

# Het kluitje en het riet: over kleurloos opzettelijk handelen bij een Wwft- melding op basis van de subjectieve indicator

mr. M. Coenen en mr. K.M.G. Demandt<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Met de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) zijn zogenoemde 'poortwachters' aangesteld voor en belast met de bescherming van het financiële stelsel. Onderdeel van die hulp bij het bestrijden en voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering is dat een meldingsplichtige instelling ongebruikelijke transacties moet melden bij FIU-Nederland. Of een transactie *ongebruikelijk* is, wordt bepaald door de aanwezigheid van de objectieve indicator dan wel subjectieve indicator.<sup>2</sup> De subjectieve indicator is daarbij een vreemde eend in de bijt. De strafrechtelijke handhaving van de Wwft valt onder het economisch strafrecht en daarin geldt de leer van het kleurloos opzet. Maar op grond van de subjectieve indicator hoeft 'pas' te worden gemeld als sprake is van een 'vermoeden' of als er 'aanleiding is om te veronderstellen dat' sprake kan zijn van witwassen. Het gaat daarbij uitdrukkelijk om de eigen beoordelingsruimte van de meldingsplichtige instelling. Zonder subjectieve invulling kan dus niet worden bepaald of de norm is overtreden. Daar wringt het in onze optiek, omdat nu te gemakkelijk wordt gegrepen naar de inzet van het strafrecht en daarbij snel wordt geconcludeerd tot (kleurloos) opzettelijk handelen van de instelling.

## 2. Kleurloos opzet en de Wwft

De Wwft-wetgeving is erop gericht het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen tegen te gaan.<sup>3</sup>

Zo moeten instellingen die onder het toepassingsbereik van de Wwft vallen risico's inschatten en daar zo nodig actie op ondernemen. Dat betreft bijvoorbeeld het verrichten van cliëntonderzoek, maar ook het melden van ongebruikelijke transacties<sup>4</sup> bij FIU-Nederland als de instelling aan de hand van indicatoren die transactie als ongebruikelijk beoordeelt. Het niet naleven van deze verplichtingen is in de Wet op de economische delicten (WED) strafbaar gesteld. Hierbij is een onderscheid gemaakt tussen misdrijven en overtredingen. In geval van het (al dan niet opzettelijk) *niet* melden van een ongebruikelijke transactie kan sprake zijn van een economisch delict op grond van art. 16 Wwft jo. art. 1, sub 2 WED.<sup>5</sup> De Wwft valt onder het economisch strafrecht en daarom moet worden beoordeeld of sprake is van *kleurloos* opzettelijk handelen door de instelling, dit in tegenstelling tot het commune strafrecht waarin het leerstuk van 'boos opzet'<sup>6</sup> het uitgangspunt vormt. De Hoge Raad oordeelde al in 1952 dat voor kleurloos opzet '*alleen opzet bij den dader t.a.v. zijn gedraging in haar verschillende*

---

acties (Wet MOT) vervangen. Eerder bestond al sinds 1994 de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT). De Wet melding ongebruikelijke transactie is vervallen per 1 augustus 2008, identificatienummer: BWBR0006331.

4. Artikel 1 definieert een ongebruikelijke transactie als een '*transactie die op grond van de indicatoren bedoeld in artikel 15, eerste lid als ongebruikelijk is aan te merken*'.
5. Het onderscheid tussen een misdrijf en overtreding zit in het opzet (art. 2 WED). Art. 6 WED maakt het belang van het onderscheid tussen een misdrijf en overtreding duidelijk: het verschil in strafmaximum waarmee het delict wordt bedreigd. Of sprake is van opzet en waar dat opzet op gericht moet zijn, is dan een belangrijke vraag.
6. Het gaat bij 'boos opzet' om (voorwaardelijk) opzettelijk handelen, waarbij sprake is van opzet op zowel de gedraging als de overtreden norm. De verdachte is zich bewust (in de vorm van voorwaardelijk opzet) van de wederrechtelijkheid van zijn gedraging. Daarin verschilt het met kleurloos opzet.

---

1. De auteurs zijn beiden als advocaat werkzaam bij Hertoghs advocaten. Dit artikel is afgerond op 17 mei 2021.

2. Hoge Raad 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:2834.

3. De Wwft is op 1 augustus 2008 in werking getreden. Deze wet heeft de Wet identificatie bij dienstverlening (Wid) en de Wet melding ongebruikelijke trans-

bestanddelen vereist is, niet ook zijn opzet t.a.[v.] der onrechtmatigheid van die gedraging in haar geheel'.<sup>7</sup> Het gaat dus om opzet op de gedraging, niet op het overtreden van het voorschrift. Voor strafbaarheid op grond van de WED hoeft een verdachte zich dus niet bewust te zijn van de strafbaarheid van zijn handelen door bijvoorbeeld geen melding te doen van een ongebruikelijke transactie. In de literatuur wordt de nodige kritiek geuit op het gebruik van kleurloos in plaats van boos opzet bij economische delicten.<sup>8</sup> Niettemin oordeelde de Hoge Raad in 2007 dat er geen aanleiding is voor verandering op dit punt<sup>9</sup> en is de lijn sindsdien bevestigd.<sup>10</sup> Wanneer is dan sprake van kleurloos opzet? Die vraag is nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden. Zo moet onderscheid worden gemaakt tussen 'een doen' (bijv. handelen in strijd met een vergunning) en 'een nalaten' (bijv. het niet melden van een ongebruikelijke transactie). Degene die niet weet dat hij handelt in strijd met een vergunning, is op grond van het kleurloos opzet net zo goed strafbaar als degene die dat wel weet. Het niet kennen van de wet 'beschermt' dus niet.<sup>11</sup> Het algemene uitgangspunt is namelijk dat iedere justitiabele wordt geacht de wet te kennen. Dit geldt temeer bij delicten die strafbaar zijn gesteld op grond van de WED, nu deze gericht zijn op ondernemers en juist van ondernemers wordt verwacht dat zij zich – als zij de wet al niet zelf kennen – laten adviseren over hun wettelijke verplichtingen. Dat een ondernemer niet wist dat er een bepaald ver- of gebod was en daarom dus niet opzettelijk zou hebben gehandeld, is een (bewijs)verweer dat vaak wordt gevoerd in procedures. Het niet bekend zijn met de Wwft en de daaruit voortvloeiende verplichtingen als verweer waarom een ongebruikelijke transactie (op grond van een objectieve indicator) niet is gemeld, slaagt in de praktijk daardoor dus eigenlijk niet.<sup>12</sup> In de

regel wordt door de feitenrechters verwezen naar de arresten van de Hoge Raad uit 2007 en 2009 en wordt geoordeeld dat: 'de door de verdachte gestelde ontbrekende kennis van de regelgeving [niet in de weg] staat aan het bewijs van het opzet op het niet melden van de ongebruikelijke transacties (...)'.<sup>13</sup>

Het niet bekend zijn met de regels of verplichtingen disculpeert dus niet ten aanzien van kleurloos opzettelijk handelen. Dat ligt anders als een beroep wordt gedaan op afwezigheid van alle schuld (maar dat valt niet het verweten opzet aan). Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om hier verder op in te gaan.

### 3. De subjectieve indicator bij ongebruikelijke transacties

Art. 16 lid 1 Wwft verplicht een instelling tot het onverwijld melden van een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie. In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 zijn nadere regels opgenomen met betrekking tot (onder andere) het vaststellen van indicatoren voor het melden van ongebruikelijke transacties.<sup>14</sup> Het is aan instellingen om te beoordelen of transacties ongebruikelijk en daarmee meldplichtig zijn. Dat gebeurt allereerst aan de hand van objectieve indicatoren: als daarvan sprake is, moet de transactie worden gemeld. Het gaat dan bijvoorbeeld om de contante aankoop van bepaalde luxegoederen boven een bepaald drempelbedrag. Relevant om te benadrukken is dat voor verschillende meldersgroepen verschillende objectieve indicatoren kunnen bestaan. Wij laten deze objectieve indicatoren in deze bijdrage verder buiten beschouwing, omdat hier in de regel geen beoordelingsruimte bestaat bij de meldingsplichtige wat betreft het wel of niet melden van die transactie.

Juridisch interessanter – en meer diffuus – is de subjectieve indicator. In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is een indicatorenlijst als bijlage opgenomen, waarin per instelling de toepasselijke indicator is opgenomen: 'een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme.' Het gaat bij de subjectieve indicator dus om de (subjectieve) beoordeling door de instelling zelf. Als de instelling de transactie als ongebruikelijk bestempelt, moet de transactie worden gemeld bij FIU-Nederland.

Door het kleurloos opzet in het economisch strafrecht is de subjectieve zijde van het plegen van een strafbaar feit vaak van ondergeschikt belang. In geval van strafrechtelijke vervolging voor het niet

7. Hoge Raad 18 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:1, NJ 1952, 314.  
8. Zie o.a. D. Doorenbos, 'Opzet in de wet op de economische delicten. Beter boos dan kleurloos', *Ars Aequi* maart 2021 en A.R. Hartmann en I. Kroes, 'Opzet in economische strafzaken in perspectief: een aanzet tot nadere meningsvorming', *TvSeO* 2016, nr. 4.  
9. Hoge Raad 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783.  
10. Hoge Raad 21 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2684; Hoge Raad 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:782, *M en R* 2018/98. Zie ook Hoge Raad 19 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1803 waarin de Hoge Raad de zaak afdoet onder verwijzing naar art. 81 lid 1 Wet RO.  
11. Zie ook de conclusie van A-G Vegter van 13 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:506, overweging 11. Hij overweegt dat: dat 'kennis over wat wel en niet mag (in strijd met de voorschriften, wederrechtelijk is) (...) in het bijzonder strafrecht [wordt] verondersteld. Zo zal degene die vogels wil gaan houden zich moeten oriënteren op de daarvoor geldende voorschriften'. In het arrest dat volgt na de conclusie verduidelijkt de Hoge Raad nog een keer dat niet is vereist dat voor het opzettelijk overtreden van de regels uit het economisch strafrecht (in dit geval de Flora- en faunawet) de verdachte opzet had op het in strijd handelen met de bepalingen uit die wet. Zie Hoge Raad 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:782.  
12. Rb. Amsterdam 6 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:

5975, Rb. Amsterdam 18 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5196, Hof Amsterdam 30 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2898.  
13. Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10639 en Rb. Den Haag 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13678.  
14. Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, identificatienummer BWBR0041193. Bijlage 1 bevat de Indiatorenlijst.

melden van een ongebruikelijke transactie, ziet de tenlastelegging – kort gezegd – op het opzettelijk in strijd met de verplichting uit art. 16 Wwft geen (onverwijld) melding doen van een ongebruikelijke transactie. Het subjectieve bestanddeel in de tenlastelegging is het opzet, dat in geval van economische delicten enkel op de gedraging ziet. Tegelijkertijd is in de tenlastelegging als bestanddeel ook de ‘ongebruikelijke transactie’ opgenomen en is bij de invulling daarvan de subjectieve indicator van belang. Zo speelt de subjectieve zijde van het delict ook bij het bestanddeel ‘ongebruikelijke transactie’ een rol.

### 3.1. Subjectieve bedoelingen in de wetsgeschiedenis

Wat is de bedoeling geweest van de subjectieve indicator? Allereerst valt op dat de focus jarenlang heeft gelegen op financiële instellingen; de traditionele ‘poortwachters’ van het financiële stelsel. De Eerste Europese anti-witwasrichtlijn<sup>15</sup> werd in 1991 aangenomen ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, waarbij het met name ging om de opbrengsten van drugsmisdrijven. Ontwikkelingen gedurende de jaren hebben duidelijk gemaakt dat witwassen al lang niet meer enkel aan de orde kan zijn bij drugsgelateerde misdrijven en de regelgeving is steeds verder uitgebreid naar andere sectoren.<sup>16</sup> De regelgeving met betrekking tot het tegengaan van misbruik van het financiële stelsel voor witwassen bestaat uit meerdere lagen. Het bestaat uit internationale standaarden van de FATF<sup>17</sup>, de Europese anti-witwasrichtlijnen en op nationaal niveau uit de Wwft én de gelaagde regeling daaronder. In geen van de Europese anti-witwasrichtlijnen, noch in de toelichting bij de nationale implementatiewetten wordt diepgaand ingegaan op de invulling van de subjectieve indicator. In de Kamerstukken uit 2008 – toen onder meer werd ingevoerd dat vanaf dat moment ook ‘gewone’ handelaren onder de Wwft zouden vallen in geval van contante transacties van (destijds) € 15.000 of meer staat in de

Memorie van Toelichting slechts de volgende toelichting: ‘Zogenaemde indicatoren geven nadere invulling aan de meldingsplicht. De indicatoren beschrijven de situaties waarin een transactie als ongebruikelijk moet worden aangemerkt. (...) Objectieve indicatoren beschrijven een situatie waarin altijd dient te worden gemeld. Subjectieve indicatoren daarentegen scheppen een meldingsplicht op basis van de inschatting die de instelling zelf van een bepaalde situatie maakt.’<sup>18</sup> Ook bij de aanpassing van de Wwft bij de implementatiewet van de Derde anti-witwasrichtlijn zijn geen nieuwe overwegingen over de subjectieve indicator aan de orde gekomen. Wel is daarin de opleidingsverplichting ex art. 35 Wwft versterkt onder de motivering dat medewerkers van een instelling de subjectieve indicator goed moeten kunnen toepassen om het ‘potentieel’ daarvan te kunnen benutten.<sup>19</sup>

Oftewel: de wetsgeschiedenis biedt geen nader houvast bij de invulling van die subjectieve indicator. De bedoeling van de wetgever is uitdrukkelijk geweest om de beoordelingsruimte bij de instelling zelf te laten. Dat vindt zijn oorsprong in de ‘risk and principle based’-benadering waardoor in de wetgeving zelf niet is vastgelegd wanneer sprake is van een ongebruikelijke transactie.<sup>20</sup> Hiermee hangt ook samen dat het uitgangspunt is dat de betreffende instelling zijn eigen sector het beste kent en daarom de geëigende partij is om te beoordelen of een transactie verband kan houden met witwassen.<sup>21</sup> Gelet hierop is het begrijpelijk dat bij de subjectieve indicator de ruimte wordt gelaten dat verschillende omstandigheden tot verschillende uitkomsten kunnen leiden en er dus niet één toepasbaar criterium is, maar het gebrek aan concrete duiding maakt het er ook niet makkelijker op voor de meldingsplichtige. Instellingen moeten zelf de nodige actie ondernemen om een afweging te kunnen maken of een bepaalde transactie voldoet aan de subjectieve indicator en aldus moet worden gemeld.

### 3.2. Handvatten in leidraden?

De beoordelingsruimte ligt dus bij de instelling. Maar hoe moet die beoordeling plaatsvinden in de praktijk? Er zijn door de tijd heen meerdere ‘leidraden’ gepubliceerd die houvast (pogen te) bieden. Als ‘startpunt’ bestaat de Algemene Leidraad Wwft, waarvan de laatste versie dateert van 21 juli 2020.<sup>22</sup>

15. Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, publicatiebladnummer L 166 van 28 juni 1991, p. 0077-0083. Vervallen per 14 december 2005. Sindsdien is Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme van kracht, publicatiebladnummer L 309/15.

16. Kamerstukken II 2007/08, 31238, 3, p. 2 (MvT).

17. De Financial Action Task Force on money laundering (FATF) is een intergouvernementele organisatie opgericht in 1989 en is gericht op de internationale bestrijding van witwassen. De leden van de FATF zijn gebonden aan aanbevelingen, gericht op o.a. het nemen van preventieve maatregelen door meldplichtige instellingen. De FIU-Nederland woont vergaderingen van de FATF bij. Zie de website van FIU-Nederland, ‘over FIU’ > ‘Internationale samenwerking’, > ‘FATF’.

18. Kamerstukken II 2007/08, 31238, 3, p. 4 (MvT).

19. Kamerstukken II 2011/12, 33238, 3, p. 21 (MvT).

20. T. Beekhuis en W.S. de Zanger, ‘De niet meldende Wwft-plichtige handelaar in het strafrecht’, *Delikt en Delinkwent* 2019/65, par 4.2.

21. Zie ook het voorbeeld dat wordt aangehaald in de parlementaire geschiedenis, waarbij wordt aangegeven dat is gekozen voor open normen. Een instelling kent zijn eigen bedrijf het beste. Daarom wordt niet voorgeschreven hoe bijvoorbeeld cliëntenonderzoek moet plaatsvinden, maar tot welk resultaat het moet leiden: Kamerstukken II 2007/08, 31238, 3, p. 6-7 (MvT).

22. Dit is een uitgave van de Rijksoverheid, van het Minis-

De Algemene Leidraad Wwft is afkomstig van de ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid. Dit 60 pagina's tellende document biedt echter geen nadere handvatten voor de toepassing van de subjectieve indicator. Wel wordt hierin doorverwezen naar de specifieke leidraden voor specifieke meldersgroepen. Om het voor de instelling nog wat diffuser te maken, kennen deze leidraden dus ook een gelaagde opzet. Bovendien is de Algemene leidraad Wwft geen juridisch bindend document en moet deze algemene leidraad in samenhang worden gelezen met de specifieke leidraden.<sup>23</sup> Dit geldt in zijn algemeenheid voor elke instelling, maar zeker voor de 'kleinere' instellingen die alleen voor bepaalde transacties onder het Wwft-bereik vallen, zoals de handelaren in gewone goederen. Dan zorgt deze gelaagdheid voor onduidelijkheid. Over iemand met een kluitje het riet insturen gesproken.

Deze specifieke leidraden worden opgesteld door toezichthouders en brancheverenigingen. Zo heeft de toezichthouder Bureau Financieel Toezicht (BFT) de richtlijnen voor specifieke meldersgroepen – zoals handelaren, maar ook pandhuizen – opgenomen in leidraden specifiek voor die meldersgroepen. Ook vanuit beroepsorganisaties bestaan handvatten, zoals de richtsnoeren van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie voor Accountants (NBA).<sup>24</sup> Ook op de website van het Anti Money Laundering Centre<sup>25</sup> is te vinden dat voor het invullen van de beoordelingsruimte moet worden aangesloten bij de informatievoorziening vanuit toezichthouders en brancheorganisaties. Op de website van het AMLC is hierover opgenomen: *'De formulering van de subjectieve indicator is erg algemeen. Om te helpen bij de invulling van de subjectieve indicator hebben de Wwft toezichthouders richtlijnen opgesteld. Ook brancheverenigingen hebben richtsnoeren uitgegeven. Deze richtlijnen en richtsnoeren geven handvatten die kunnen helpen bij de invulling van de subjectieve indicator'*.<sup>26</sup>

Als sprake is van één van de situaties zoals genoemd in de leidraad leidt dit overigens niet zonder meer tot de conclusie dat een melding móet worden gedaan. Het zijn aandachtspunten, bedoeld om de praktijk te helpen om ongebruikelijke transacties

te herkennen.<sup>27</sup> Uit de rechtspraak wordt wel duidelijk dat (veel) waarde wordt gehecht aan de informatie die in de leidraden is opgenomen.<sup>28</sup>

### 3.3. Rechtspraak over de subjectieve indicator in de Wwft

De invulling in de praktijk, in de vorm van leidraden en richtsnoeren, zou dus aanknopingspunten moeten bieden voor de subjectieve indicator. Hoe vertaalt dit zich in de rechtspraak? Hoe ruim is de eigen beoordelingsruimte van de instelling?

#### 3.3.1. Bestuursrechtelijke jurisprudentie over de subjectieve indicator

Belangwekkend zijn allereerst een aantal bestuursrechtelijke uitspraken waarin de meldplicht op grond van de subjectieve indicator aan bod komt. Voor het niet melden van ongebruikelijke transacties kan immers strafrechtelijk worden vervolgd of op grond van art. 30 Wwft een bestuursrechtelijke boete worden opgelegd door de toezichthouder.

Als startpunt in de bestuursrechtelijke jurisprudentie wordt regelmatig gerefereerd aan de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) van 5 november 2015 waarin is overwogen dat de verplichting tot het doen van een melding als bedoeld in art. 16 Wwft niet slechts bestaat wanneer er concrete aanwijzingen zijn dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme.<sup>29</sup> Het College overweegt dat het artikel een ruimere strekking heeft en dat iedere ongebruikelijke transactie behoort te worden gemeld. Uit een uitspraak van het CBB van 29 mei 2018 volgt echter dat de aanwezigheid van risico's zoals omschreven in de 'Specifieke leidraad naleving WWFT voor accountants, belastingadviseurs, administratiekantoren en alle overige instellingen' kunnen worden weerlegd door de instelling.<sup>30</sup> Het is dus niet zo dat per definitie moet worden gemeld. In deze zaak uit 2018 was sprake van het aangaan van een lening zonder zekerheden en renteafspraken en een lening zonder documentatie: dat zijn de aandachtspunten E12 en E13 genoemd in de Specifieke Leidraad. Het BFT stelde dan ook dat de transacties ongebruikelijk waren en moesten worden gemeld. Het College was het echter met de instelling eens dat een acceptabele verklaring was gegeven voor de wijze waarop de leningen waren aangegaan en achtte dit *'niet dusdanig bijzonder dat daarmee het ongebruikelijke karakter van de leningen zou zijn aangetoond. Gelet op het voorgaande leveren de volgens BFT aan de orde*

---

terie van Financiën en het Ministerie van Justitie en Veiligheid, genaamd de 'Algemene leidraad ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)', van 21 juli 2020.

23. Algemene leidraad Wwft, p. 4 (versie 21 juli 2020).

24. Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) voor belastingadviseurs en accountants van 10 november 2008.

25. Het Anti Money Laundering Centre (AMLC) is een kennis- en expertisecentrum en onder meer partner van politie, OM, FIU en toezichthouders.

26. L. de Zeeuw, 'Strafrechtelijke aanpak via de Wwft', AMLC 3 april 2017, te vinden via de website van het [www.amlc.nl](http://www.amlc.nl) > actueel > verdiepende artikelen > strafrechtelijke aanpak via de Wwft. Zie ook de link: <https://www.amlc.nl/strafrechtelijke-aanpak-via-de-wwft/>.

---

27. Bijv. Rechtbank Amsterdam 27 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8873.

28. Hof Amsterdam 18 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2693.

29. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 5 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:363.

30. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:233.

zijnde twee aandachtspunten uit de Specifieke Leidraad onvoldoende grond voor de conclusie dat er aanleiding was om te veronderstellen dat deze transacties verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme.<sup>31</sup> De beoordeling ligt dus bij de instelling zelf en het is dus niet zo dat als sprake is van een aandachtspunt uit de Specifieke Leidraad moet worden gemeld.

Ook in een andere zaak oordeelde het CBB dat een opgelegde bestuursrechtelijke boete onterecht was wegens afwezigheid van de subjectieve indicator.<sup>32</sup> Het BFT had ter zitting bevestigd dat aan de overtreding van art. 16 Wwft uitsluitend ten grondslag was gelegd dat de instelling geen melding had gemaakt van een contante betaling. Het College oordeelde dat de herkomst van de contante betaling op grond van de verklaring en (weliswaar gebrekkige) administratie van de instelling voldoende duidelijk was en dat de instelling geen aanleiding had om te vermoeden dat de betaling verband kon houden met witwassen of financieren van terrorisme.<sup>33</sup> Bij het ontbreken van de subjectieve indicator bestaat er ook geen meldplicht.

Dat een instelling de tijd moet krijgen om een transactie op zijn (on)gebruikelijkheid te beoordelen, volgt uit een uitspraak van Rechtbank Rotterdam. Die ging over het te laat melden van een ongebruikelijke transactie, maar de rechtbank overwoog dat 'beoogd [is] ruimte te laten voor nader onderzoek, bijvoorbeeld omdat sprake is van subjectieve inschattingen'. Er moet weliswaar zo snel mogelijk worden gemeld, maar pas 'nadat een zorgvuldige afweging is gemaakt of een transactie als ongebruikelijk moet worden beschouwd'.<sup>34</sup> De bestuursrechtelijke boete wegens overtreding van art. 16 Wwft hield dan ook geen stand. Deze uitspraak illustreert dat een instelling zelf moet bepalen (en daar de tijd voor moet krijgen) of sprake is van een ongebruikelijke transactie die moet worden gemeld. Die benodigde zorgvuldigheid en de daarmee gepaard gaande tijd die aan een instelling moet worden gegund voor de beoordeling van een transactie is nog belangrijker als een meldingsplichtige door het doen van een melding zijn geheimhoudingsplicht schendt. Er zijn dan twee plichten die met elkaar botsen, zodat een afweging daarvan nauw luistert.

Uit de bestuursrechtelijke rechtspraak valt aldus op te maken dat een meldplicht op grond van de subjectieve indicator niet per definitie gegeven is als sprake is van 'aandachtspunten' of risicocriteria. De beoordeling ligt bij de instelling. Als die op basis van argumenten kan aanvoeren dat er geen aanleiding bestond te vermoeden dat de transactie geen verband hield met witwassen, dient te worden

geconcludeerd dat geen sprake is van een meldplicht.

### 3.3.2. Subjectieve indicator in het strafrecht

In het strafrecht zijn weinig uitspraken (gepubliceerd) waarin is geconcludeerd tot een meldplicht op grond van de subjectieve indicator.<sup>35</sup> Niettemin heeft de rechtspraak – en ook zeker het aantal strafrechtelijke onderzoeken<sup>36</sup> – in recente jaren een vlucht genomen, vermoedelijk doordat de opsporingsinstanties fors zijn gaan inzetten op het afdwingen van normconform gedrag.

Rechtbank Amsterdam kwam in 2019 tot een veroordeling van een administratieconsulent wegens het niet melden van ongebruikelijke transacties op grond van de subjectieve indicator. Volgens de rechtbank is het niet relevant dat de verdachte niet heeft onderkend dat deze transacties ongebruikelijk waren, omdat de verdachte de ongebruikelijkheid 'had moeten zien'. Er mag kennelijk een zekere deskundigheid worden verwacht (een soort impliciete Garantenstellung). Dat de verdachte onvoldoende kennis van de regelgeving had staat niet aan een veroordeling in de weg. De rechtbank overweegt vervolgens ten aanzien van het kleurloos opzet: 'Bovendien zijn de voorschriften van de Wwft ordeningsrecht. Daarvoor geldt dat 'kleurloos' opzet voldoende is. Niet vereist is dat het opzet van verdachte ook gericht was op de niet naleving van de wettelijke verplichtingen. Dat verdachte op het moment van de verwerking van de transacties onvoldoende kennis van de regelgeving had, staat aan het bewijs van opzet op het niet melden van de ongebruikelijke transacties niet in de weg'.<sup>37</sup> Deze administratieconsulent die het mogelijk ongebruikelijke karakter van de transacties niet had onderkend, werd dus veroordeeld door de rechtbank.

Hof Amsterdam veroordeelde op 18 september 2020 een accountantskantoor wegens het niet melden op

31. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 29 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:233, r.o. 5.4.

32. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 5 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:58.

33. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 5 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:58, r.o. 5.4.

34. Rechtbank Rotterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9752.

35. Met een zoekslag op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) op de woorden 'wwft subjectieve indicator' krijgen we slechts 18 resultaten waarbij een aantal individuele zaken bovendien uit hetzelfde strafrechtelijke onderzoek voortkomen.

36. Zie bijvoorbeeld de door het aangeboden transactie aan een textielabrikant voor het niet voldoen aan cliëntenonderzoek (boete van € 205.000). 'Textielfabrikant Vlisco betaalt 205.000 euro voor niet naleven Wwft', *Nieuwsbericht OM* van 16 april 2020, via <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2020/04/16/textielfabrikant-vlisco-betaalt-205.000-euro-voor-niet-naleven-wwft>. Overigens wordt in het nieuwsbericht op de website van FIU-Nederland ten onrechte gesteld dat de boete tevens is opgelegd wegens het niet melden van ongebruikelijke transacties. Dat is incorrect. 'Te weinig gevraagd, te weinig onderzocht', *Nieuwsbericht FIU-Nederland* van 30 april 2020, via <https://www.fiu-nederland.nl/nl/te-weinig-gevraagd-te-weinig-onderzocht-0>.

37. Rechtbank Amsterdam 27 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8873.

grond van de Wwft.<sup>38</sup> Dit accountantskantoor was in eerste aanleg nog vrijgesproken door de rechtbank. Interessant aan deze zaak is dat het een bewuste keuze was geweest van dat kantoor om niet te melden: juist na de aanvankelijke beoordeling dat mogelijk sprake was van de subjectieve indicator, kwam het accountantskantoor na vragen aan diens klant over betalingen en de herkomst van het geld tot het oordeel dat geen sprake was van een meldingsplicht. Het hof concludeerde echter dat de transacties wel hadden moeten worden gemeld op grond van de subjectieve indicator. Met andere woorden: het accountantskantoor had een verkeerde afweging gemaakt ten aanzien van de subjectieve indicator. Vervolgens maakt het hof gemakkelijk de stap naar de bewezenverklaring van het vereiste kleurloos opzet: *‘De verdachte heeft er in de persoon van haar bestuurder en feitelijk leidinggever Naam 1 bewust voor gekozen de in de tenlastelegging genoemde transacties niet te melden bij de Financiële inlichtingen eenheid. Daarmee is voldaan aan het voor het plegen van een economisch misdrijf vereiste zogeheten kleurloos opzet. Het tenlastegelegde kan worden bewezenverklaard.’* Dus ook hier is zichtbaar dat de stap naar kleurloos opzet bij de subjectieve indicator vrij snel wordt gezet, ondanks een eerdere afgewogen beslissing van de instelling zelf.

Ook Rechtbank Den Haag veroordeelde een administratiekantoor wegens het niet melden van transacties op grond van de subjectieve indicator.<sup>39</sup> Doordat verschillende aandachtspunten uit de leidraden van toepassing waren (die de rechtbank ten onrechte al kwalificeert als ‘subjectieve indicatoren’), was volgens de rechtbank sprake van ongebruikelijke transacties. De transacties hadden vragen moeten oproepen bij de verdachte en het had op diens weg gelegen om navraag te doen naar de aard en inhoud van mondelinge leningsovereenkomsten. Dat had de verdachte echter nagelaten. Vervolgens overweegt de rechtbank dat het gaat om kleurloos opzet bij het ordeningsrecht: *‘Met andere woorden: de namens verdachte gestelde ontbrekende kennis van de regelgeving staat aan het bewijs van het opzet op het niet melden van de ongebruikelijke transacties niet in de weg’.* Een paar weken later kwam Rechtbank Den Haag wederom tot een veroordeling, ditmaal wegens het niet melden van contante stortingen (van in totaal € 491.740) die moesten worden aangemerkt als ongebruikelijke transacties gelet op de subjectieve indicator.<sup>40</sup> De rechtbank doet eigenlijk niet meer dan het opsommen van de aandachtspunten uit de leidraad (en kwalificeert dit wederom als subjectieve indicatoren). Wat de rechtbank niet doet, is uitdrukkelijk kijken naar de beoordeling van de instelling zelf. Vervolgens volgt dezelfde overweging over het kleurloos opzet, aangevuld

met overwegingen omtrent de onderzoeksplicht van de onderneming: *‘Anders dan namens de verdachte is aangevoerd, wordt er van verdachte wel verwacht dat zij op de hoogte is van de voor haar van toepassing zijnde regelgeving. Van een onderneming mag bovendien een zekere deskundigheid worden verwacht van het terrein waarop zij zich begeeft. Bovendien kan een onderneming voor de inhoud van regelgeving aankloppen bij een beroepsorganisatie’.*

Uit de gepubliceerde strafrechtspraak over de subjectieve indicator valt te destilleren dat in recentere rechtspraak iets meer aandacht lijkt te bestaan voor de eigen beoordeling door de instelling (destijds). Niettemin volgt steeds een veroordeling (al dan niet na vrijspraak in eerste aanleg) omdat volgens de strafrechter de subjectieve indicator van toepassing was en de instelling dus tot een verkeerde conclusie is gekomen met betrekking tot de (on)gebruikelijkheid van de transactie. De stap naar kleurloos opzet wordt vervolgens heel – volgens ons: te – gemakkelijk genomen. Als de instelling na zorgvuldig onderzoek heeft geconcludeerd dat géén sprake was van een ongebruikelijke transactie, dan ontbreekt in beginsel het kleurloze opzet op het niet-melden van een *ongebruikelijke* transactie. Ondanks dat kleurloos opzet niet gericht is op de wederrechtelijkheid van de handeling, moet het kleurloze opzet wel gericht zijn op de ongebruikelijkheid van de transactie. De rechter moet zich daar aan de hand van bewijsmiddelen een oordeel over vormen en kan dit niet ‘wegschrijven’ onder verwijzing naar kleurloos opzet en het niet bekend hoeven te zijn met het wederrechtelijke karakter van de handeling. Een instelling wordt gelet op de impliciete ‘garantenstellung’ als deskundig gezien, zodat de rechter in beginsel ook af zou moeten kunnen gaan op de deskundigheid van de beoordeling van de instelling zelf met betrekking tot de beoordeling omtrent de (on)gebruikelijkheid van de transactie. Voor de vaststelling van kleurloos opzet voor de subjectieve indicator moet de rechter aan de hand van bewijsmiddelen vaststellen dat de door de instelling getrokken conclusie (omtrent de (on)gebruikelijkheid van de transactie) niet juist is, en daarbij acht slaan op de veronderstelde deskundigheid van de instelling zelf.

### 3.3.3. Subjectieve beoordeling van de objectieve Wwft-verplichtingen

Om de rechtspraak goed te kunnen plaatsen, biedt een korte uitstap naar gepubliceerde rechtspraak over zaken waarin is of had moeten worden gemeld op basis van de *objectieve* indicator houvast. Een interessant onderzoek in dat kader is dat van Beekhuis en De Zanger.<sup>41</sup> Zij onderzochten gepubliceerde rechtspraak tot 17 oktober 2019 waarbij strafrechtelijke vervolging plaatsvond van de meldersgroep

38. Hof Amsterdam 18 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2693.

39. Rechtbank Den Haag 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBD-HA:2016:13678.

40. Rechtbank Den Haag 28 oktober 2016, ECLI:NL:RBD-HA:2016:11828.

41. T. Beekhuis en W.S. de Zanger, ‘De niet meldende Wwft-plichtige handelaar in het strafrecht’, *Delikt en Delinkwent* 2019/65.

‘handelaren’ wegens het niet melden van ongebruikelijke transacties. Zij kwamen overigens op grond van de tot dat moment gepubliceerde rechtspraak tot de conclusie dat handelaren niet strafrechtelijk werden vervolgd wegens het niet melden van ongebruikelijke transacties op grond van de subjectieve indicator. Onze praktijk leert inmiddels anders.

Uit het onderzoek van Beekhuis en De Zanger komt het beeld naar voren dat het ontbreken van kennis van de meldingsplicht niet wordt gehonoreerd als verweer voor de handelaar gericht op het kleurloos opzet. Dit constateren wij ook gelet op de rechtspraak anno 2021. Het uitgangspunt is en blijft dat de ondernemer geacht wordt de wet te kennen. Sterker nog, Beekhuis en de Zanger signaleren in hun onderzoek dat de rechtbank de ondernemer die zich niet heeft ingespannen om op de hoogte te geraken van de op hem van toepassing zijnde regelgeving, dat juist *meer* wordt verweten.<sup>42</sup>

Vanzelfsprekend moet voor een veroordeling eerst door het Openbaar Ministerie worden bewezen dat sprake is van een transactie die onder de Wwft-regelgeving valt én dat sprake is van een ongebruikelijke transactie. Als dat kan worden bewezen, komt de vraag aan bod of sprake is van kleurloos opzet. Eerder schreven we al dat een verweer gericht op het opzet (zijnde het niet kennen van de Wwft-regelgeving) gelet op de gepubliceerde rechtspraak geen kans van slagen heeft, maar dit kan mogelijk anders liggen als zo’n verweer wordt ingekleed gericht op de schulditsluitingsgrond ‘afwezigheid van alle schuld’. Weliswaar raakt het niet kennen van de wetgeving de strafbaarstelling van economische delicten niet, maar in sommige zaken is het zo dat geen sprake is geweest van onbekendheid met de wet, maar juist van een (weliswaar door het OM als onjuist bestempelde) beoordeling van de toepasselijkheid van die wet. Er kan dan sprake zijn van verontschuldigbare rechtsdwaling, omdat ten tijde van het begaan van het feit de meldingsplichtige in de overtuiging verkeerde dat zijn gedraging niet ongeoorloofd was. De Hoge Raad overwoog in een arrest van 9 mei 2017: *‘Vooropgesteld moet worden dat voor het slagen van een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het bewezenverklaarde, vereist is dat aannemelijk is dat de verdachte heeft gehandeld in een verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorloofde van de hem verweten gedraging. Van een zodanige onbewustheid kan slechts sprake zijn, indien de verdachte ten tijde van het begaan van het feit in de overtuiging verkeerde dat zijn gedraging niet ongeoorloofd was.’*<sup>43</sup> Als een instelling in de overtuiging verkeerde dat de transactie niet hoefde te worden gemeld en dat het handelen dus geoorloofd was, dan raakt dit de verwijtbaarheid. Aspecten als de

bij de instelling bekende omstandigheden, het door hem verrichte onderzoek – en zulks in het licht van de op dat moment toegankelijke informatie – zijn daarbij van belang. Daarmee heeft hij gehandeld in een verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorloofde van de hem verweten gedraging en is sprake van afwezigheid van alle schuld.<sup>44</sup>

Een recente zaak waarin wij zo’n mogelijk verontschuldigbare subjectieve beoordeling van Wwft-verplichtingen (ook bij de objectieve indicator) zien terugkomen is het arrest van Hof Amsterdam van 30 oktober 2020 waarin een handelaar in edele metalen werd veroordeeld voor het overtreden van de Wwft.<sup>45</sup> De handelaar had op grond van een objectieve indicator moeten melden omdat de samengestelde transacties boven het drempelbedrag uitkwamen. De subjectieve indicator was in deze zaak dus niet aan de orde, maar er wordt een interessant verweer gevoerd over de uitleg van ‘samengestelde transacties’. De Algemene leidraad Wwft bevatte ten tijde van de feiten nog geen aanwijzing over hoe dit begrip moest worden uitgelegd. Het hof concludeert dat een aantal van de transacties moest worden gemeld, maar overweegt dat de verdachte gelijk heeft dat over het criterium in de praktijk verschillend kan worden gedacht en dat nu de uitleg nog niet werd gegeven, de verdachte hier het voordeel van de twijfel moet krijgen.<sup>46</sup> Een aantal transacties kwalificeren dus niet als ‘samengestelde transacties’ en valt daardoor buiten de meldplicht. Wij zien hier een parallel met een verontschuldigbare uitleg van de Wwft omdat voor de vraag of sprake is van samengestelde transacties ook een beoordeling door de meldingsplichtige nodig is. Het is dus niet zo dat bij een objectieve indicator in zijn geheel geen beroep op afwezigheid van alle schuld zou kunnen plaatsvinden. Bij Hof Amsterdam kaatst de vervolging echter al af op het bestanddeel ‘ongebruikelijke transactie’, waardoor de vraag of sprake is van verwijtbaarheid niet meer aan bod komt. Ten aanzien van de samengestelde transacties die volgens Hof Amsterdam wel gemeld hadden moeten worden, wordt ook in dit arrest de stap naar kleurloos opzet snel gemaakt op basis van de inmiddels bekende overweging dat sprake is van ordeningsrecht en dat kleurloos opzet voldoende is. Ontbrekende kennis van de regelgeving staat aan het bewijs van opzet dus niet in de weg.

42. T. Beekhuis en W.S. de Zanger, ‘De niet meldende Wwft-plichtige handelaar in het strafrecht’, *Delikt en Delinkwent* 2019/65, par 3.3.

43. Hoge Raad 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:827, specifiek r.o. 2.3. Onder verwijzing naar het arrest van 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1490, r.o. 3.5.

44. Zie in vergelijkbare zin A.R. Hartmann & I. Kroes, ‘Opzet in economische strafzaken in perspectief: een aanzet tot nadere meningsvorming’, *TvS&O* 2016, nr. 4, par. 5.

45. Hof Amsterdam 30 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2898 (boete van € 4.000), in samenhang met Hof Amsterdam 30 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2899 (boete van € 15.000).

46. Hof Amsterdam 30 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2899, onder ‘Samengestelde transacties’.

#### 4. Hoe verhoudt de subjectieve indicator zich tot kleurloos opzet?

Wij signaleren aldus twee problemen in Wwft-zaken rondom de beoordeling door een instelling of sprake is van de subjectieve indicator. Ten eerste wordt door de toezichthouder of opsporingsinstantie te snel uitgegaan van de aanwezigheid van zo'n subjectieve indicator en ten tweede wordt te makkelijk de stap gezet naar van de (achteraf aanwezig geachte) subjectieve indicator naar het (kleurloos) opzettelijk niet melden van een ongebruikelijke transactie. Het is van belang om deze problemen te onderkennen en hierop actie te ondernemen, nu deze problemen niet alleen een grote onzekerheid veroorzaken of al dan niet strafbaar zou zijn gehandeld, maar ook het 'voorzichtigheidshalve' vaker melden door instellingen in de hand werkt. Een scherpere beoordeling is niet alleen van belang om een wildgroei aan meldingen te voorkomen, maar ook om risico's voor instellingen in relatie tot hun klanten voor het onnodig melden te beperken.

De subjectieve indicator omvat de subjectieve afweging van de instelling ter invulling van het bestanddeel 'ongebruikelijke transactie'. Als de rechter tot het oordeel komt dat ondanks de andersluidende beoordeling van de instelling wel sprake is van een ongebruikelijke transactie, blijkt in de praktijk de stap naar kleurloos opzet ontzettend snel gezet.<sup>47</sup> Als de instelling geoordeeld heeft dat die transactie *niet* ongebruikelijk was, dan verwordt de eigen beoordeling of in dat specifieke geval sprake is van (kleurloos) opzettelijk handelen tot een wassen neus indien dat opzet wordt aangenomen simpelweg omdat geen melding is gedaan. De ongebruikelijkheid van de transactie – naar de subjectieve beoordeling van de instelling – staat immers nog steeds ter discussie. Er wordt volgens ons niet genoeg aandacht geschonken aan de subjectieve beoordeling die *uitdrukkelijk* bij de instelling ligt op grond van de wetgeving. Dat moet worden beoordeeld ten tijde van het niet melden en niet achteraf, zoals in opsporingsonderzoeken helaas regelmatig voorkomt. De opsporingsinstantie gaat nu te snel uit van de aanwezigheid van de subjectieve indicator, onder meer omdat wordt 'terug-gerechercheerd' en met de kennis van een later moment wordt gekeken naar feiten en omstandigheden van destijds. In onze optiek is dit het manco in dergelijke onderzoeken. Te vaak en te gemakkelijk wordt informatie die achteraf is verkregen of inzicht dat later is gekomen de meldingsplichtige verweten. Bovendien is het zo dat wat voor de een (on)gebruikelijk is, voor de ander niet (on)gebruikelijk hoeft te zijn. Er is dus niet één enkele regel te formuleren die voor alle situaties opgaat, juist dáárom is in onze optiek de subjectieve indicator geïntroduceerd.

In de praktijk zien we te vaak dat iemand (bijvoorbeeld een belastingplichtige) als 'witwasser' wordt

bestempeld, waarna vervolgens de meldingsplichtige (bijvoorbeeld de belastingadviseur) erop wordt aangesproken dat 'zij hadden moeten onderkennen dat deze persoon een witwasser is' en dus de ongebruikelijke transactie hadden moeten melden. Dit miskent de rol die bijvoorbeeld een adviseur ten opzichte van zijn cliënt heeft, omdat hij dan uitsluitend als poortwachter van FIU-Nederland wordt geponeerd. Verzaking van deze rol kan de adviseur een eigen verdenking van een strafbaar feit opleveren en dit kan ertoe leiden dat een adviseur diens cliënt onnodig zal moeten 'framen' ter disculpatie van eigen boete- of strafaansprakelijkheid. Ook wordt als uitwas van witwasonderzoeken regelmatig een bezoek gebracht aan 'verkopers van goederen' die net het ongeluk hebben gehad de betreffende witwasverdachte producten te hebben verkocht. Dat de betreffende klant achteraf bezien door de opsporingsinstanties wordt onderzocht, betekent niet zonder meer dat de instelling destijds aanleiding had om te veronderstellen dat de transactie verband kon houden met witwassen. Dan moet er toch echt meer aan de hand zijn dan een enkele contante betaling om van de aanwezigheid van de subjectieve indicator te kunnen spreken.<sup>48</sup> Dat wordt door de opsporingsinstanties echter zelden onderkend.

De geobjectieerde uitleg van de subjectieve indicator die we in rechtspraak (en dan vooral in de strafrechtspraak in tegenstelling tot boetezaken) zien terugkomen strookt naar onze opvatting niet met de bedoeling van de wetgever en doet geen recht aan zaken waarin de instelling wel degelijk zorgvuldig heeft nagedacht over de vraag of sprake is van een meldplicht in een specifiek geval. Tijdens een opsporingsonderzoek moet worden vastgesteld over welke informatie de instelling ten tijde van de (niet gedane) melding beschikte. Dat is juist lastig terug te beredeneren als de opsporingsinstantie met de kennis van later een oordeel moet geven over toen. Over een gekleurde visie gesproken. Het gaat er om over welke informatie de instelling destijds beschikte en of deze *gelet daarop* een andere afweging had moeten maken.

Eerst moet worden beoordeeld of de instelling vanuit de eigen beoordelingsruimte de subjectieve indicator op goede gronden al dan niet aanwezig heeft geacht. Dat is stap 1 en behelst in essentie de vraag of sprake was van een ongebruikelijke transactie. Om die vraag te beantwoorden is ook de besproken bestuursrechtelijke rechtspraak over de subjectieve indicator behulpzaam, nu daaruit valt op te maken dat een meldplicht op grond van de subjectieve indicator niet al per definitie gegeven is als sprake is van 'aandachtspunten' of risicocriteria zoals opgesomd in de verschillende leidraden. De instelling moet zelf beoordelen of sprake is van een ongebruikelijke transactie. Als de instelling ge-

47. Zoals in Hof Amsterdam 18 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2693.

48. Zie bijvoorbeeld het nieuwsbericht 'Directeur Alphens keukenbedrijf zat toch niet fout bij contante betaling van 85.000 euro', *Algemeen Dagblad* 31 oktober 2019.

fundeerd kan aanvoeren dat er geen aanleiding bestond te vermoeden dat de transactie verband hield met witwassen, dient te worden geconcludeerd dat geen sprake is van een ongebruikelijke transactie die moest worden gemeld. Die (bestuursrechtelijke) benadering (in tegenstelling tot de enigszins gemakzucht uitstralende lijn in de strafrechtspraak) is volgens ons meer in lijn met de bedoeling van de subjectieve indicator. De beoordeling ten tijde van het opleggen van een boete of het instellen van een strafvervolgning is dus allereerst: was *destijds* sprake van een ongebruikelijke transactie die had moeten worden gemeld?

Als wel sprake was van een ongebruikelijke transactie, dan was er dus een meldplicht. Dan kom je in het strafrecht bij stap 2: is sprake van opzettelijk niet melden van een ongebruikelijke transactie? Deze stap kan niet vrijwel automatisch worden genomen. Kleurloos opzet is nog steeds opzet. En de instelling die een bewuste, gefundeerde afweging heeft gemaakt – zoals uitdrukkelijk bepaald in de wet! – omtrent de ongebruikelijkheid van een transactie komt een verweer over de mate van verwijtbaarheid toe. In het bestuursrecht lijkt dit te worden onderkend, maar er mag (moet!) meer aandacht voor zijn in het strafrecht. Het kleurloos opzet op de ongebruikelijkheid van een transactie kan niet zonder meer worden bewezen indien de verdachte stelt met kennis van zaken en vanuit haar expertise de transactie te hebben beoordeeld en tot de conclusie te zijn gekomen dat géén sprake is van ongebruikelijkheid. Bij deze vaststelling zou de rechter moeten meewegen dat de instelling in beginsel als deskundig moet worden beschouwd en dat de instelling diens sector het beste kent. Omdat de deskundigheid van de instelling als het ware is gegeven, zou eerst als er evident geen sprake is van een deskundige afweging (waar de rechter dan onderzoek naar zou moeten doen) kunnen worden gesteld dat het oordeel van de instelling destijds onjuist is geweest.

Een open norm zoals de subjectieve indicator is – gelet op al het voorgaande – niet geschikt om punitieve gevolgen aan te verbinden, zeker niet in het ordeningsrecht. In ieder geval moet veel terughoudender worden omgegaan met punitieve handhaving op niet naleving van de Wwft op grond van de subjectieve indicator. Uitgangspunt is en blijft dat de beoordeling of *destijds* sprake was van de subjectieve indicator bij de instelling ligt.

## 5. Afsluitend

Dat na het oordeel over de subjectieve indicator veelal nagenoeg direct wordt uitgegaan van een bewijsbaar economisch delict is te kort door de bocht en doet geen recht aan de subjectieve invulling van het kleurloos opzettelijk niet melden van een ongebruikelijke transactie. De inkleuring van de beoordelingsruimte van de instelling – achteraf, door opsporingsinstanties met meer expertise en meer kennis – is problematisch en treedt buiten de verantwoordelijkheden die door de wetgever bij de

instellingen zijn neergelegd. Te vaak wordt achteraf met de wetenschap van nu gekeken naar de in het geding zijnde transactie en wordt tot de ongebruikelijkheid geoordeeld. Dit terwijl moet worden beoordeeld of de instelling *op dat moment* in het verleden op goede gronden heeft gemeend wel of niet melding te maken van een ongebruikelijke transactie. Door het kleurloze opzet leidt de invulling van de meldingsplicht destijds met de wetenschap van nu er in de regel toe dat een veroordeling volgt voor een economisch delict, terwijl de instelling destijds op goede gronden kan hebben gemeend dat niet hoefde te worden gemeld op grond van de subjectieve indicator. Dat moet anders. De rechter moet terughoudender zijn met het bestraffen vanwege de open norm van de subjectieve indicator. Bovendien is dan ook het bijkomend gevolg weinig aantrekkelijk voor de rechtspleging. Als elke instelling een boete of strafrechtelijke veroordeling boven zijn hoofd ziet hangen, dan zal dat ertoe leiden dat een instelling ter voorkoming van zijn eigen aansprakelijkheid zekerheidshalve *elke* transactie gaat melden. FIU-Nederland wordt al overspoeld door meldingen en zal dan helemaal door de ongebruikelijke bomen het daadwerkelijk verdachte bos niet meer zien.