiteiten die verricht worden. Men kan zich voorstellen dat een activiteit die vergund is in een hal met klimaatbeheersing, buiten op het parkeerterrein niet is toegestaan. Dit is daarom van belang, omdat de brand bij Chemie-Pack zo desastreus is verlopen omdat er allerlei brandbare materialen in de buurt van de vuurhaard waren geplaatst die daar niet hadden mogen staan op basis van de vergunning.

Anders gezegd: in het geval van Chemie-Pack waren een aantal veranderingen aangebracht die – zoals het hof dat omschrijft – voor de risico's van een zwaar ongeval belangrijke gevolgen konden hebben. Dit terwijl het bedrijf er niet voor gezorgd had dat (kort gezegd) het beleid ter voorkoming van zware ongevallen was herzien en maatregelen waren genomen met het oog op het verzekeren van de veiligheid en het voorkomen van schade aan het milieu.

Het bedrijf wordt door het hof als dader aangemerkt van deze strafbare feiten – een voorvereiste voor het kunnen aanmerken van de KAM-coördinator als feitelijk leidinggever, zoals wij hiervoor in paragraaf 2 zagen. Voor de bewezenverklaring ten aanzien van de KAM-coördinator overweegt het hof onder meer als volgt:

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

“De leiding van Chemie-Pack moet dan ook hebben geweten dat het mengen in IBC's niet vergund was. Het hof acht dan ook bewezen dat ook op dit onderdeel sprake is van het opzettelijk veranderen van de (werking van de) inrichting. (...)

Verdachte was vanaf 1 mei 2007 de KAM-coördinator bij Chemie-Pack. Uit dien hoofde was hij verantwoordelijk voor het onderwerp Kwaliteit, Arbeidsomstandigheden en Milieu (KAM), had hij kennis van de vergunningen en diende hij toezicht te houden op de naleving daarvan. Hij had binnen het bedrijf ook zeggenschap over de activiteiten.

Gelet op deze positie binnen het bedrijf was verdachte bevoegd en redelijkerwijs gehouden om maatregelen te nemen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen.

Uit de bewijsmiddelen leidt het hof af dat de verdachte op de hoogte was van de inhoud van de vergunningen. Verdachte was op de hoogte van het mengen in IBC's en van het gebruik van de membraanpomp en de opwarmcontainer op het buitenterrein. De verdachte heeft verklaard dat hij op de hoogte was van verwickelingen rond de aanvraag van de vergunning voor het gebruik van de opwarmcontainer. (...)

Uit de bewijsmiddelen en uit hetgeen hiervoor is overwogen blijkt – kort samengevat – dat Chemie-Pack opzettelijk zonder omgevingsvergunning (de werking van) de inrichting heeft veranderd door gevaarlijke stoffen op het buitenterrein op te slaan. Naar het oordeel van het hof gaat om het om een activiteit die andere of grotere nadelige gevolgen kan hebben voor het milieu en die derhalve alleen na verkregen vergunning had mogen worden uitgevoerd. (...)

Uit de bewijsmiddelen leidt het hof af dat de verdachte op de hoogte was van de opslag van gevaarlijke stoffen op het buitenterrein en dat hij daaraan feitelijke leiding heeft gegeven. De verdachte was KAM-coördinator binnen het bedrijf en op de hoogte van de inhoud van de vergunning. Hij heeft telkens de brandweertijdslijsten opgesteld en wist zodoende dat op het buitenterrein gevaarlijke stoffen waren opgeslagen. De opslag van gevaarlijke stoffen op het buitenterrein was echter niet vergund. In de aanvraag om vergunning en de vergunning zelf met de daarbij behorende vergunningsvoorschriften zijn specifiek de locaties benoemd waar de werkprocessen dienden plaats te vinden, waar de werkvoorraden werden geplaatst, waar laad- en losactiviteiten werden verricht en waar gevaarlijke stoffen moesten worden opgeslagen. De locaties waar gevaarlijke stoffen werden opgeslagen moesten voldoen aan specifieke veiligheidsvoorschriften, zoals een brandblussysteem en compartimentering. Het buitenterrein is niet, ook niet in de aanvraag, genoemd als locatie waar gevaarlijke stoffen mochten worden opge-

slagen of als 'werkvoorraad' mochten worden geplaatst. (...) De verdachte moet hebben geweten dat daarmee in strijd werd gehandeld met hetgeen was vergund.

De verdachte was, als KAM-coördinator, bevoegd en gehouden om aan de – verboden – opslag van gevaarlijke stoffen op het buitenterrein een einde te maken. Dit heeft hij echter nagelaten. Daarmee heeft de verdachte de verboden gedragingen bevorderd. Gelet op de inhoud van de bewijsmiddelen en hetgeen hiervoor is overwogen acht het hof voor wat betreft de opslag van gevaarlijke stoffen op het buitenterrein dan ook bewezen dat de verdachte feitelijke leiding heeft gegeven aan de ten laste gelegde gedraging.”

De reden waarom het Openbaar Ministerie de KAM-coördinator in het vizier krijgt is de rolverdeling binnen het bedrijf. Zoals het hof hierboven overweegt, is het bij uitstek de KAM-coördinator die op de hoogte is van de vergunningsvoorschriften, de veiligheidsvoorschriften, en de werkelijke situatie in het bedrijf. Hij is degene die op basis van de interne rolverdeling niet alleen bevoegd is om in te grijpen, maar dat ook moet doen als hij van deze (of vergelijkbare) feiten op de hoogte raakt.

Het gevaar van aansprakelijkheid kan dus vergroot worden door de functie die een persoon binnen een organisatie vervult. In de rechtszaak omtrent Chemie-Pack kwam dat uitdrukkelijk aan bod. Namens de verdediging werd een verweer gevoerd dat er op neer kwam dat het Openbaar Ministerie de verkeerde (rechts)personen had vervolgd en daarom niet ontvankelijk zou moeten worden verklaard in haar vervolging. Immers, de directe aanleiding voor de brand was het handelen van een productiemedewerker – en hij was niet vervolgd. Het Openbaar Ministerie verdedigde die keuze door er op te wijzen dat tijdens het opsporingsonderzoek was gebleken dat Chemie-Pack een bedrijf was waarin met grote regelmaat en gedurende geruime tijd veiligheidsvoorschriften werden genegeerd. Het handelen van de betrokken productiemedewerker was daar een uitvloeisel van. Het Openbaar Ministerie vond dat het bedrijf en de feitelijke leidinggevers – te weten een directeur, de productie leider en de KAM-coördinator – verantwoordelijk waren voor deze risicovolle en onveilige bedrijfsvoering en de daardoor ontstane brand – en niet de werknemers(!).

Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2017¹⁶

De rolverdeling kan echter, omgekeerd, ook tot gevolg hebben dat een verdachte wordt vrijgesproken van het feitelijk leidinggeven aan een specifiek strafbaar feit. In een zaak uit 2017 werd een financieel directeur van een concern vervolgd ter zake van een aantal feiten, waaronder het feitelijk leidinggeven aan het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte vennootschapsbelasting. Voor het onderwerp van deze bijdrage is met name interessant de vrijspraak ter zake van betrokkenheid bij het opmaken en ter beschikking stellen aan de Belastingdienst van een valse overeenkomst inzake de koop van een vakantieresort in Montenegro voor een bedrag van 119 miljoen euro.

De verdachte had, als financieel directeur van de moedermaatschappij van de rechtspersoon die de valse overeenkomst had opgesteld, de overeenkomst overgelegd aan de Belastingdienst. Volgens het Openbaar Ministerie had hem – gelet op het grote financiële belang van de overeenkomst – duidelijk moeten zijn dat de zeer summiere overeenkomst het gebrek aan realiteitsgehalte van de transactie weerspiegelde. De verdachte verklaarde echter geen betrokkenheid gehad te hebben bij het opstellen van de overeenkomst en meende dat het een raamovereenkomst betrof die nadere invulling behoeft. Tevens wist de verdachte naar eigen zeggen niet aan welke eisen een overeenkomst voor de Belastingdienst moest voldoen. De rol van de verdachte was in het kader van deze overeenkomst slechts een uitvoerende, aldus de verdediging.

Het hof ging daar in mee en oordeelde dat niet vast stond dat de verdachte op enigerlei wijze betrokken was bij het opmaken van de koopovereenkomst. Tevens oordeelde het hof dat, nu de verdachte geen betrokkenheid had gehad bij het project in Montenegro, niet bewezen kon worden dat de verdachte wist van de intellectuele valsheid van de overeenkomst toen hij deze overeenkomst overlegde aan de Belastingdienst, terwijl die wetenschap evenmin bij hem kon worden verondersteld gelet op het bewijs.

Oftewel: de verdachte had alleen op grond van zijn functie de overeenkomst (laten) verstrekken aan de Belastingdienst. Hij had geen inhoudelijke bemoeienis met de overeenkomst gehad en de valsheid werd hem zodoende niet verweten. Een andere directeur was belast met de (inhoudelijke) contacten met de Belastingdienst. Het (laten) verstrekken van de overeenkomst was in dit kader zuiver een administratieve handeling.

¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 26 oktober 2017, *ECLI:NL:GHSHE:2017:4678*.

Het beeld dat door deze twee arresten wordt bevestigd, is derhalve dat de rolverdeling binnen een organisatie van doorslaggevend belang kan zijn bij de eventuele strafbaarheid van een betrokkene als feitelijk leidinggever. De aard van de strafbare feiten kan maken dat een persoon binnen een organisatie bij uitstek blootgesteld kan zijn aan strafrechtelijke aansprakelijkheid indien op dat vlak binnen de organisatie (al dan niet door anderen) fouten worden gemaakt.

4 Conclusie

Wat betekent bovenstaande voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de compliance officer? Die vraag laat zich niet in algemene termen beantwoorden. Dat ligt echter niet zozeer aan de vaagheid van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar vooral aan de veelvoud van wijzen waarop de compliancefunctie in een organisatie kan zijn ingebed.

In dit artikel is beschreven in welke gevallen rechtspersonen en feitelijk leidinggevers strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn. Rechtspersonen kunnen strafrechtelijk aansprakelijk zijn op het moment dat een strafbare gedraging redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend en dat kan in ieder geval als de strafbare gedraging plaatsvindt binnen de sfeer van de rechtspersoon.

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. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat. Dat houdt in dat de feitelijk leidinggever wist – in ieder geval in algemene zin – dat de verboden gedragingen plaatsvonden, de feitelijk leidinggever de mogelijkheid en de bevoegdheid had om in te grijpen, maar dat toch heeft nagelaten.

Zoals hierboven in paragraaf 2 reeds werd aangegeven, moet het vrijwel ondenkbaar worden geacht dat een compliance officer niet op de hoogte is van tekortkomingen in de compliancefunctie in het algemeen en ten aanzien van het CDD-proces en transactie-monitoring in het bijzonder. Dan rijst vervolgens de vraag of de compliance officer bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en zulke maatregelen achterwege laat. De beantwoording van deze vraag is, zoals al gezegd, sterk afhankelijk van de wijze waarop de compliancefunctie is ingericht. Er laten zich ruwweg twee uitersten denken.

Binnen sommige organisaties zal de compliance officer onderdeel uitmaken van het bestuur van de onderneming of van het hoger management en derhalve – indien hij kennis draagt van lacunes in de compliancefunctie – bevoegd en gehouden zijn om maatregelen ter voorkoming van strafbare feiten te treffen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat voorwaardelijk opzet op het strafbare feit (het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat dit strafbare feit plaatsvindt) voldoende is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De compliance officer die een adviserende rol bekleedt en daardoor geen mogelijkheid tot ingrijpen heeft, zal in de regel niet als feitelijk leidinggever van de door de rechtspersoon gepleegde verboden gedragingen kunnen worden aangemerkt.

Als we bovenstaande leggen naast de beslissing van het Openbaar Ministerie om in de ING transactie geen natuurlijke personen als feitelijk leidinggevers te vervolgen, dan lijkt het er sterk op dat niet vastgesteld kon worden dat er personen met de bevoegdheid om maatregelen te treffen ter voorkoming van de verboden gedragingen, wetenschap hadden van de onvolkomenheden in de compliancefunctie waardoor die strafbare feiten plaatsvonden en dat de personen die wel wetenschap hadden van die onvolkomenheden niet de bevoegdheid hadden om in te grijpen. Of daarmee gezegd kan worden dat de HR 'hoge eisen' hanteert ter zake van aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers is wat ons betreft betwistbaar.

Hoe dat ook zij; deze keer waren de medewerkers van ING noch compliant, noch 'complicit'. Maar een dergelijke situatie kan niet worden beschouwd als een compliment voor de interne informatievoorziening binnen ING en biedt weinig garanties voor de toekomst.