

90 De jacht op de facilitator is officieel ingezet: enkele eerste lessen uit de ING schikking

In de Hertoghs Beschouwt van vorige week (# 89) stonden wij stil bij de recente schikking van ING met het OM en de wenselijkheid van een dergelijke snelle afdoening. Er valt echter ook een kritische noot te plaatsen bij deze schikking. Opvallend was namelijk dat dit de eerste ‘hoge en bijzondere transactie’ voor een zogenoemde ‘facilitator’ was: een persoon of organisatie die criminelen bewust of onbewust helpt bij het plegen van criminele activiteiten,¹ zoals (belasting)adviseurs, advocaten, notarissen, trustkantoren en dus ook banken. Dergelijke facilitators hebben een zekere poortwachtersfunctie bij het voorkomen en bestrijden van financiële en fiscale criminaliteit.

Het verzaken van een dergelijke poortwachtersfunctie kan in bepaalde omstandigheden een strafbaar feit constitueren. Waar de grens tussen onzorgvuldig handelen en strafbaar handelen precies ligt, is echter lang niet altijd duidelijk. Zoals wij vorige week reeds signaleerden, lijkt in de schikking met ING een zorgplichtgerichte benadering van opzet te zijn aangehangen. Welke lessen kunnen wij hieruit trekken over de positie van de facilitator in het fiscaal en financieel strafrecht en boeterecht?

Geen wetenschap, geen straf

Volgens het OM was er onvoldoende bewijs om individuele strafrechtelijke verwijten te maken naar natuurlijke personen. Dit werpt de vraag op hoe het daderschap en opzet van ING dan geconstrueerd is. Dat ING uitermate onzorgvuldig heeft gehandeld, staat hier niet ter discussie. Dergelijke onzorgvuldigheid is echter niet genoeg voor opzet. In het Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming beschreven wij vorig jaar dat de Hoge Raad – terecht – een zorgplichtgerichte benadering van (voorwaardelijk) opzet uitsluit.² De onzorgvuldigheid van het handelen kan slechts een beperkte rol spelen in de constructie van opzet. Wetenschap van de verboden gedragingen staat immers centraal. De dader “moet hebben geweten” (van de aanmerkelijke kans) dat er strafbare gedragingen plaatsvonden en moet dit bewust hebben aanvaard. “Had moeten weten” is derhalve onvoldoende, want dit mist de vereiste bewustheid. Het duidt weliswaar op het verzaken van een zorgplicht, maar niet op opzettelijk handelen.

Hoe ver reikt de zorgplicht van de facilitator?

Als we vervolgens een blik werpen op het Feitenrelaas van het OM blijkt niet van enige wetenschap aan de zijde van ING. Verschillende onderdelen binnen de organisatie waren verantwoordelijk voor een deel van het verwijtbare gedrag. Geen van deze onderdelen voelde zich kennelijk verantwoordelijk voor de uitvoering van het compliance-beleid en niemand overzag het geheel. Interne signalen van de werkvloer drongen niet door tot leidinggevenden. Juist in gevallen waarin kennis van strafbare feiten dermate gefragmenteerd is in een organisatie en het hoger management geen wetenschap heeft van de strafbare gedragingen is het maar de vraag in hoeverre opzettelijk is gehandeld.

¹ J.T.C. Leliveld, ‘Facilitators in het strafrecht’, *Strafblad* 2018, 3, p. 4.

² K.M.G. Demandt en A.C.M. Klaasse, ‘De (dunne?) scheidslijn tussen onzorgvuldigheid en voorwaardelijk opzet’, *TvS&O* 2017, 4, p. 160-170.

Tot nu toe heeft de rechter uit dergelijke omstandigheden opzet niet willen afleiden. Levert de strafrechtelijke aansprakelijkstelling van ING een trendbreuk op met deze rechtspraak? Het Feitenrelaas van het OM is op dit punt helaas niet verhelderend.

Een bijkomend nadeel van een schikking is het fundamentele gebrek aan controle door een rechter. Er is geen rechter aan te pas gekomen bij de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ING. De rol die een zorgplichtschending in het construeren van daderschap van een facilitator speelt blijft derhalve onderbelicht. Het beperkte aantal rechtszaken tegen facilitators en het geringe aantal medepleegboetes dat sinds 2014 is opgelegd aan facilitators voor fiscale fraude helpen op dat punt evenmin.³ Hierdoor blijven wij in het ongewisse over de reikwijdte van de zorgplicht van een facilitator. Dit staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.

Mocht onzorgvuldig handelen wel leiden tot een strafbaar feit, dan wordt daarmee in feite een verkapte vorm van risicoaansprakelijkheid in het strafrecht geïntroduceerd. Dat is naar onze mening een brug te ver. Risicoaansprakelijkheid is in beginsel uitgesloten in ons strafrecht en dat is niet zonder reden. In de praktijk zou aansprakelijkheid van een facilitator dan onmiddellijk intreden zodra zich een strafbaar feit voordoet in de sector waarin zij opereren. Dat zou een uitermate ongewenste ontwikkeling zijn.

Oppassen geblazen voor de facilitator

Kortom, de ‘jacht’ op de facilitator lijkt officieel ingezet te zijn, met ING als toonaangevend voorbeeld. Als we de woorden van de directeur van de FIOD mogen geloven, wordt veel onderzoek gedaan naar “*financieel adviseurs, trusts of notarissen die het mogelijk maken crimineel geld het financieel systeem in te brengen*”.⁴

Overigens kan de vraag worden gesteld of dergelijk punitief optreden wel de meest effectieve vorm van handhaving is. Dat facilitators die bewust criminele activiteiten faciliteren strafrechtelijk worden aangepakt, is uiteraard toe te juichen. De vraag is of datzelfde enthousiasme gepast is voor wat betreft de onbewuste facilitator. Zeker als het zo onduidelijk is tot hoe ver de zorgplicht van een facilitator reikt, is het maar de vraag of met een hoge boete of schikking het gewenste resultaat bereikt gaat worden. De komende tijd zal moeten blijken of deze jacht inderdaad wordt doorgezet en, zo ja, welke facilitators hier uiteindelijk slachtoffer van zullen worden. Tot die tijd is het oppassen geblazen.

³ Besluit staatssecretaris van Financiën op Wob verzoek Combiteam Aanpak Facilitators, kenmerk 2016-0000203843.

⁴ Blog: De stille revolutie in de opsporing, <https://over-ons.belastingdienst.nl/blog-de-stille-revolutie-in-de-opsporing/>.