

# Kroniek

## Kroniek ondernemingsstrafrecht

Tweede helft 2017

Prof. mr. H.J.B. Sackers (red.), mr. A.A. Feenstra, prof. dr. R.C.P. Haentjens, mr. dr. I. Koopmans, mr. J. Boonstra-Verhaert, mr. dr. E. Sikkema, mr. A. Verbruggen, mr. dr. drs. B. van de Vorm en mr. dr. J.S. Nan

### Inleiding

Prof. mr. H.J.B. Sackers (red.)

42 De veelzijdigheid aan strafrechtsgebieden die het ondernemingsstrafrecht kleurt, dwingt bij het aanbieden van een kroniek over de tweede helft van 2017 tot keuzen. Die betreffen de rechtsgebieden waarvan hierna verslag wordt gedaan met de meest relevante ontwikkelingen op het gebied van rechtspraak, wet- en regelgeving. Onder-tussen dient de in het ondernemingsstrafrecht geïnteresseerde lezer ervan bewust te worden gemaakt dat deze kroniek enerzijds geen verdere reikwijdte heeft dan de periode die zij beslaat, en anderzijds dat zich ook elders in het strafrecht ontwikkelingen hebben voorgedaan waarvan het signaleren hier niet misstaat.

Daarbij hebben in de eerste plaats ontwikkelingen uit het commune straf(proces)recht te gelden. In vogelvlucht passeren enkele de revue. Op strafvorderlijk gebied trekken twee arresten van de Hoge Raad over het oproepen en verhoren van getuigen de aandacht.<sup>1</sup> Neemt de Hoge Raad in het eerste arrest de moeite nog eens uit te leggen hoe het precies zit met het aanleggen van het criterium van het verdedigingsbelang tegenover het noodzaakcriterium, in het tweede arrest (het zogenoemde Post-Vidgen-arrest) bespreekt de Hoge Raad de vraag hoe het zit met een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om getuigen in enig stadium van het geding te (doen) horen. Uit enkele andere arresten lijkt zich een richting te vormen die antwoord moet geven op de vraag of, en zo ja in welke gevallen het zwijgen van de

verdachte ‘*clearly calls for an explanation*’.<sup>2</sup> Een tamelijk praktisch ingestelde vraag beheerst HR 14 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2863, namelijk hoe vaak een beklag tegen beslag mag worden ingediend. Volgens de Hoge Raad mag dat net zo vaak, zolang (nog) niet evident ten gronde op het beklag is beslist, en het belang van strafvordering voortduurt. De klager is in een hernieuwd beklag eerst niet-ontvankelijk indien daarin enkel een beroep wordt gedaan op feiten en/of omstandigheden waarop hij in het eerdere klaagschrift of bij gelegenheid van de behandeling daarvan een beroep heeft gedaan.

Op het gebied van het materiële strafrecht valt HR 31 oktober 2017, ECLI:NL:2017:2799, op, waarin medeplegen wordt aangenomen bij samengestelde medeplichtigheid hierin bestaande dat de verdachte vooraf, tijdens en na afloop van het gronddelict een scala aan activiteiten had ontplooid, die los van elkaar niet meer dan behulpzaamheid inhielden, maar juist door de opeenvolging de conclusie van medeplegen rechtvaardigden. Tot slot wordt (op het gebied van de delicten) op HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2483, gewezen, waarin *phishingfraude* is aangemerkt als een vorm van witwassen.

Een arrest dat zijn schaduw ook voor het ondernemingsstrafrecht vooruitwerpt is HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1114, een belangwekkend arrest over het leerstuk van de samenloop dat decennialang als Doornroosje een slapend bestaan heeft geleid. Het arrest bespreekt artikel 57 Sr (meerdaadse samenloop), artikel 55 (eendaadse samenloop) en artikel 56 Sr (voortgezette

1. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015 en 1219; HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1017.

2. HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2534.

handeling). De rechtspraak van de Hoge Raad over eendaadse samenloop kenmerkte zich tot dusver door een sterk accent op de strekking van de aan de orde zijnde strafbepalingen. Indien die strekking uiteenliep, was volgens vaste rechtspraak geen sprake van één feit in de zin van artikel 55 Sr, maar van meerdaadse samenloop. De voortgezette handeling kwam (eerst) aan de orde, indien de verschillende strafbare feiten gelijksoortig zijn, chronologisch gezien een nauw verband hebben en er aan de gedragingen van de verdachte één ongeoorloofd wilsbesluit ten grondslag ligt. De Hoge Raad vat zijn eigen rechtspraak bondig samen: de sterk juridisch getinte toetsing met een nadruk op de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de verschillende betrokken delictsomschrijvingen strekken, leidt tot een (zeer) beperkt bereik van de regeling van de eendaadse samenloop. Hetzelfde kan worden gezegd over de voortgezette handeling als gevolg van de aanname dat aan iedere strafbare gedraging (of onderdeel daarvan) een afzonderlijk (ongeoorloofd) wilsbesluit ten grondslag ligt of moet liggen. Wie of wat is nu de koningszoon die Doornroosje wakker kust? Recente wetgeving (de Hoge Raad noemt met name de wetgeving inzake heling en witwassen) geeft aanleiding tot zorg over het wegvallen van voldoende bescherming tegen ‘dubbele bestraffing’. Dit betekent dat de samenloopregeling (en dan meer in het bijzonder de eendaadse samenloop en de voortgezette handeling) daarvoor ook daadwerkelijk voldoende ruimte en de verdachte voldoende bescherming moet bieden. Naar huidig inzicht staat volgens de Hoge Raad een enigszins uiteenlopen van de strekking van de desbetreffende strafbepalingen niet (meer) in de weg aan het aannemen van eendaadse samenloop indien het in essentie om hetzelfde feitencomplex gaat. Een dergelijk uiteenlopen mag evenmin nog langer een blokkade voor het aannemen van een voortgezette handeling vormen. In het bijzonder verdient aandacht dat de rechter ruimte heeft voor het aannemen van eendaadse samenloop of van een voortgezette handeling, ook indien de bewezenverklaring valt onder meerdere strafbepalingen met een enigszins uiteenlopende strekking. Voor de eendaadse samenloop komt het vooral aan op de vraag of de bewezenverklarde gedragingen in die mate een samenhangend, zich min of meer op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex opleveren, dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt. Voor de voortgezette handeling komt het erop aan of de verschillende bewezen verklaarde, elkaar in de tijd opvolgende gedragingen (ook met betrekking tot het ‘wilsbesluit’) zo nauw met elkaar samenhangen dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt. Dit alles brengt naar het oordeel van de Hoge Raad mee dat het toepassingsbereik van de regelingen over eendaadse samenloop en voortgezette handeling ruimer is dan (wellicht) tot nu toe kon worden afgeleid uit de eerdere rechtspraak waarin vooral de verschillen in de strekking van de betrokken strafbepalingen centraal stonden.

Naast deze jurisprudentiële bijzonderheden uit het commune strafrecht volgen nog enige opmerkingen over

ontwikkelingen op het terrein van het bestuurlijke strafrecht en dan in het bijzonder over de bestuurlijke boetes, waarmee (zeker ten aanzien van rechtspersonen) kwistig wordt gestrooid. Steeds meer treedt bij procedures waarin de (hoogte van de) boete wordt aangevochten voor het voetlicht dat het bestuursprocesrecht onvoldoende is toegerust om adequaat te reageren op strafrechtelijk getinte verweren. Voor strafrechtelijk georiënteerde juristen is het (weerlegbare) bewijsvermoeden uit het bestuursrecht nog immer een moeizaam te bevatten hindernis. De veelbesproken conclusie van staatsraad A-G Keus over bewijsvraagstukken in bestuurlijke boetezaken is op dit punt meer dan illustratief.<sup>3</sup> Een duidelijk voorbeeld komt uit een arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad, waarin de vraag naar de mogelijkheid van het horen van anonieme getuigen op zitting aan de orde kwam.<sup>4</sup> In het (doen) horen van anonieme getuigen is in de Algemene wet bestuursrecht niet voorzien. Als al zou kunnen worden aanvaard dat in een bestuursrechtelijke procedure anonieme getuigen acteren, dan is volgens de Hoge Raad een voorziening, in overeenstemming met de inhoud van artikel 126a e.v. Sv, geboden. Overigens is de vrees van een getuige dat hij zich (niet-anoniem verklarend) blootstelt aan het risico dat zijn verklaring tot een naheffingsaanslag en bestuurlijke boete kan leiden, geen argument om anoniem te worden gehoord. En zie, hiermee is het bruggetje geslagen naar de eerste inhoudelijke paragraaf van deze kroniek.

## Fiscaal strafrecht

*Verzorgd door mr. A.A. Feenstra*

### Wetgeving

In de vorige kroniek werd al gerefereerd aan de mededelingen van de staatssecretaris van Financiën dat de inkeerregeling zou worden afgeschaft. In artikel 69, derde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) is opgenomen dat het recht op strafvervolgning van fiscale delicten komt te vervallen indien een belastingplichtige alsnog een juiste en volledige aangifte doet dan wel juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat een of meer van de in artikel 80, eerste lid, bedoelde ambtenaren de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden. De fiscale pendant staat in artikel 67n AWR. Met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2018<sup>5</sup> is artikel 69, derde lid, AWR aangevuld met de navolgende volzin: ‘In afwijking van de eerste volzin vervalt het recht

3. Conclusie staatsraad A-G 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034. Zie ook: M. Feenstra & A. Tollenaar, ‘Kruisbestuiving tussen straf- en bestuursrecht: de ontwikkelingen van de verwijtbaarheid in het bestuursrecht’, *NTB* 2017/39, p. 351-357; en H.E. Bröring & B.F. Keulen, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

4. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2986.

5. Wet van 20 december 2017 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten, *Stb.* 2017, 518.

tot strafvervolgning op de voet van dit artikel niet voor zover de schuldige alsnog een juiste en volledige aangifte doet dan wel juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt die betrekking heeft, onderscheidenlijk hebben, op inkomen uit sparen en beleggen dat in het buitenland is opgekomen. Kort samengevat: de inkeerregeling voor ‘zwartsparenders’ is hiermee afgeschaft. Dit betekent echter niet dat de inkeerregeling volledig buiten werking is gesteld. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat een inkeermelding, ook voor zwartsparenders, nog steeds strafverminderend kan werken en dat per geval zal worden bezien of de overtreding beboeting of strafvervolgning rechtvaardigt. Daarbij wordt het nadeelbedrag, het aantal ontduikingsjaren en recidive meegewogen. Voorts is interessant op te merken dat bij de afschaffing van de inkeerregeling in overgangsrecht is voorzien. Dit houdt in dat de oude inkeerregeling van toepassing blijft met betrekking tot aangiften die vóór 1 januari 2018 zijn gedaan of hadden moeten zijn gedaan, en met betrekking tot inlichtingen, gegevens of aanwijzingen die vóór 1 januari 2018 zijn verstrekt of hadden moeten zijn verstrekt. De inkeerregeling zal derhalve ook voor zwartsparenders in de komende jaren nog steeds een rol van betekenis spelen in het fiscale strafrecht. Zie hierover voorts de paragraaf financieel strafrecht.

### Jurisprudentie

In antwoord op de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake A. en B. tegen Noorwegen, en Jóhannesson e.a. tegen IJsland<sup>6</sup> heeft A-G Campos Sánchez-Bordona in de zaak Menci Luca (aanhangig bij het Hof van Justitie) op 12 september 2017 geconcludeerd.<sup>7</sup> In beide arresten van het Europese Hof staat het *bis*-aspect van het ne bis in idem-beginsel centraal: is sprake van een dubbele vervolging in het geval voor hetzelfde feit zowel een bestuurlijke boeteprocedure als een strafvervolgning wordt ingesteld? Het Europese Hof lijkt de werking van dit beginsel in te perken, in die zin dat als de beide procedures voldoende rekening met elkaar houden en complementair zijn, geen sprake is van een schending van het ne bis in idem-beginsel. De A-G van het Hof van Justitie meent echter dat een andere koers moet worden gevaren. Hij adviseert het Hof om de lijn van het Europese Hof niet te volgen, maar vast te houden aan de rechtsbescherming die wordt geboden in het arrest Åkerberg Fransson.<sup>8</sup> In Åkerberg Fransson wordt een tweede vervolging en bestraffing voor hetzelfde feit in strijd geacht met het ne bis in idem-beginsel zonder daarbij een uitzondering te maken voor samenhangende, parallelle procedures. Een beperking is, zo concludeert de A-G, slechts vereist voor de praktijk van sommige lidstaten. Blijkens de praktijk van andere lidstaten kan criminaliteitsbestrijding ook worden bereikt met één procedure. De uitwerking van artikel 50 van het Handvest dient echter onafhankelijk te zijn van de wil van de

lidstaten. Een nuancering zou het beginsel zodanig complex maken dat niet meer wordt voldaan aan de eisen van voorzienbaarheid en zekerheid. De A-G wil om die redenen vasthouden aan de uitleg van het ne bis in idem-beginsel zoals in het arrest Åkerberg Fransson.

In HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1229, heeft het hof in een ontnemingsprocedure vastgesteld dat de betrokkene was veroordeeld wegens feitelijk leidinggeven aan het door een rechtspersoon plegen van valsheid in geschrift en het meermalen opzettelijk doen van een onjuiste belastingaangifte met als gevolg dat te weinig belasting is geheven. Het hof overweegt hierbij dat artikel 74 AWR bepaalt dat geen ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd ter zake van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten. Het voordeel dat betrokkene mogelijk zou hebben genoten zou zijn behaald door de rechtspersoon en aan die ‘handelingen van de rechtspersoon’ heeft hij feitelijk leidinggegeven. De ontnemingsvordering wordt derhalve afgewezen. Het OM gaat in cassatie en stelt dat artikel 74 AWR niet uitsluit dat aan een feitelijk leidinggever een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd voor door een rechtspersoon gepleegde feiten. De A-G concludeert op basis van een overtuigend betoog met een drietal argumenten dat artikel 74 AWR deze variant niet toestaat. Hij verwijst naar de ratio van artikel 74 AWR in de memorie van toelichting en de uitleg bij en samenhang met de fiscale boetebepalingen op basis waarvan (inmiddels) ook de feitelijk leidinggever kan worden beboet. De Hoge Raad maakt weinig woorden vuil aan de zaak en komt tot het oordeel ‘dat het middel berust op de opvatting dat artikel 74 AWR niet uitsluit dat een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd aan de natuurlijke persoon die aan door een rechtspersoon gepleegde, bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten feitelijke leiding heeft gegeven en uit die feiten, al of niet naast de rechtspersoon, wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.’ De Hoge Raad overweegt dat die opvatting onjuist is. De reikwijdte van artikel 74 AWR beperkt zich derhalve niet tot de pleger van fiscale delicten.

In de vorige aflevering van deze kroniek is aandacht besteed aan het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad waarin hij zich niet alleen uitsprak over de interpretatie van het begrip pleitbaar standpunt in het fiscale recht, maar tevens overwoog dat die interpretatie ook geldt voor het strafrecht.<sup>9</sup> Het leek ondenkbaar dat dit niet was afgestemd tussen de belastingkamer en strafkamer, maar om iedere onduidelijkheid daarover weg te nemen, heeft de strafkamer van de Hoge Raad inmiddels twee keer de letterlijke tekst van het arrest van de belastingkamer overgenomen, namelijk in HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542, en HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3056. Bijzonder om op te merken is dat het arrest van 3 oktober 2017 betrekking heeft op een commuun delict. Het pleitbaar standpunt speelde in de verweren van de verdediging

6. EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, en EHRM 18 mei 2017, nr. 2207/11.

7. Nr. C-524/15, ECLI:EU:C:2017:677.

8. ECLI:EU:C:2013:105.

9. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

weliswaar een rol, maar dat maakt het niet minder opmerkelijk dat de Hoge Raad juist dit arrest aangrijpt om de overwegingen van het pleitbaar standpunt in het fiscale strafrecht te incorporeren. Het roept de vraag op of hieruit niet kan worden afgeleid dat het leerstuk van het pleitbaar standpunt een bredere werking zou kunnen hebben dan enkel in het fiscale strafrecht. Daarnaast is het arrest van 3 oktober 2017 interessant in verband met de bewijsbestemming in de zin van artikel 225 Sr die is toe te kennen aan een bezwaarschrift. In deze zaak had de verdachte namens zijn cliënt een bezwaarschrift ingediend waarin voor de motivering was verwezen naar het daarbij gevoegde en alsnog ingevulde aangiftebiljet. De Hoge Raad oordeelt dat daarin de vaststelling besloten ligt dat dit aangiftebiljet de gronden tot uitdrukking brengt waarop het bezwaar steunt en daarmee als onderdeel van het bezwaarschrift heeft te gelden. Het bezwaarschrift hield het verzoek in aan de inspecteur de aan de cliënt opgelegde ambtshalve aanslag inkomstenbelasting voor het jaar 2007 te heroverwegen. Deze zou tot nihil moeten worden verminderd omdat de cliënt in 2007 geen looninkomsten had genoten, die in het aangiftebiljet dus ook niet waren vermeld. Het hof heeft geoordeeld dat dit bezwaarschrift met als bijlage het aangiftebiljet aldus was bestemd om tot het bewijs van de omvang van die looninkomsten te dienen. De Hoge Raad stelt zich echter op het standpunt dat dit oordeel onjuist is, omdat aan een tegen een belastingaanslag gericht bezwaarschrift als zodanig, voor zover dat bezwaarschrift ertoe strekt het bedrag van de aanslag tot een bepaald bedrag te verminderen, in het maatschappelijk verkeer niet een zodanige betekenis voor het bewijs van de inhoud ervan pleegt te worden toegekend dat daaraan een bewijsbestemming in de zin van artikel 225 Sr toekomt. De Hoge Raad doet vervolgens de zaak zelf af en spreekt de verdachte vrij. Met dit oordeel wordt voorkomen dat niet gehonoreerde standpunten zich al te snel ontwikkelen tot valsheden. Vooral voor de procesgemachtigden zal deze uitspraak een steun in de rug geven dat een voor de inspecteur onwelgevallig verweer niet als valsheid kan worden aangemerkt.

## Financieel strafrecht

*Verzorgd door prof. dr. R.C.P. Haentjens*

### Wetgeving

Europese wet- en regelgeving doet haar invloed op de Nederlandse wet- en regelgeving gelden. In de Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014, wordt de WED gewijzigd.<sup>10</sup> Deze implementatie betreft de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 en verordening nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012. De strafbe-

dreigingen die uit deze wijzigingen voortvloeien, zoals deze zijn opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (om te beginnen met aanvulling van gebruikte definities in artikel 1:1) hebben geleid tot vervanging en uitbreiding van drie bepalingen in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder 2 Wet op de economische delicten (WED): artikelen 2:96, 4:24 en 4:91b Wet op het financieel toezicht (Wft). Een toelichting op de wijziging van de WED op dit punt wordt door de minister van Financiën niet gegeven, anders dan dat deze artikelen worden gewijzigd en dat bij overtreding van de betreffende bepalingen in de Wft een straf of maatregel kan worden opgelegd. Met deze Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 wordt de MiFID II<sup>11</sup> in het Nederlandse financiële recht ‘ingeweven’. De richtlijn MiFID II en de verordening vervangen de richtlijnen markten voor financiële instrumenten.<sup>12</sup> De vervangen richtlijn heeft ‘meer concurrentie, met name tussen de handelsplatformen, Europese integratie en innovatie gebracht naast betere bescherming van beleggers.’ Maar, zo vervolgt de memorie van toelichting op deze wet, ‘de transparantievereisten zijn achtergebleven bij de snelle ontwikkelingen van het landschap van handelsplatformen en handelstechnieken.’<sup>13</sup> Door fragmentatie van de handel is de informatie over koersvorming en liquiditeit van een financieel instrument versnipperd over de diverse handelsplatformen. MiFID II dient meer transparante Europese financiële markten te bewerkstelligen. Tevens is de gelegenheid te baat genomen enkele G20-afspraken uit 2009 in te lossen, die zich richten op transparantie met betrekking tot derivaten die buiten handelsplatformen om (*over the counter*, *oct's*) worden verhandeld. Voorts wordt de *corporate governance* aangescherpt die geldt voor beleggingsondernemingen en exploitanten van gereguleerde markten. Er dient voldoende kennis en vaardigheden aanwezig te zijn bij de leiding van de beleggingsondernemingen. Deze zullen bovendien ook in het kader van de aanscherping van gedragsregels – onder meer – meer informatie moeten verstrekken aan cliënten. De wetgeving kan tevens ertoe bijdragen gemakkelijker dan voorheen verdachte transacties op te sporen. De MiFID II is een alomvattend regelgevend kader voor de handel in financiële instrumenten. Die handel zal, waar toepasselijk, plaatsvinden op multilaterale handelsplatformen, ongeacht de voor de uitvoering van deze transacties gehanteerde verhandelingsmethoden. Dit om te garanderen dat de uitvoering van transacties van beleggers aan de hoogste normen blijft beantwoorden en de integriteit en efficiëntie van het financiële stelsel gehandhaafd blijft.<sup>14</sup> Teneinde de doeleinden van deze wetgeving te garanderen, worden de toezichthoudende functies van de ESMA (*European Securities Market Authority*, het Europese equivalent van de AFM) uitgebreid.

11. MiFID is een acroniem van *Markets in Financial Instruments Directive*. ‘Financieel instrument’ wordt in artikel 1:1 Wft opnieuw gedefinieerd.

12. MiFID I, 2004, PbEU 2004, L 145.

13. *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 583, nr. 3, p. 1.

14. *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 583, nr. 3, p. 2-5.

Hiervoor, in de paragraaf fiscaal strafrecht, is al gewezen op de gewijzigde regeling met betrekking tot de inkeerregeling in belastingzaken. Zowel aan artikel 67n AWR als aan artikel 69 derde lid AWR is een nieuwe volzin toegevoegd. Beide wijzigingen zijn bij amendement in de nieuwe fiscale wetgeving ingevoerd tijdens de behandeling van de Wet wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (overige fiscale maatregelen 2018).<sup>15</sup> Aan de toelichting is met betrekking tot de inkeerregeling die strafrechtelijke gevolgen heeft (niet-ontvankelijkheid van het OM, artikel 69 lid 3 AWR), het volgende te ontleen. De strekking van de amendementen beoogt te bewerkstelligen dat de inkeerregeling niet geheel wordt afgeschaft, maar alleen voor zwartsparenders. De indiener acht het zeer wenselijk dat de regering hiermee een signaal afgeeft aan zwartsparenders dat het niet aangeven van buitenlands vermogen niet onbestraft zal blijven. Tegelijkertijd wordt benadrukt dat de inkeerregeling een belangrijke functie vervult voor belastingplichtigen, die vrijwillig hun aangifte verbeteren. ‘Zij weten vanwege de inkeerregeling dan 100% zeker dat die vrijwillige verbetering binnen twee jaren niet bestraft zal worden. De inkeerregeling wordt dan ook uitsluitend afgeschaft ter zake van verzwegen inkomen uit sparen en beleggen dat in het buitenland is opgekomen.’ Of hiermee de belastingmoraal wordt verhoogd, blijft natuurlijk de vraag. Interessant is in dit verband tevens de Wet van 4 december 2017 tot wijziging van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2016/2258 van de Raad van 6 december 2016 tot wijziging van de Richtlijn 2011/16 EU wat betreft toegang tot anti-witwasinlichtingen door belastingautoriteiten.<sup>16</sup> Uitwisseling van belasting- en anti-witwasinformatie is in toenemende mate in het kader van de aanpak van grensoverschrijdende belastingontwijking en -ontduiking noodzaak, aldus de indieners. Met het wettelijke en Europese instrumentarium wordt beoogd in het buitenland ondergebracht vermogen niet langer uit het zicht van de (fiscale) autoriteiten te laten blijven. Deze wet past dan ook in hetgeen hiervoor als wettelijk instrumentarium is ontworpen om in beslag genomen vermogen in het buitenland te traceren, in beslag te nemen, daarover te beslissen en zo nodig te executeren. Belastingautoriteiten en overheidsdiensten die zich bezighouden met opsporen van witwasdelicten en financiering van terrorisme kunnen nu ook in Europees verband op eenvoudiger wijze bij elkaar ‘leentje-buur’ spelen. Het spreekt voor zichzelf dat ‘privacy’-aspecten een onderwerp van zorg waren voor sommige partijen tijdens de voorbereiding van deze wet. De vraag is in dit verband opgekomen op welk moment de belastingdiensten en de politiediensten hun informatie met elkaar uitwisselen. Thans wordt door het WODC onderzoek gedaan naar het antwoord op de vraag naar de kosten en baten van het ‘integraal afpakken’ en de mogelijkheden tot het (beter) registeren daarvan. Als

uitvloeisel van een indertijd aangenomen motie in de Tweede Kamer over de vraag naar effectieve en rechtstatelijk verantwoorde mogelijkheden om vermoedelijk criminele vermogensposities zo snel mogelijk en liefst buiten medeweten van potentiële verdachten om en voorafgaande aan een strafrechtelijk onderzoek te bevriezen,<sup>17</sup> heeft de minister van Justitie en Veiligheid toegezegd onderzoek te laten doen naar *good practices* ten aanzien van het traceren, bevriezen en confisqueren van criminele vermogens en de toepasbaarheid van die *good practices* in het Nederlandse rechtssysteem.

In aansluiting op het bovenstaande nog een enkele opmerking over het ‘afpakken van crimineel vermogen in het buitenland’. Dit is een lastig thema bij de bestrijding van de internationaal georganiseerde criminaliteit. Vaak beschikken buitenlandse jurisdicties niet over dezelfde mogelijkheden tijdens of na het strafbaar feit strafrechtelijk in te grijpen, ‘opdat misdaad niet mag lonen’. Nederland kent modaliteiten die andere staten niet kennen zoals ‘ander beslag’ (artikel 94a lid 4 en 5 Sv) of het beslag ten behoeve van slachtoffers, terwijl het Nederlandse strafrecht geen ontneming kent bij afwezigheid van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak, de *non-conviction based forfeiture* (in tegenstelling tot bijvoorbeeld Italië). Op grond van Europese wetgeving van 6 december 2007<sup>18</sup> dienen de lidstaten weliswaar over een *Asset Recovery Office* (ARO) te beschikken, terwijl het informele *Camden Asset Recovery Inter-Agency Network* (CARIN) wederzijdse uitwisseling beoogt te bevorderen, maar dat bleek toch onvoldoende adequate samenwerking van de grond te krijgen teneinde een efficiënte internationale inbeslagneming tot stand te brengen. Er was behoefte aan meer sturing. Dat heeft geleid tot de Richtlijn 2014/42/EU van het Europees parlement en de Commissie van 3 april 2014 ‘*on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union*’.<sup>19</sup> Aanpassingen zijn nadien geïncorporeerd in de geconsolideerde tekst. Teneinde de samenwerking in het kader van de wederzijdse rechtshulp op dit terrein te bevorderen wordt thans in EU-verband verder onderhandeld over een verordening die problemen ter zake nog meer zou moeten verminderen. Interessant zal zijn hoe bij een eventuele Brexit gedacht zal gaan worden over de *non-conviction based forfeiture*, die in *common law* jurisdicties veel minder problematisch wordt geacht te zijn dan in *civil law* jurisdicties (met uitzondering van Italië). Teneinde zicht te krijgen op ‘crimineel vermogen’ door de handhavingdiensten zijn Regionale Informatie en Expertise Centra (RIEC’s) opgericht waarin OM, belastingdienst en politie samenwerken. Ook in het kader van de ‘informatiebox crimineel en onverklaarbaar vermogen’ wordt een gezamenlijke aanpak van de overheid beoogd. De minister van Justitie en Veiligheid en de staatssecretaris van

15. Kamerstukken II, 2017-2018, 34 786, nr. 15.

16. PbEU 2016/L 134, *Stb.* 2017, 473 (Kamerstukken 34 771).

17. Kamerstukken II, 2016-2017, 29 911, nr. 162.

18. Council Decision 2007/845/JHA.

19. Pb EU L127/39.

Financiën noemen dat ‘integraal afpakken’.<sup>20</sup> Op dit moment wordt verder onderhandeld over de omzetting van de Richtlijn 2014/42/EU in een verordening, ter zake waarvan een voorstel van het Europees Parlement en de Raad inzake de wederzijdse erkenning van bevelen tot bevoorziening en confiscaties voorligt.<sup>21</sup> Op de vraag hoe het staat met de toereikendheid van het ‘afpakinstrumentarium’ heeft de minister van Justitie en Veiligheid geantwoord dat afpakken van crimineel vermogen een speerpunt is voor het OM, de politie en bijzondere opsporingsdiensten. Daarnaast wordt in het kader van het USB-traject (Uitvoeringsketen Strafrechtelijke Beslissingen), hetgeen ziet op het stroomlijnen van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen, en de modernisering van het Wetboek van Strafvordering verkennend gekeken naar mogelijke doorontwikkelingen van het afpakinstrumentarium. Kan het vager?

### Regelgeving

Op 1 augustus 2017 is met onmiddellijke ingang een nieuwe Aanwijzing OM-strafbeschikking (artikel 257a Sv e.v.) in werking getreden waarbij de oude Aanwijzing is vervallen verklaard.<sup>22</sup> De bevoegdheid hiertoe is geopend bij de Wet OM-afdoening.<sup>23</sup> Het uitvaardigen ervan zal in de eerste plaats de taak van de officier van justitie zijn, maar de wet en de Aanwijzing voorzien tevens erin dat ook gemeenten, provincies, waterschappen en de Belastingdienst de bevoegdheid bezitten. De bevoegdheid bestaat ter zake van strafbare feiten die maximaal met een onvoorwaardelijke straf van zes jaren zijn bedreigd. De Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties,<sup>24</sup> gebaseerd op de Aanwijzing van 2008, is nog steeds onverminderd van kracht.

Bij Besluit van 14 december 2017 zijn de bedragen van de boetecategorieën, zoals bedoeld in artikel 23 Sr per 1 januari 2018 gewijzigd.<sup>25</sup> Dit hangt samen met het bepaalde in lid 9 van artikel 23 Sr dat de bedragen van de geldboeten elke twee jaren op basis van de geldontwaarding bij algemene maatregel van bestuur worden aangepast aan de ontwikkeling van de consumentenprijsindex (in casu 1,1 %). De verhoging geldt op grond van artikel 1, lid 2 Sr voor feiten begaan na 1 januari 2018, nu voor feiten begaan voor 1 januari 2017 de oude tarieven nog gelden. De bedragen zijn respectievelijk, gerekend vanaf de eerste categorie: € 415, € 4.150, € 8.300, € 20.750, € 83.000 en (voor de zesde categorie) € 830.000. De hoogte van de bedragen is vooral relevant met het oog op bestraffing van feiten, begaan door rechtspersonen (artikel 23, lid 7 en lid 8 Sr).

### Aanhangige wetgeving

De Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn is 12 oktober 2017, ruim twee jaren na vaststelling op

20 mei 2015 van deze richtlijn (Pb 2015, L 141) bij de Tweede Kamer ingediend. Deze termijnoverschrijding (te rekenen vanaf 26 juni 2015) lijkt, volgens de vragenstellers in het Verslag, door de regering enigszins te worden gebagatelliseerd.<sup>26</sup> Deze wet beoogt witwassen en financieren van terrorisme tegen te gaan, alsmede – daarmee verband houdend – de uitvoering van verordening (EU) 2015/847 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie en de intrekking van Verordening (EG) nr. 1781/2006.<sup>27</sup> De vierde anti-witwasrichtlijn is als een uitbreiding te beschouwen van de derde anti-witwasrichtlijn, die weer stelde op de tweede en eerste richtlijnen (91/308/EG). De eerste anti-witwasrichtlijn richtte zich op witwassen van drugsgelden en bevatte uitsluitend verplichtingen voor de financiële sector. De tweede richtlijn (2001/97/EG) breidde het toepassingsgebied reeds uit tot een groter aantal strafbare feiten en een omvangrijke aantal categorieën beroepen en personen.<sup>28</sup> Gaandeweg werd het toepassingsbereik uitgebreid: de strikte relatie met drugsgelateerde criminaliteit werd losgelaten en ook de scoop van de normadressaten werd bij elke nieuwe richtlijn (aanzienlijk) uitgebreid. Dit is duidelijk te zien bij de derde anti-witwasrichtlijn (2005/60/EG), die zich richtte naar de aanbevelingen van FATF, waarin sprake is van aangescherpte regels met betrekking tot identificatie en verificatie van de identiteit van de cliënt.<sup>29</sup> In de laatste, vierde richtlijn blijft de focus nog steeds gericht op het gebruik van het financiële stelsel als vehikel voor witwassen van opbrengsten uit criminele activiteiten. Daardoor kunnen, zo schrijven de ministers van Financiën en Veiligheid en Justitie, de integriteit, stabiliteit en reputatie van het financiële stelsel worden geschaad en dat kan een gevaar betekenen voor de ontwikkeling van het stelsel en de interne (Europese) markt.<sup>30</sup> Hetzelfde geldt voor het gebruik van de financiële sector voor het aanwenden van geld voor terroristische doeleinden. ‘Witwassen en terrorisme vormen *daarnaast* [cursive-ring, RH] een ernstige bedreiging voor de samenleving.’ Waren de vorige anti-witwasrichtlijnen vooral gericht op het doen nemen van repressieve maatregelen, deze nieuwe richtlijn beoogt – na Europese evaluatie van de derde anti-witwasrichtlijn<sup>31</sup> – vooral in te zetten op het doen nemen van preventieve maatregelen ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme. In zekere zin absorbeert zij de vorige richtlijnen en vult het bestaande instrumentarium om witwassen en financieren van terrorisme tegen te gaan verder aan. Vanwege

20. Zie de brief van deze bewindslieden, Bestrijding georganiseerde criminaliteit, *Kamerstukken II*, 2017-2018, 29 911, nr. 174, p. 4.

21. COM 2016, 819 final, december 2016.

22. *Stcrt.* 2017, 42314, 25 juli 2017.

23. *Stb.* 2006, 330 en *Stb.* 2007, 160 (hersteloperatie onvolkomenheden).

24. *Stcrt.* 2013, 22031, 26 juli 2013.

25. *Stb.* 2017, 433 en bijbehorende nota van toelichting.

26. *Kamerstukken II*, 2017-2018, 34 808, nr. 5, p. 13. Termijnoverschrijding door de lidstaten bij implementatie van richtlijnen en verordeningen worden in de toekomst dure grappen. Zie de brief van ministers voor Rechtsbescherming en Buitenlandse Zaken van 13 december 2017 betreffende boetes bij overschrijding van implementatietermijnen naar aanleiding van het aangescherpte beleid van de Europese Commissie ter zake (*Kamerstukken II*, 2017-2018, 21 109, nr. 231).

27. PbEU 2015, L 141.

28. PbEG 2001, L 344.

29. PbEU 2005, L 309.

30. *Kamerstukken II*, 2017-2018, 34 808, nr. 3, p. 2.

31. COM 2012 168, 11 april 2012.

het internationale karakter van witwassen en financieren van terrorisme zijn de bepalingen uit de vierde richtlijn afgestemd op de aanbevelingen van de FATF uit februari 2012. Inmiddels staat een vijfde anti-witwasrichtlijn op stapel die moet resulteren in een verordening. Kern van de vierde anti-witwasrichtlijn blijft de twee kernverplichtingen, de verplichting cliëntenonderzoek te doen en de verplichting om ongebruikelijke transacties te melden bij de FIU (Financial Intelligence Unit).

Zoals hiervoor reeds opgemerkt is het aantal normadressaten opnieuw uitgebreid, dit keer met aanbieders van kansspeldiensten en personen die beroeps- of bedrijfsmatig in goederen handelen waarbij contante betalingen worden gedaan of ontvangen van € 10.000 of meer. Deze richtlijn kent, net als de derde anti-witwasrichtlijn, een (kortgezegd) risicogebaseerde benadering, wat de opmerking verdient dat het aan de normadessaat is zelf te bepalen of een verscherpt cliëntenonderzoek dan wel vereenvoudigd onderzoek dient plaats te vinden al naar gelang de omstandigheden van het geval. De opdracht is derhalve: altijd een cliëntenonderzoek. Aan de Europese Commissie en aan de lidstaten is tevens de verplichting opgelegd een (supra)nationale risicobeoordeling op te stellen, teneinde dit als uitgangspunt te kunnen nemen voor verdere ontwikkeling van wet- en regelgeving. Aan de lidstaten wordt (zie de artikelen 30 en 31, vierde anti-witwasrichtlijn) de verplichting opgelegd een zogeheten centraal UBO-register in te richten met daarin informatie en gegevens van vennootschappen en andere juridische entiteiten, bijvoorbeeld *express trusts*, of juridische constructies met een soortgelijke structuur en functie als *express trusts*. Deze laatste onderwerpen worden in Nederland separaat bij wet geregeld in het wetsontwerp 'Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden', waarin wijzigingen in de Handelsregisterwet worden voorzien.

De belangrijkste wijzigingen in de (Nederlandse) Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en in de WED volgen rechtsreeks uit de vierde anti-witwasrichtlijn.<sup>32</sup> De reikwijdte van de Wwft wordt verruimd met een aantal nieuwe instellingen zoals de aanbieders van kansspelen en 'grootwaardehandelaars' (meer dan € 10.000 contant). De risicogebaseerde benadering wordt geëxpliciteerd en ook uitgebreid door de instellingen te verplichten hun beoordeling en procedures vast te leggen, opdat een en ander nadien aan de toezichthouders kan worden overgelegd ter controle. Het cliëntenonderzoek blijft een van de pijlers van de Wwft. Eerst zal een risicobeoordeling moeten plaatsvinden en daarna door de instelling moeten worden besloten of een verscherpt dan wel vereenvoudigd onderzoek moet worden gedaan, dan wel dat met het laatste kan worden volstaan. Er komt een nieuwe definitie van het begrip UBO, die beter aansluit bij de aanbevelingen van de FATF. Ook de definitie van PEP ('*politically exposed persons*') wordt in overeenstemming gebracht met deze

aanbevelingen, nu zowel binnenlandse als buitenlandse prominente personen (bijvoorbeeld rechters) onder verscherpt cliëntenonderzoek komen te vallen. Met het vormvrij interpreteren wie tot deze categorie behoort, dient het ook afgelopen te zijn. Ten slotte kan worden gewezen op het handhavingsinstrumentarium van de toezichthoudende autoriteiten. Hier wordt aangesloten bij de Wft. De boetehoogtes worden aanzienlijk verruimd tot minimaal vijf miljoen euro met een verhoging tot 10% bij kapitaalkrachtige instellingen met een omzet van 100 miljoen in het jaar voorafgaand aan de overtreding. Voorts is de bevoegdheid opgenomen de relevante vergunning in te trekken. Ten slotte worden de publicatiemogelijkheden van de toezichthoudende autoriteiten uitgebreid. De vierde anti-witwasrichtlijn kent een sanctiestelsel gericht op doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties en maatregelen (artikel 59 vierde anti-witwasrichtlijn), dat vergelijkbaar is met bijvoorbeeld de verordening marktmisbruik.<sup>33</sup> De toezichthoudende autoriteiten krijgen aanwijzingen met betrekking tot de hoogte van de bestuurlijke boetes alsmede de bevoegdheid verboden op te leggen bepaalde beleidsbepalende functies uit te oefenen. Het wetsontwerp omvat tevens het voorstel tot implementatie van de verordening betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie (de grens ligt bij € 1.000, maar zelfs daaronder is mogelijk). Het levert voor burgers, internetproviders en betaaldiensten een betrekkelijk groot lastenverzwarend complex van voorschriften op. Met de implementatie van deze vierde anti-witwasrichtlijn zijn ook zonder nadere motivering of onderbouwing de bepalingen in de WED aangepast. Dat is gebeurd in artikel 1, aanhef en onder 2 WED, waarin wordt aangesloten bij de nieuwe omschrijvingen in de Wwft, de uitbreiding van de normadressaten en het niet voldoen aan de nieuwe verplichtingen. Voor zover deze gedragingen opzettelijk zijn begaan, zijn zij misdrijven. Is dat niet het geval dan zijn dat overtredingen. De strafbedreiging varieert daarmee (artikel 2 juncto artikel 6 WED).

### Beleid

De AFM heeft onlangs weer eens gewaarschuwd voor investeren in cryptocurrencies, virtuele valuta's zoals bitcoin. Zij wijst erop dat er geen toezicht op deze handel zoals bijvoorbeeld de *Initial Coin Offerings* (ICO's) is. Daarin investeren is niet zonder risico's. De handel is (nog) niet gereguleerd. De fluctuaties zijn inmiddels aanzienlijk: variërend van een koers van ongeveer € 20.000 eind december 2017/begin 2018, tot onder € 10.000 half januari 2018, nauwelijks twee weken later. Veelal wordt dit veroorzaakt door politieke beslissingen over de toelaatbaarheid van dergelijke valuta's. De extreme koersstijgingen zorgen voor een hype rondom cryptocurrencies en ICO's. In combinatie met het anonieme en grensoverschrijdende karakter van blockchain-technologie leidt dit tot 'een gevaarlijke cocktail' en 'een ideale voedingsbodem voor oplichters', aldus de AFM. Vooral indien met geleend geld of met spaargeld wordt

32. Kamerstukken II, 2017-2018, 34 808, nr. 7-13.

33. PbEU 2014, L 173.

gespeculeerd kunnen de gevolgen ernstig zijn. Nog afgezien hiervan doet zich de vraag voor of het ‘*minen*’ van deze valuta niet nieuwe regelgeving, door de strafwet te handhaven, noodzakelijk is, al was het alleen maar om de enorme hoeveel elektriciteit die ermee gemoeid is te controleren.

### Jurisprudentie

Een illustratie van de wijze van handhaving van de Wwft, Sanctiewet en de Regeling toezicht sanctiewet 1977 in de praktijk is te zien in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 3 augustus 2017.<sup>34</sup> Een bedrijf had zijn verplichtingen tot het doen van cliëntenonderzoek en risico-onderzoek van de toezichthouder DNB gedurende de periode 2012–2014 nagelaten en niet op orde. DNB had het bedrijf drie bestuurlijke boetes tot € 125.000 opgelegd. Daartegen maakt het bedrijf bezwaar bij DNB. DNB verlaagt vervolgens de boetes tot in totaal € 100.000. Vervolgens stelt het bedrijf beroep in bij de rechtbank. Zij overweegt het volgende:

‘1.1. [Eiseres] beschikt sinds [datum] over een vergunning voor de uitoefening van het bedrijf van betaaldienstverlener als bedoeld in artikel 2:3a, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

1.2. Op 14 en 17 november 2014 heeft DNB ten kantore van [eiseres] een onderzoek uitgevoerd naar de beheersing van de integriteitsrisico’s. Daarbij zijn met verschillende vertegenwoordigers van [eiseres] gesprekken gevoerd, zijn onder meer dertien bezoeksverslagen van de toenmalige externe Compliance Officer van [eiseres] ontvangen en zijn elf cliëntdossiers onderzocht.

Op grond van het onderzoek heeft DNB geconcludeerd dat [eiseres] in ieder geval vanaf de vergunningverlening op 26 april 2012 tot en met 17 november 2014 de volgende overtredingen heeft begaan:

- [eiseres] heeft in strijd met artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) in drie van de elf onderzochte dossiers de identificatie van de uiteindelijk belanghebbende (ook wel ‘Ultimate Beneficial Owner’ (UBO) genoemd) niet uitgevoerd;
- [ eiseres] heeft in strijd met artikel 8, vierde lid, van de Wwft in de elf onderzochte dossiers geen PEP-screening (PEP staat voor Politically Exposed Person/politiek prominent persoon) uitgevoerd;
- [eiseres] heeft in strijd met artikel 10b, eerste lid, van de Sanctiewet 1977 (Sanctiewet), in samenhang met artikel 2 van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (RTSw), in geen van de elf onderzochte dossiers controles tegen de sanctielijsten uitgevoerd en te beperkte procedures inzake de naleving van de sanctieregelgeving gehanteerd.

DNB heeft geconstateerd dat [eiseres] op het gebrek aan naleving van voormelde wet- en regelgeving in de periode van 3 augustus 2012 tot 11 april 2014 (met

betrekking tot andere dossiers) meermaals door haar toenmalige externe Compliance Officer is geweest.

1.3. Bij brief van 12 februari 2015 heeft DNB [eiseres] verzocht binnen drie weken met een plan van aanpak ter beëindiging van (onder meer) voormelde overtredingen te komen. Na een bezoek van DNB aan [eiseres] op 6 juli 2015, waarbij de voortgang van de uitvoering van het plan van aanpak is besproken en getoetst, heeft DNB [eiseres] een aanwijzing gegeven als bedoeld in artikel 1:75, eerste lid, van de Wft, die ertoe strekt dat (onder meer) voormelde overtredingen worden beëindigd. Tegen dit besluit zijn geen rechtsmiddelen aangewend.

2. Na bij brief van 28 oktober 2015 het voornemen daartoe aan [eiseres] kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de zienswijze van [eiseres] daarop, heeft DNB [eiseres] bij het primaire besluit wegens de onder 1.2 vermelde overtredingen bestuurlijke boetes van in totaal € 125.000,- opgelegd. Omdat uit de in bezwaar door [eiseres] overgelegde gegevens blijkt dat haar financiële positie is verslechterd, heeft DNB het totaalbedrag van de bestuurlijke boetes bij het bestreden besluit gematigd tot € 100.000,-.

3. [...]

4. [...]

5. [Eiseres] betoogt dat het, gezien de open normen die de desbetreffende artikel uit de Wwft, de Sanctiewet en de RTSw (Regeling Toezicht antiwet 1977, rh) bevatten, onevenredig en niet in lijn is met het handhavingsbeleid van DNB dat is gekozen voor een bestuurlijke boete en niet is volstaan met een aanwijzing waarbij deze open normen worden geconcretiseerd. Daarbij wijst [eiseres] erop dat zij opvolging heeft gegeven aan de door DNB gegeven aanwijzing.

5.1. Ook dit betoog faalt. Dat, zoals in de door [eiseres] genoemde wetsgeschiedenis (TK 2007–2008, 31 238, nr. 3, p. 22) wordt opgemerkt, het identificeren van de uiteindelijk belanghebbende en een PEP vormvrij is en instellingen derhalve zelf kunnen bepalen hoe het beleid wordt ingericht om aan deze verplichting te voldoen, betekent niet dat er bij [eiseres] onduidelijkheid heeft kunnen bestaan over het feit dat zij verplicht is onderzoek naar de uiteindelijk belanghebbende en een eventuele PEP te verrichten. Voorts is gesteld noch gebleken dat bij [eiseres] onduidelijkheid bestond over het feit dat op grond van de Sanctiewet een screening tegen de sanctielijsten dient plaats te vinden. [Eiseres] is door haar voormalige externe Compliance Officer bovendien meermaals geweest op haar onderzoeksverplichtingen op grond van de Wwft en de Sanctiewet. Nu [eiseres] niet wordt aangesproken op de wijze waarop zij aan deze verplichtingen heeft voldaan, maar wordt verweten dat zij heeft nagelaten voormelde onderzoeken te verrichten, kan het feit dat deze onderzoeken vormvrij zijn haar niet baten. Ditzelfde geldt voor het feit dat, zoals ook in de door [eiseres] genoemde wetsgeschiedenis (zie hiervoor, p. 4 en 6) wordt opgemerkt, bij cliënten of producten die een geringer risi-

34. Rb. Rotterdam 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7264.

co met zich brengen kan worden volstaan met een minder intensieve controle. Dit betekent immers niet dat in het geheel geen controle hoeft plaats te vinden. Voorts volgt uit het handhavingsbeleid van DNB (*Stcrt.* 2008, 132) niet dat DNB had moeten volstaan met de aan [eiseres] gegeven aanwijzing. Dat [eiseres], zoals door DNB ter zitting is bevestigd, inmiddels heeft voldaan aan die aanwijzing en kennelijk maatregelen heeft getroffen ter voorkoming van toekomstige overtredingen, betekent mede gelet op de ernst van de overtredingen niet dat een boeteoplegging onevenredig is en dat daarvan had moeten worden afgezien. [Eiseres] was verplicht te voldoen aan de aanwijzing van DNB en dient zich ook in de toekomst van overtredingen van de Wwft en de Sanctiewet te onthouden. Een bestuurlijke boete is, anders dan een aanwijzing, een punitieve sanctie die zich naar haar aard richt op een gedraging in het verleden. Deze sanctie heeft, zoals ook wordt opgemerkt in het handhavingsbeleid van DNB en het bestreden besluit, niet alleen een bestraffende werking; in beginsel gaat daarvan ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen. Een aanwijzing heeft dit preventieve effect doorgaans in mindere mate.

Voor zover het toezicht van de AFM op de naleving van de Wwft en de Sanctiewet een andere benadering kent, is DNB, anders dan [eiseres] meent, niet gehouden tot eenzelfde benadering.

6. [Eiseres] betoogt op grond van diverse argumenten dat de opgelegde boetes te hoog zijn.

6.1. Op grond van artikel 13 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) valt zowel een overtreding van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wwft als van artikel 8, vierde lid, van deze wet onder boetecategorie 2. Voor deze categorie geldt op grond van artikel 28, derde lid, van de Wwft het basisbedrag van € 500.000,-.

Op grond van artikel 6 van het Bbbfs, zoals dit luidde ten tijde van belang, valt een overtreding van artikel 10b van de Sanctiewet onder boetecategorie 1. Voor deze categorie geldt op grond van artikel 10e, tweede lid, van de Sanctiewet het basisbedrag van € 10.000,-. Op grond van artikel 2, eerste lid, van het Bbbfs stelt de toezichthouder een bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie vast op het basisbedrag.

Op grond van het tweede lid van dit artikel, zoals dit luidde ten tijde van belang, verlaagt of verhoogt de toezichthouder het basisbedrag met ten hoogste 50 procent indien de ernst of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.

Op grond van het derde lid van dit artikel, zoals dit luidde ten tijde van belang, verlaagt of verhoogt de toezichthouder het basisbedrag met ten hoogste 50 procent indien de mate van verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.

Op grond van artikel 4, eerste lid, van het Bbbfs houdt de toezichthouder bij het vaststellen van een

bestuurlijke boete rekening met de draagkracht van de overtreder.

6.2. DNB heeft in de ernst en/of duur van de overtredingen en de mate van verwijtbaarheid van [eiseres] geen aanleiding gezien voormelde basisbedragen te verhogen of te verlagen. Omdat sprake is van enige samenhang tussen de door [eiseres] overtreden bepalingen van de Wwft, heeft DNB het wel passend geacht de totale boete te matigen tot € 550.000,- en, gelet op de omvang van [eiseres] in verhouding tot de overige onder toezicht van DNB staande betaalinstanties, verder te matigen tot € 412.500,-. Op grond van de door [eiseres] aangeleverde financiële gegevens heeft DNB aanleiding gezien het totale boetebedrag wegens overtreding van zowel de Wwft als de Sanctiewet verder te matigen tot € 125.000,-. Omdat uit de in bezwaar door [eiseres] overgelegde gegevens blijkt dat haar financiële positie en daarmee haar draagkracht is verslechterd ten opzichte van het moment dat het primaire besluit werd genomen, heeft DNB het totaalbedrag van de bestuurlijke boetes bij het bestreden besluit gematigd tot € 100.000,-. De bestuurlijke boetes voor de overtredingen van artikel 3, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van de Wwft en artikel 8, vierde lid, van de Wwft bedragen in totaal € 90.000,- en de boete voor overtreding van artikel 10b, eerste lid, van de Sanctiewet, in samenhang met artikel 2 van de RTSw, bedraagt € 10.000,-.

6.3. De rechtbank is van oordeel dat DNB terecht geen aanleiding heeft gezien tot matiging van de boetes op grond van de ernst en/of duur van de overtredingen of de mate van verwijtbaarheid van [eiseres]. Ten aanzien van de duur van de overtredingen stelt de rechtbank vast dat, anders dan [eiseres] meent, DNB in het bestreden besluit niet heeft erkend dat de overtredingen niet doorlopend van 26 april 2012 tot en met 17 november 2014 hebben plaatsgevonden. DNB heeft vastgesteld dat de overtreding van artikel 3, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van de Wwft ten aanzien van twee cliëntdossiers korter heeft geduurd dan is neergelegd in het primaire besluit, maar dat dit de totale duur van de overtreding van deze bepaling niet verandert. Ook met betrekking tot de overtreding van artikel 8, vierde lid, van de Wwft heeft DNB in het bestreden besluit vastgesteld dat deze ten aanzien van enkele cliëntdossiers korter heeft geduurd, maar dat dit de totale duur van de overtreding van deze bepaling niet verandert. Anders dan [eiseres] meent, heeft DNB in de kortere duur van de overtredingen ten aanzien van een aantal cliëntdossiers geen aanleiding hoeven zien de boete verder te matigen.

In de door [eiseres] in beroep aangevoerde omstandigheden, voor zover al aannemelijk gemaakt en relevant in dit verband, heeft DNB voorts geen grond hoeven zien om uit te gaan van een verminderde verwijtbaarheid van [eiseres]. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking hetgeen zij hiervoor reeds in 5.1 heeft overwogen en benadrukt daarbij dat [eiseres] door haar toenmalige externe Compliance Officer in

de periode van 3 augustus 2012 tot 11 april 2014 meermaals tevergeefs is geweest op haar onderzoeksverplichtingen op grond van Wwft en de Sanctiewet. Het beroep van [eiseres] op de persoonlijke omstandigheden van een voormalig leidinggevende en de verwijten die zij meent te kunnen maken aan de toenmalige externe Compliance Officer zijn niet onderbouwd met controleerbare gegevens en doen al daarom niet af aan de verwijtbaarheid van de overtredingen.

6.4. De rechtbank volgt [eiseres] niet in haar standpunt dat bij de vaststelling van de draagkracht alleen moet worden gekeken naar de omzet die wordt behaald met de activiteiten binnen welk kader de overtredingen hebben plaatsgevonden. De betekenis van de draagkracht voor het bepalen van de boetheogte is beperkt tot het beantwoorden van de vraag of aanleiding bestaat een aan de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding evenredige boete te matigen. Daartoe kan aanleiding bestaan indien deze boete, gelet op de hoogte daarvan, onevenredige gevolgen heeft voor de overtreder. Niet alleen de omzet behaald met betaaldiensten, maar ook de overige gegevens over de financiële positie van [eiseres] zijn relevant voor de vraag of [eiseres] door de hoogte van de boete onevenredig wordt getroffen en of de boete al dan niet moet worden verlaagd. Zou het standpunt van [eiseres] worden gevolgd, dan zou dit onder omstandigheden ernstig afbreuk kunnen doen aan het punitieve karakter van de boete.

6.5. Met haar opmerking dat de aan haar opgelegde boetes een concurrentieverstorend effect hebben, gaat [eiseres] voorbij aan het punitieve karakter van de boetes en het feit dat van de boetes tevens een preventief effect dient uit te gaan. Daarnaast verliest [eiseres] met haar opmerking ook uit het oog dat het niet naleven van wet- en regelgeving eveneens een concurrentieverstorend effect kan hebben.

6.6. De bespiegelingen van [eiseres] over het toezicht van DNB op banken, betaalinstanties en vrijgestelde betaaldienstverleners kunnen niet leiden tot een gegrond beroep op het gelijkheidsbeginsel. De enige concrete zaak waarnaar [eiseres] hierbij verwijst (de uitspraak van deze rechtbank van 3 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1666) is geen vergelijkbaar geval, reeds nu de desbetreffende betaalinstantie in die zaak niet een boete is opgelegd wegens overtreding van de Wwft en de Sanctiewet, maar wegens overtreding van artikel 3:10, eerste lid, aanhef en onder b en c, van de Wft, gelezen in samenhang met artikel 10 van het Besluit prudentiële regels.

6.7. Het betoog van [eiseres] over de hoogte van de boetes faalt dan ook.

7. Het beroep is ongegrond.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.'

Zonder een uitgebreid commentaar te willen geven op de bovenstaande beslissing valt onder meer volgende op. In de eerste plaats overweegt de rechtbank dat het sanc-

tionerend handhavend beleid van de ene toezichthouder (AFM) niet hoeft samen te vallen met het beleid van de andere toezichthouder op hetzelfde terrein (DNB) en daarvan kan verschillen mede in de aanloop naar de beslissingen. Zie hiervoor de overwegingen van de rechtbank onder 5.1 in fine. Daaraan ligt mede ten grondslag de aard van opgelegde maatregel: het punitieve (repressieve) aspect van de bestuurlijke boete (door DNB) en de aanwijzing door de AFM, waarbij het preventieve aspect overheerst. Voorts valt op de wijze waarop de rechtbank uitgebreid ingaat op de overwegingen van DNB en deze geheel in stand laat (punt 6. e.v.). Zij overweegt – uitgaande van de door DNB opgelegde boete en de maximale mogelijkheden van de bestuurlijke boetes – een zorgvuldig opbouwde argumentatie waarom de door DNB opgelegde boete geen wijziging behoeft te ondergaan. De rechtbank komt uit op hetzelfde als DNB. Zij neemt de overwegingen van DNB in casu over, zodat de oorspronkelijke bestuurlijke boete van DNB in stand blijft en van een rechterlijk stempel wordt voorzien.

## Milieustrafrecht

*Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans*

Als we de ontwikkelingen gedurende de tweede helft van 2017 bekijken vallen een aantal zaken op. Achtereenvolgens zijn dat twee rechtbankvonnissen met betrekking tot het Besluit risico's zware ongevallen (BRZO 1999), een rechtbankvonnis over een forse schending van diverse milieuwetten, en ten slotte de commotie over de aard en omvang van 'mestfraude'.

De eerste opvallende uitspraak is die van de Rechtbank Overijssel van 24 juli 2017.<sup>35</sup> Daarin spreekt de rechtbank een Chemiebedrijf in Delden en zijn leidinggevende vrij van het overtreden van veiligheidsvoorschriften. In deze zaak werd de verdachte allereerst vervolgd voor overtreding van artikel 23 BRZO 1999, aangezien zij een inrichting in werking zou hebben gehouden terwijl zij duidelijk onvoldoende maatregelen gehad getroffen om zware ongevallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken. De inrichting was namelijk in werking zonder dat voor ongeveer 75% van de aanwezige installaties met gevaarlijke stoffen een deugdelijke/volledige veiligheidsstudie was uitgevoerd en/of de aanwezige risico's afdoende waren herkend en voldoende werden beheerst. Het tweede feit op de tenlastelegging betrof overtreding van artikel 5 BRZO 1999, te weten het opzettelijk niet treffen van alle maatregelen om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor mens en milieu te beperken. Met betrekking tot het eerste feit stelde de verdediging zich allereerst op het standpunt dat een veiligheidsstudie geen maatregel is in de zin van het BRZO 1999. Dit verweer werd door de rechtbank onder verwijzing naar de uitspraken van het Hof 's-Hertogenbosch

35. ECLI:NL:RBOVE:2017:2943 en 2944, JM 2017/134 m.nt. Pieters.

in Chemiepack-zaak naar de prullenbak verwezen. Daarnaast werd door de verdediging gesteld dat artikel 23 BRZO 1999 niet werd overtreden omdat er geen exploitatieverbod was opgelegd. Dit verweer treft doel. Uit de toelichting op artikel 23 BRZO 1999 leidt de rechtbank af ‘dat overtreding van dit artikel alleen aan de orde kan zijn als aan verdachte door de bevoegde autoriteiten – naar aanleiding van de constatering dat voor ongeveer 75% van de aanwezige installaties geen deugdelijke/volledige veiligheidsstudie was uitgevoerd – een exploitatieverbod zou zijn opgelegd, dat voorafgaand aan of binnen de ten laste gelegde periode is ingegaan. Nu daar geen sprake van is geweest dient verdachte te worden vrijgesproken.’ Wat mij betreft valt daar nog wel wat tegen in te brengen. Zo leidt de rechtbank uit de Nota van Toelichting af, dat voor toepassing van artikel 23 BRZO 1999 een exploitatieverbod moet zijn uitgevaardigd. Zij baseert zich daarbij op artikel 17 lid 1 van de Seveso II-richtlijn. Dat artikel luidt: ‘De lidstaten verbieden de exploitatie of de inbedrijfstelling van een inrichting, installatie of opslagplaats of van een gedeelte daarvan, indien de door de exploitant getroffen maatregelen ter voorkoming van zware ongevallen of ter beperking van de gevolgen daarvan duidelijk onvoldoende zijn.’ De richtlijn is geïmplementeerd en artikel 17 lid 1 van de Seveso II-richtlijn is deels vertaald naar artikel 23 BRZO 1999. De tekst van artikel 23 luidt als een verbod om een inrichting in werking te hebben, terwijl onvoldoende maatregelen zijn getroffen. Daar zit precies het nuanceverschil dat voor de rechtbank, gelet op de uitspraak, doorslaggevend is om vrij te spreken. De vraag is dan wat er precies bedoeld wordt met de tekst van artikel 23 BRZO 1999. In de nota van toelichting staat: ‘... dat artikel 17 van de richtlijn de lidstaten verplicht om de inbedrijfstelling en de exploitatie van een inrichting, installatie of opslagplaats of een gedeelte daarvan, te verbieden, indien de door de exploitant getroffen maatregelen ter voorkoming van zware ongevallen of ter beperking van de gevolgen daarvan duidelijk onvoldoende zijn. Voorts kan op grond van de tweede volzin van het eerste lid van artikel 17 van de richtlijn de exploitatie worden verboden, indien de verlangde gegevens niet binnen de gestelde termijn zijn ingediend.’ Verderop staat: ‘Voor zover het exploitatieverbod betrekking heeft op gevallen waarin de getroffen maatregelen duidelijk onvoldoende zijn om de in de inrichting of een deel daarvan werkzame werknemers te beschermen, voorziet artikel 23 van het besluit daarin.’ Artikel 17 van de richtlijn heeft op verschillende manieren uitwerking gevonden in verschillende wetten, zoals onder meer in de Wet milieubeheer (Wm), de Algemene wet bestuursrecht en de Wet rampen en zware ongevallen. De uitwerking van de uit artikel 17 van de richtlijn voortvloeiende werknemersveiligheid heeft haar plaats gekregen in artikel 23 BRZO 1999 (vandaar dat de Inspectie SZW het bevoegde gezag is). Opvallend daarbij is dat steeds expliciet gesproken wordt van een exploitatieverbod. Verder stelt de nota van toelichting dat artikel 17 van de richtlijn ook terugkomt in het verbod om een inrichting op te richten dan wel in werking

te hebben als de door de exploitant getroffen maatregelen ter voorkoming van zware ongevallen onvoldoende zijn (toen nog 8.1 Wm, tegenwoordig artikel 2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, Wabo). Hier wordt dus niet gekozen voor een exploitatieverbod, maar gaat het via een algemene strafbaarstelling, het is verboden om een bepaalde gedraging te verrichten. Gezien de redactie van artikel 23 BRZO 1999 zijn er best wel wat overeenkomsten, namelijk: het is verboden om een inrichting in werking te brengen of te houden waarbij ... (etc.). De vraag is dan waarom de wetgever ervoor zou kiezen om via de bandbreedte van de Wm/Wabo voor een algemeen verbod te kiezen, terwijl dat via artikel 23 BRZO 1999 ineens indirect geschied, door te eisen dat er eerst een exploitatieverbod moet worden opgelegd door het bevoegde gezag, in casu de Inspectie SZW. Dat staat nergens expliciet vermeld en nergens worden voor dit verschil redenen of argumenten aangedragen. De nieuwe redactie van het exploitatieverbod in BRZO 2015 lijkt bovendien te bevestigen dat het om een zelfstandige strafbaarstelling gaat, welke niet hoeft te worden voorafgegaan door een daadwerkelijk verbod, gelet op de redactie van artikel 5 lid 3 BRZO 2015. Ook de grammaticale interpretatie van artikel 23 BRZO 1999 biedt duidelijke aanknopingspunten, immers de redactie van het artikel laat zich moeilijk anders lezen. Al met al is er nog wel wat discussie mogelijk. Het OM heeft hoger beroep ingesteld, dus afwachten maar.

Met betrekking tot de tenlastelegging van artikel 5 BRZO 1999 leidt de rechtbank, gelet op het vonnis, uit de in het procesdossier weergegeven gang van zaken af dat:

‘verdachte telkens in gezamenlijk overleg met de Inspectie SZW en de overige bevoegde instanties de nodige stappen heeft genomen om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor mens en milieu te beperken. De toezichthoudende instanties hebben het door verdachte opgestelde veiligheidsrapport (VR) goedgekeurd en geen opmerkingen gemaakt over het gebruik van installatiescenario’s als wijze van risicoanalyse. Verdachte heeft de risico-identificatie conform het veiligheidsrapport (VR) uitgevoerd.’

Verderop overweegt de rechtbank dat:

‘verdachte tot aan de explosie en brand op 12 december 2013 haar proces ingericht op het voorkomen van explosieve ontleding van ethyleenoxide door de eliminatie van ontstekingsbronnen. De bevoegde instanties, waaronder de Inspectie SZW waren hiervan op de hoogte en hebben deze werkwijze in stand gelaten. De risico’s van deze werkwijze werden blijkbaar acceptabel geacht.’

In de laatste overweging lijkt besloten te liggen dat het op de hoogte zijn van de Inspectie SZW voortvloeit uit het feit dat zij het VR hebben goedgekeurd. Op grond hiervan spreekt de rechtbank verdachte eveneens vrij

van dit feit. Wat mij betreft miskent de rechtbank hierbij dat door het bevoegde gezag slechts wordt gecontroleerd of er een VR is dat alle elementen bevat die, gelet op de wet, erin horen te staan.<sup>36</sup> De beide met bevoegd gezag beklede instanties nemen niet de verantwoordelijkheid over van de betreffende bedrijven als waren zij de bedrijven. Het is een beetje vergelijkbaar met het controleren of je over een rijbewijs beschikt. Er wordt daarbij niet gekeken naar de vraag of je een geweldige chauffeur bent of een hele slechte, maar alleen of je een roze kaartje kunt overleggen waarop een geldigheidsdatum staat en een of meer categoriën waarvoor je bevoegd bent. Het is aan het bedrijf om het VR goed en volledig uit te voeren en dat geldt naar twee kanten. Allereerst moet het bedrijf de risico's inventariseren en zorgen dat het weet welke risico's er zijn. Zij zijn immers deskundig en zij kennen hun processen als geen ander. Vervolgens dienen ze de risico's zoveel mogelijk te mitigeren (alle maatregelen te treffen om een zwaar ongeval te voorkomen dan wel de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken). En ook op dat laatste punt zijn zij deskundig, het is hun bedrijfsproces, niet dat van de bevoegde instanties. Natuurlijk wordt soms steekproefsgewijs inhoudelijk getoetst, daarvoor zijn immers inspecties, maar dat is slechts op onderdelen en alleen daarmee zijn de bevoegde instanties al meerdere dagen kwijt. Als er naar aanleiding van zo'n inspectie overtredingen worden vastgesteld, is het niet zo dat wordt gezegd: we hebben dit eerder in overleg met jullie goedgekeurd, aangezien we het VR hebben goedgekeurd dus we nemen het jullie niet kwalijk en we leggen geen verbod op, of geen eis, of erger nog, geen bestuurlijke boete. Integendeel, bestuurlijk wordt er volop gehandhaafd als tijdens inspecties wordt vastgesteld dat het goedgekeurde VR niet goed of volledig wordt uitgevoerd! In dit geval is de onvolkomenheid van het VR-onderdeel naar boven gekomen doordat het risico zich heeft geopenbaard door de explosie en brand op 12 december 2013. Uit het vonnis blijkt dat de verdachte het risico met betrekking tot het proces in de adductreactor kende. Verdachte had met het oog op deze risico's haar proces ingericht op het voorkomen van explosieve ontleding van ethyleenoxide door eliminatie van ontstekingsbronnen. Uit het feit dat de verdachte na het incident, ten einde de door de Inspectie SZW opgelegde stillegging op te heffen, op aandringen van de inspectie heeft gekozen voor werken onder een verhoogd stikstofpercentage, doet vermoeden dat de verdachte blijkbaar niet alles heeft gedaan om het risico op het voorkomen van een explosie en brand, er was namelijk nog een optie mogelijk. Om de een of andere reden heeft de verdachte echter ervoor gekozen om deze maatregel niet te treffen. Die beslissing is niet expliciet voorgelegd aan het bevoegde gezag en niet expliciet getoetst. Dat vereist de wet ook niet. Het feit dat je een VR hebt dat is goedgekeurd door het bevoegde gezag, betekent nog niet dat je daarmee een vrijbrief hebt om te doen wat je wilt.

Wederom de vergelijking met het rijbewijs: het feit dat je een rijbewijs hebt gekregen betekent niet dat je vervolgens mag doen wat je wilt. De verkeersregels blijven onverkort van toepassing en dat is in het BRZO niet anders. Het bevoegde gezag toetst alleen of je over een VR beschikt dat voldoet aan de wettelijke eisen. Er wordt niet inhoudelijk getoetst en dat weten bedrijven als de onderhavige natuurlijk heel goed! De inhoudelijke uitwerking van het VR, alsook de implementatie van het VR in processen en procedures alsmede de bewaking daarvan, ligt uitsluitend bij de verdachte en bij niemand anders. In casu gaat het zeer waarschijnlijk om een bewuste keuze van de verdachte. Men kende immers de algemene risico's en koos ervoor om een beschikbare maatregel niet door te voeren (werken onder een verhoogd stikstofpercentage). Als het dan toch misgaat komt dat voor rekening en verantwoordelijkheid van degene die die keuze weloverwogen heeft gemaakt: de verdachte en niemand anders. De verdachte wist heel goed wat zij deed en heeft bewust risico's genomen. De rechtbank stelt in haar vonnis dat de Inspectie SZW hiervan op de hoogte was en dat zij daarmee akkoord is gegaan. Met name hier gaat de redenering van de rechtbank mank. Het feit dat het VR is goedgekeurd wil namelijk niet zeggen dat de inhoud ervan is getoetst en goedgekeurd. De wet vereist dat ook niet en dat is niet voor niets. Als dit namelijk wel het geval zou zijn heeft dit tot gevolg dat het in werking treden van dit soort installaties in de praktijk heel lang gaat duren, want dan moet alles worden nagelopen en getoetst voordat een bedrijf of een proces daadwerkelijk in gebruik mag worden genomen. En dat zou al snel enkele jaren per bedrijf of proces in beslag kunnen nemen en dat vinden bedrijven natuurlijk helemaal niet leuk. We zijn dan ook zeer benieuwd wat het hof in hoger beroep ermee zal doen.

Op 2 oktober 2017 deed de Rechtbank Overijssel wederom een opmerkelijke uitspraak in een vergelijkbare zaak.<sup>37</sup> Ook hier was overtreding van artikel 5 BRZO 1999 ten laste gelegd en hier volgde een ontslag van alle rechtsvervolging. Nadere bestudering van het vonnis leert dat de rechtbank ook hier weer de redenering volgt dat nu het VR was goedgekeurd door de bevoegde instanties, waaronder in casu de Inspectie SZW, deze inspectie derhalve op de hoogte was van de gevolgde werkwijze en deze in stand heeft gelaten. Hoewel achteraf gezien kan worden vastgesteld dat de veiligheidsstudie onvoldoende is gebleken (er heeft immers een incident plaatsgevonden waarbij een persoon ernstig lichamelijk letsel heeft bekomen), heeft de verdachte alle in redelijkheid van haar te vergen zorg ter zake betracht, aldus de rechtbank. Van deze redenering heb ik reeds hiervoor aangegeven waar wat mij betreft de denkfout zit. Opmerkelijker is de overweging van de rechtbank ter zake de overtreding van artikel 5 BRZO 1999 in samenhang met artikel 6 van de Arbeidsomstandighedenwet. In dat verband overweegt de rechtbank dat

36. En daarmee verschil ik dan ook fundamenteel van mening met Pieters, de annotator in *JM*.

37. Voor zover ik kon nagaan is deze uitspraak niet gepubliceerd.

gelet op hetgeen in artikel 6 Arbeidsomstandighedenwet wordt bepaald:

‘de nader te stellen regels die uitgevaardigd kunnen worden aldus telkens betrekking dienen te hebben op de werkgever. Een bevoegdheid tot uitbreiding van de normadressaat naar het begrip “degene die een inrichting drijft” is niet gegeven. Naar het oordeel van de rechtbank kan hetgeen krachtens artikel 6 van de Arbeidsomstandighedenwet bij algemene maatregel van bestuur (in casu het BRZO 1999) is uitgevaardigd slechts als economisch delict krachtens artikel 6 van de Arbeidsomstandighedenwet worden aangemerkt voor zover dit de werkgever aangaat. De rechtbank concludeert dat verdachte in casu niet als werkgever in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet kan worden aangemerkt, aangezien er geen arbeidsovereenkomst is tussen verdachte en het slachtoffer (...). Voorts stelt de rechtbank vast dat deze werknemer evenmin aan verdachte ter beschikking is gesteld als bedoeld in deze wet. De werknemer is in dienst van (...). Hij verrichtte werkzaamheden die buiten de expertise van verdachte vielen en om die reden waren uitbesteed aan een ter zake kundige bedrijf (...). Ten slotte stelt de rechtbank vast dat de onderhavige werkzaamheden niet werden uitgevoerd onder gezag van verdachte.’

Op grond hiervan komt de rechtbank tot de conclusie dat het bewezenverklarde geen strafbaar feit oplevert omdat dit niet kan worden gekwalificeerd als een strafbaar feit in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet en ontslaat zij verdachte van alle rechtsvervolging. Wederom slaat de rechtbank de plank mis. Het is juist dat hetgeen krachtens artikel 6 van de Arbeidsomstandighedenwet bij algemene maatregel van bestuur (in casu het BRZO 1999) is uitgevaardigd slechts als economisch delict krachtens artikel 6 van de Arbeidsomstandighedenwet kan worden aangemerkt voor zover dit de werkgever aangaat, echter in datzelfde BRZO 1999 is over dit onderwerp een expliciete bepaling opgenomen te weten artikel 3 BRZO 1999. Dit artikel luidt als volgt:

‘1. Indien de werkgever een ander is dan degene die de inrichting drijft, is het bij en krachtens dit besluit bepaalde van overeenkomstige toepassing op de werkgever voor zover het betreft de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de in het bedrijf, de inrichting of een onderdeel daarvan werkzame werknemers.

2. De werkgever en degene die de inrichting drijft, geven onverminderd hun eigen verantwoordelijkheid gezamenlijk en in overleg uitvoering aan het bij en krachtens dit besluit bepaalde met betrekking tot de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de in het eerste lid bedoelde werknemers.’<sup>38</sup>

Middels deze bepaling worden anderen dan werknemers, te weten werknemers in dienst van bijvoorbeeld contractors en zzp’ers expliciet onder het bereik van het BRZO 1999 gebracht. Dit is bewust gedaan omdat in BRZO-bedrijven heel vaak gebruik wordt gemaakt van gespecialiseerde bedrijven en de daar werkzame werknemers, en die bedrijven en hun werknemers zouden een veiligheidsrisico kunnen opleveren als ze niet onder de reikwijdte van het BRZO 1999 zouden vallen. Immers, ook zij moeten veilig werken om gevaar te voorkomen en te beperken, voorts dienen zij zelf te worden beschermd tegen de gevaren die aan het werken met gevaarlijke stoffen zijn verbonden. De rechtbank heeft blijkbaar alleen gekeken naar hetgeen daarover in artikel 6 Arbeidsomstandighedenwet is opgemerkt en stelt dat een bevoegdheid tot uitbreiding van de normadressaat naar het begrip ‘degene die een inrichting drijft’ niet is gegeven. En dat is dus onjuist, want juist in de algemene maatregel van bestuur, het BRZO 1999, is die bevoegdheid expliciet gegeven in artikel 3. Blijkbaar heeft de rechtbank dit over het hoofd gezien, maar ook in deze zaak is hoger beroep in gesteld, dus afwachten maar.

Ten slotte heeft de Rechtbank Oost-Brabant op 28 november 2017 een belangrijke uitspraak gedaan waarbij een feitelijk leidinggever van twee bedrijven is veroordeeld tot twaalf maanden gevangenisstraf, waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren voor het verspreid over een lange periode op verschillende manieren overtreden van de milieuwetgeving, alsmede het handelen in strijd met een opgelegde voorlopige maatregel.<sup>39</sup> De overtredingen bestonden in het in 2014 lozen van bedrijfsafvalwater op het openbaar riool, waardoor de werking van het riool werd belemmerd. Het gevolg was dat daarna in het oppervlaktewater verhoogde waarden ammonium werden gemeten, hetgeen schadelijk is voor flora en fauna. Voorts werd afvalwater opgeslagen in een daartoe opgericht bassin zonder de daarvoor vereiste vergunning. Toen er vervolgens afvalwater uit dit bassin stroomde, heeft de verdachte nagelaten om voldoende maatregelen te treffen om te voorkomen dat hierdoor de bodem zou worden aangetast. Vervolgens heeft de verdachte in 2015 nagelaten een calamiteit, erin bestaande dat uit een mestvergistingsinstallatie grote hoeveelheden digestaat stroomden, te melden bij het bevoegd gezag. Het uitstromen van digestaat heeft vervolgens ook nog eens enkele dagen geduurd en ook toen heeft de verdachte nagelaten om maatregelen te treffen om verontreiniging van de bodem te voorkomen. Daarenboven heeft de verdachte tezamen met de rechtspersonen die hij bestuurde, gehandeld in strijd met een bevel van de officier van justitie betreffende de uitstroom van het digestaat, door die uitstroom niet tegen te gaan. Naar aanleiding hiervan overweegt de rechtbank dat:

‘uit het bewezenverklarde handelen van verdachte blijkt van een groot gebrek aan respect voor het mili-

38. In het BRZO 2015 is dit niet anders en is wederom in artikel 3 een vergelijkbare bepaling opgenomen.

39. ECLI:NL:RBOBR:2017:6173.

eu en de (gezondheids-)belangen van omwonenden. Daarnaast geven de bewezenverklarde gedragingen – met name gelet op de structurele aard ervan – blijk van een groot gebrek aan respect voor geldende regelgeving en voor aanwijzingen van autoriteiten. De biovergistingsinstallatie is over een lange periode intensief gecontroleerd door instanties. Daarbij zijn frequent overtredingen van voor de inrichting geldende regels vastgesteld. Verdachte komt bij dit alles naar voren als iemand die, overtuigd van het eigen gelijk, doorlopend dergelijke constatering en conclusies betwist en zich confronterend opstelt. Daarbij legt verdachte bij voortdurend de verantwoordelijkheid bij controlerende of beslissingsbevoegde instanties onder het ontkennen van de eigen verantwoordelijkheid voor handelingen die leiden tot ongewenste gevolgen voor met name het milieu.’

Welnu, dat liegt er niet om en de gevangenisstraf lijkt dan ook op zijn plaats. Ook van deze uitspraak is appel ingesteld, dit keer door de verdachte en we zijn ook hier benieuwd of het hof het net zo erg vindt.

Daarnaast heeft een artikel over wijdverbreide mestfraude in de *NRC* van 10 november 2017 het nodige stof doen opwaaien. ‘Boeren, transporteurs, mestverwerkers en handelaars in Brabant en Limburg zouden op grote schaal frauderen met mest. Ze rijden met lege vrachtwagen heen en weer, vervalsen administratie en omzeilen gps-controles.’ De *NRC* bracht de omvang van de fraude in kaart. ‘Wie niet meedoet, heeft geen werk’, aldus de *NRC*. Het artikel heeft aanleiding gegeven tot het stellen van Kamervragen, waarop de minister een plan van aanpak mestfraude heeft aangekondigd. Inmiddels ligt het plan er, waarbij onder meer de Rabobank alle ondernemers in de mest vraagt om een gedragscode te tekenen die in populaire bewoordingen erop neerkomt dat ze fraudevrij zijn. Als ondernemers weigeren om te tekenen of toch blijken te frauderen, kan dat gevolgen hebben voor de financiering. Ook wordt er gewerkt aan de invoering van een keurmerk en wordt door de overheid strenger gekeken bij het verlenen van subsidies die worden verstrekt aan bedrijven die frauderen. Ook zal er een taskforce ‘mestfraude’, bestaande uit het OM, de NVWA en de Omgevingsdiensten worden ingesteld om de handhaving effectiever te maken. Verder wordt het feit dat de sector aangeeft dat het een klus wordt om de achterban te overtuigen, maar dat dit allemaal wel nodig is, door de minister gezien als een positief signaal. Ondertussen is een rapport naar buiten gekomen met als titel ‘Mest onder de loep genomen. Onderzoek fraudepraktijken van beeld tot advies’, waarin, zo blijkt, al in 2016 is vastgesteld dat door ‘agrarische ondernemers, intermediairs, adviseurs en mestverwerkers in gezamenlijkheid gefraudeerd wordt’. De fraude wordt grootschalig en georganiseerd genoemd en een aantal bij naam genoemde adviesbureaus werken mee aan de mestfraude, zo staat in het rapport. Deze conclusies sluiten vrijwel naadloos aan bij de uitkomsten van het hiervoor aangehaalde onderzoek door de *NRC*. Opvallend is ech-

ter dat de overheid ondanks het bestaan van het rapport ook na 2016 naar buiten toe heeft volgehouden niet te weten in welke mate met mest wordt gefraudeerd. Dit was zelfs nog het geval tijdens een hoorzitting in de Tweede Kamer in 2017 over de vraag of het bij mestfraude, zoals de sector zelf voortdurend stelt, slechts om een paar rotte appels gaat of dat er meer aan de hand is. De gang van zaken geeft op zijn minst te denken en zal ongetwijfeld worden vervolgd.

## Cybercrime

*Verzorgd door mr. J. Boonstra-Verhaert*

### Wetgeving

Er is de laatste maanden veel te doen geweest rondom de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (*Wiv*), ook wel aangeduid als ‘sleepwet’ of ‘aftapwet’. De op 11 juli 2017 door de Eerste Kamer aangenomen wet zou in eerste instantie per 1 januari 2018 in werking treden. De planning van het raadgevend referendum, na initiatieven van studenten van de Universiteit van Amsterdam, heeft echter tot uitstel van de inwerkingtreding geleid. Op 21 maart 2018 zal het referendum plaatsvinden.

Voor wat betreft de Wet computercriminaliteit III is de verwachting dat deze begin 2018 in werking zou treden niet uitgekomen. De Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie had behoefte aan een tweede ronde in de schriftelijke voorbereiding van dit wetsvoorstel. Op 5 september 2017 is nader voorlopig verslag uitgebracht en nu wordt gewacht op de nadere memorie van antwoord. Vooralsnog wordt uitgegaan van inwerkingtreding op 1 juli 2018.

### Jurisprudentie

Een van de meest in het oog springende uitspraken van het afgelopen jaar is die van de Hoge Raad van 10 oktober 2017<sup>40</sup> in de zaak betreffende de examenfraude bij scholengemeenschap Ibn Ghaldoun. In cassatie werd geklaagd dat het hof foto’s van gestolen eindexamenopgaven en een gegevensdrager met daarop deze foto’s opgeslagen ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, heeft aangemerkt als door diefstal verkregen goederen ex artikel 416 Sr. In de bewijsoverweging van het hof licht het oordeel besloten dat een eindexamen, zowel in stoffelijke vorm als gefotografeerd en op een usb-stick geladen, dan wel geüpload naar een e-mailadres, individualiseerbaar en overdraagbaar is en een zekere economische waarde in het maatschappelijk verkeer vertegenwoordigt en daarmee als ‘goed’ is aan te merken in de zin van artikel 416 Sr. De Hoge Raad overweegt dat uit de bewijsvoering van het hof wel kan worden afgeleid dat schriftelijke eindexamenopgaven uit de kluis van de scholengemeenschap zijn weggenomen, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat de ‘fotografische opnames

40. HR 10 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2573.

van gestolen eindexamenopgaven' en 'een gegevensdrager met daarop opgeslagen afbeeldingen van eindexamenopgaven' door diefstal zijn verkregen. Blijkens de bewijsvoering hebben het maken van de (digitale) afbeeldingen van eindexamenopgaven en het opslaan van die afbeeldingen op een gegevensdrager immers eerst plaatsgevonden nadat deze eindexamenopgaven waren weggenomen uit de kluis van de scholengemeenschap, zodat daaruit niet kan worden afgeleid dat ook die 'fotografische opnames van gestolen eindexamenopgaven' en 'een gegevensdrager met daarop opgeslagen afbeeldingen van eindexamenopgaven' zijn gestolen. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak en wijst terug.

### Witwassen & cryptovaluta

In 2017 is een opvallend aantal uitspraken gedaan over het witwassen van criminele inkomsten via cryptovaluta. Zo zijn verschillende verdachten veroordeeld<sup>41</sup> voor het witwassen met bitcoins die afkomstig zijn uit drugshandel via het darknet. Twee verdachten hebben ruim een half jaar grote hoeveelheden harddrugs, die werden verkocht op het darknet in ruil voor bitcoins, naar verschillende landen opgestuurd. De herkomst van deze bitcoins werd verhuld via een *bitcoin mixing service*, waarmee de ontvangen bitcoins werden gemengd en weer uitgedeeld. Op een gegeven moment is een van de verdachten zich toe gaan leggen op bitcoinhandel. Hij heeft op grote schaal bitcoins ingekocht waarvan is gebleken dat een groot deel ervan door derden op het darknet is verdiend. De bitcoins werden contant ingekocht en via bitcoinbeurzen verkocht, waarbij de verdachte een hoge provisie ontving. De verdachte verzocht zijn medeverdachten om te helpen het door hem per bank voor de bitcoins ontvangen bedrag te pinnen, zodat hij opnieuw contant bitcoins kon inkopen. Ook de modus operandi waarbij bitcoins werden ingewisseld tegen contant geld bij een bitcoinhandelaar die anonimiteit garandeerde om de criminele herkomst van de bitcoins te verhullen, heeft tot veroordelingen<sup>42</sup> geleid. Met deze omzetting is de criminele herkomst van de bitcoins, die immers via de blokketen had kunnen worden herleid, verhuld.

### Onderzoek smartphone

In een zaak voor het Hof Den Haag,<sup>43</sup> waar een beroep werd gedaan op het zogenoemde smartphone-arrest,<sup>44</sup> bij onderzoek naar computerbestanden van het bedrijf en van verdachte zelf, is het betreffende verweer verworpen. Het hof overweegt dat met het onderzoek naar de computerbestanden uitsluitend is gekeken naar de factuurstroom van bedrijf C met zzp'ers en bedrijf C met bedrijf G, welke alle louter zakelijke transacties betreffen. Dat vanuit die facturenstroom enig zicht op het beschermd privéleven van de verdachte is geweest, is naar oordeel van het hof op geen enkele wijze gebleken, laat staan dat het onderzoek zo verstrekkend is

geweest dat een min of meer compleet beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van verdachte.

### Zeden

De Hoge Raad heeft de vraag beantwoord of virtueel chatcontact onder het bereik van artikel 240a Sr valt.<sup>45</sup> Het ging in deze zaak om een schadelijke afbeelding die door verdachte via WhatsApp is verzonden naar een 13-jarig meisje. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof dat 'gelet op het daadwerkelijke contact tussen de verzender en ontvanger op programma's zoals Whatsapp' sprake is van 'vertonen' in de zin van artikel 240a Sr, juist is.

In de uitspraak van de Hoge Raad van 12 december 2017<sup>46</sup> worden eerdere overwegingen herhaald ten aanzien van de strafrechtelijke beoordeling van het op grote(re) schaal voorhanden hebben van kinderporno. Die uitgangspunten komen erop neer dat de steller van de tenlastelegging zich bij voorkeur zou moeten beperken tot het beschrijven van een selectie van een gering aantal (representatieve) afbeeldingen – zo mogelijk ten hoogste vijf – zonder in de tenlastelegging zelf enige aanduiding van of verwijzing op te nemen naar een wellicht grotere hoeveelheid waarvan die afbeeldingen deel uitmaken. In geval van bewezenverklaring van het handelen van de verdachte met betrekking tot een of meer van die in de tenlastelegging omschreven afbeeldingen kan vervolgens bij de straftoemeting rekening worden gehouden met het grootschalige karakter van het delict. De onderhavige tenlastelegging heeft, in afwijking van deze aanbevolen werkwijze, betrekking op onder meer 1.500 afbeeldingen, die – zonder nadere verduidelijking of herleidbaarheid tot die 1.500 afbeeldingen – in zes nader omschreven categorieën zijn onderverdeeld. De steller van de tenlastelegging heeft zich dus niet beperkt tot (een beschrijving van) een beperkte selectie van (representatieve) afbeeldingen. Uit de eisen die artikel 261 Sv in gevallen als de onderhavige stelt aan de dagvaarding, vloeit voort dat de tenlastelegging voor in het bijzonder de verdachte en de rechter ten aanzien van elk van die afbeeldingen, hetzij een voldoende concrete beschrijving dient te bevatten, hetzij de vindplaats van die beschrijving in het dossier dient te vermelden. De onderhavige tenlastelegging voldoet niet aan die eisen. Het oordeel van het hof dat de dagvaarding voldoet aan de eisen die de wet stelt, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>47</sup>

In een zedenzaak heeft de Rechtbank Den Haag, anders dan de officier van justitie en de raadsman, geoordeeld<sup>48</sup> dat foto's en filmpjes (te weten seksfilmpjes van minderjarigen, die de verdachte aan het slachtoffer heeft beloofd) zijn aan te merken als goederen in de zin van artikel 248a Sr, op grond van de Runescape-jurisprudentie<sup>49</sup> van de Hoge Raad.

41. Rb. Midden-Nederland 14 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5711-5717.

42. Rb. Rotterdam 8 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8988.

43. Hof Den Haag 15 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2649.

44. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584.

45. HR 31 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2805.

46. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3124.

47. HR 17 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3322, NJ 2017/217.

48. Rb. Den Haag 25 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11341.

49. HR 30 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BO9251.

Op 19 oktober 2017 heeft het Hof Amsterdam<sup>50</sup> overwogen dat dat het plaatsen van de naaktfoto in een post op Facebook tot gevolg heeft gehad dat deze naaktfoto is verschenen op de newsfeed van vrienden en volgers en dat daarmee sprake is van toezenden als bedoeld in artikel 240 sub 2 Sr.

De Rechtbank Midden-Nederland<sup>51</sup> heeft een verdachte vrijgesproken die via Skype een kinderpornografische afbeelding had verzonden aan een ander en daarbij geoordeeld dat het enkel automatisch toegankelijk stellen van kinderpornografisch materiaal via een shared drive niet voldoende is om te komen tot bewezenverklaring van het aanbieden van kinderporno, nu het dossier onvoldoende aanknopingspunten biedt voor de conclusie dat dit een actieve keuze is geweest van de verdachte.

Ten aanzien van het bestanddeel ‘een ontmoeting voorstelt’ uit artikel 248e Sr (grooming) overweegt de Rechtbank Gelderland<sup>52</sup> dat ‘Uit de wetgeschiedenis volgt [...] alleen dat een zekere vastheid/concreetheid is vereist. Dit betekent dat een zeker voorstel voor een ontmoeting (streckende tot het verrichten dan wel ondergaan van seksuele handelingen) moet zijn gedaan en dit voorstel concreet moet zijn geworden door het verrichten van een handeling gericht op het realiseren van die ontmoeting. Naar het oordeel van de rechtbank is hieraan voldaan gelet op de voorgaande berichten en tot slot de omstandigheid dat verdachte en aangeefster zich onder meer ook daadwerkelijk naar de afgesproken plek hebben begeven (en elkaar zelfs ook daadwerkelijk hebben ontmoet).’

## Omkoopings

*Verzorgd door mr. dr. E. Sikkema & mr. A. Verbruggen*

### Hoger beroep oud-wethouder Roermond

Op 20 december 2017 heeft het Gerechtshof Den Haag uitspraak gedaan in de geruchtmakende strafzaak tegen een oud-wethouder van Roermond.<sup>53</sup> Het hof veroordeelt de verdachte ter zake van het schenden van zijn geheimhoudingsplicht (het lekken van vertrouwelijke informatie uit de sollicitatieprocedure voor een nieuwe burgemeester), het wederrechtelijk gebruik van stempassen en volmachtbewijzen en (anders dan in eerste aanleg) ook ter zake van witwassen. Van het ronselen van stemmen voor twee verkiezingen wordt de oud-wethouder (net als in eerste aanleg) vrijgesproken. Wel wordt de verdachte veroordeeld wegens het als wethouder aannemen van giften van een bevriende projectontwikkelaar en van drie andere lokale ondernemers. In het onderstaande beperken wij ons tot deze omkoopingsfeiten.

De ten laste gelegde *giften* betroffen onder meer bezoeken aan vastgoedbeurzen in Cannes en München, bezoeken aan WK- en EK-voetbalwedstrijden, bezoeken aan de vakantiewoning van de medeverdachte in Saint-Tropez, en reizen naar diverse steden. De reis- en verblijfkosten werden daarbij door de medeverdachte voldaan; de verdachte heeft achteraf in een aantal gevallen wel een bijdrage aan die kosten betaald, maar die betalingen dekten slechts een gedeelte daarvan. De reizen kunnen daarmee volgens het hof worden aangemerkt als giften in de zin van artikel 363 lid 1 Sr (oud).

De verdachte ontkende dat hij door deze giften zou zijn bewogen tot een handelen of nalaten ten gunste van de medeverdachte in zijn functie van wethouder (een zogenoemde ‘tegenprestatie’). Bij de beoordeling van dit verweer betreft het hof de omvang en de aard van de giften, het moment waarop de giften zijn gedaan, alsmede de voor de verdachte kenbare bedoeling van de medeverdachte. Het hof stelt vast dat het door de verdachte genoten voordeel een meer dan beperkte omvang had; het ging in een aantal gevallen om enkele duizenden euro’s per bezoek. Op het moment dat de giften werden gedaan was de medeverdachte betrokken bij een aantal grote vastgoedprojecten binnen de gemeente Roermond, terwijl de verdachte als verantwoordelijk wethouder veel invloed had op de besluitvorming en het verloop van die projecten. Voor de verdachte was dan ook kenbaar dat de projectontwikkelaar een groot belang had bij het op goede voet blijven met de verdachte en het tot stand brengen, in stand houden en verbeteren van een goede relatie. Het hof concludeert dat de oud-wethouder wist, dan wel minst genomen de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de medeverdachte met dit doel heeft gehandeld. Anders dan het Openbaar Ministerie is het hof van oordeel dat (voor het overige) niet is gebleken van een concrete gunst of tegenprestatie die de verdachte zou hebben gegeven in ruil voor de giften; dat de medeverdachte daadwerkelijk door de verdachte is bevoordeeld of voorgetrokken kan niet worden vastgesteld. Ook ten aanzien van de giften die de verdachte heeft ontvangen van andere ondernemers oordeelt het hof dat niet is gebleken van een concrete gunst of tegenprestatie.

Het ‘vriendschapsverweer’ dat door de raadvrouw is gevoerd werpt volgens het hof geen ander licht op de giften en de (voor de verdachte kenbare) redenen waarom deze giften werden gedaan. Het hof onderkent dat de oud-wethouder en de projectontwikkelaar sinds lange tijd een hechte vriendschap hebben. Deze vriendschappelijke relatie is volgens het hof evenwel niet goed te scheiden van hun zakelijke relatie; beide hoedanigheden lopen in elkaar over. Deze vriendschap kan dan ook geen rechtvaardiging vormen voor het aannemen van de giften.

Waar het Openbaar Ministerie een (onvoorwaardelijke) gevangenisstraf van 24 maanden had gevorderd – en de rechtbank een taakstraf van 240 uren had opgelegd – komt het hof tot een volledig voorwaardelijke gevangene-

50. Hof Amsterdam 19 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4648.

51. Rb. Midden-Nederland 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5057.

52. Rb. Gelderland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5324.

53. ECLI:NL:GHDHA:2017:3702.

nisstraf van twee jaren. In beginsel acht het hof een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van geruime duur passend, maar tot oplegging daarvan gaat het hof niet over vanwege het blanco strafblad van de verdachte, diens gevorderde leeftijd, de omstandigheden dat hij persoonlijk geen groot voordeel heeft gehad van zijn handelen en dat hij geen concrete tegenprestaties aan de betrokken ondernemers heeft geleverd, de grote impact van de zaak op de verdachte en de publiciteit die deze zaak met zich heeft gebracht. De verdachte heeft niet de indruk gewekt dat hij het verkeerde van zijn handelen inziet, doch heeft steeds volgehouden dat hem geen strafrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Daarom legt het hof hem ter bescherming van de integriteit van het openbaar bestuur ook nog de bijkomende straf op van ontzetting van het recht om een bestuurlijk ambt te bekleden voor een periode van twee jaren (hij kan wel lid van de gemeenteraad en van Provinciale Staten blijven). De verdachte legt zich niet neer bij zijn veroordeling en heeft inmiddels beroep in cassatie ingesteld.

In de vorige aflevering van deze kroniek hebben wij kort aandacht besteed aan het vonnis van de Rechtbank Rotterdam in deze zaak.<sup>54</sup> Door te spreken over ‘vele tinten grijs’ en door onderscheid te maken tussen de voorkant van het delict (de giften) en de achterkant daarvan (het verband met een tegenprestatie) suggereerde de rechtbank dat het handelen van de verdachte weliswaar viel binnen (de zeer ruim getrokken grenzen van) de wettelijke strafbaarstelling van artikel 363 Sr (oud), maar dat van ‘grootschalige ernstige corruptie’ geen sprake was geweest. Het hof laat zich daarentegen niet expliciet uit over de ruime reikwijdte van de strafbaarstelling en spreekt evenmin over grijstinten of over de achterkant van corruptie. Benadrukt wordt dat de verdachte het goede functioneren en de integriteit van het openbaar bestuur heeft ondermijnd en het vertrouwen van de burger in dat openbaar bestuur ernstig schade heeft berokkend. Toch blijkt ook het hof bij de straftoemeting zwaar te tillen aan de omstandigheid dat niet is komen vast te staan dat de verdachte concrete tegenprestaties aan de betrokken ondernemers heeft geleverd. In combinatie met de genoemde persoonlijke omstandigheden leidt dat – net als in eerste aanleg – tot een veel lagere straf dan door het Openbaar Ministerie was gevorderd (voor zover het bij een voorwaardelijke gevangenisstraf blijft). Geconstateerd moet worden dat de toon van de overwegingen van het hof weliswaar aanzienlijk verschilt van die van de rechtbank, maar dat de strafbaarheid en de ernst van de feiten in hoger beroep uiteindelijk niet wezenlijk anders wordt gewaardeerd.

### De gouverneur van Virginia in cassatie

Een andere vergelijking dringt zich op. In veel opzichten is de Verenigde Staten gidsland voor Nederland waar het gaat om de aanpak en bestrijding van corrup-

tie.<sup>55</sup> In augustus 2016 deed de *Supreme Court* aldaar een uitspraak die haaks staat op Nederlandse uitspraken en die *food for thought* dient te zijn voor wetgever en rechter. In *McDonnell vs. United States*<sup>56</sup> werd een uitspraak van de *District Court for the Eastern District of Virginia*, waarbij de gouverneur van Virginia werd veroordeeld, vernietigd. De casus lag als volgt. De gouverneur accepteerde een grote hoeveelheid geschenken (ter waarde van wel \$ 175.000), gunsten en leningen van een farmaceut, die, zo wordt verondersteld, ertoe moesten strekken dat de gouverneur zijn invloed zou uitoefenen om de universiteit van Virginia een studie naar *anataboc*, een supplement dat de onderneming aan het ontwikkelen was, uit te laten voeren. Die studie zou uiteindelijk behulpzaam moeten zijn voor toelating tot de markt en *branding* van het nieuwe product. De gouverneur deed ook het een en ander; hij belegde bijeenkomsten, belde een andere overheidsdienaar en organiseerde een evenement waarop voor de farmaceut relevante personen aanwezig waren.

Waar de lagere rechter vond dat dit voldeed als tegenprestatie in relatie tot de giften, oordeelde de *Supreme Court* anders. Deze uitspraak wordt primair ingegeven doordat het Amerikaanse recht vergt dat er een *quid pro quo* is, hetgeen uiteindelijk de kern van de omkoping is.<sup>57</sup> Hetgeen de gouverneur als wederdienst had gedaan, kwalificeerde, aldus de *Supreme Court*, niet als een ‘official act’. Nadrukkelijk overweegt de *Supreme Court* dat de door de vervolgende overheid voorgestane interpretatie tot een veel te grote reikwijdte van de corruptiebepaling zou leiden en tot onduidelijkheid. Het zou ambtenaren onnodig beperken in hun handelen.

Juist doordat er in de praktijk veel bewijsproblemen waren rond de causaliteit, werd artikel 363 Sr aangepast en hoeft er geen daadwerkelijke wederdienst meer op de acceptatie van een geste van waarde te volgen. Onze bepaling heeft daardoor een grotere reikwijdte dan nodig. Om het causaliteitsbewijsprobleem uit de weg te helpen, heeft de wetgever ervoor gekozen gedrag strafbaar te stellen dat eigenlijk niet wordt beoogd strafbaar te zijn.

De wetgever dient wellicht te heroverwegen of er niet toch een sterker causaliteitsvereiste in de corruptiebepalingen dient te worden gevlochten, opdat het *quid pro quo*-karakter weer tot uitdrukking komt. De rechter kan zich ondertussen afvragen of het, in deze dagen waarin materiële rechtsbescherming de formele rechtsbescherming goeddeels vervangt, niet is geïndiceerd om de bestanddelen van de ambtelijke omkopingsdelicten zo te

54. ECLI:NL:RBROT:2016:5272, ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht eerste helft 2017’, *TBS&H* 2017, afl. 3, p. 179-81.

55. T.R. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Internationale trends in preventie, detectie en repressie van corruptie’, *TvS&O* 2017, afl. 4, p. 150-59; T.R. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Corruptie: status quo en de toekomst’, *TBS&H* 2015, p. 225-34; R. de Lange, ‘Tijd dat bestuurder wegkomt met taakstraf of boete is voorbij’, *FD* 30 april 2017.

56. 136 S. Ct. 2355 (2016).

57. 18 USCA §200 (b) 2 (a) van de *Federal Bribery Statute* bepaalt dat ‘It is a crime for a public official (...) corruptly to (...) seek (, receive), accept or agree to receive or accept anything of value (...) in return for being influenced in the performance of any official Act.’

interpreteren dat er weer een verband ontstaat tussen gift en mogelijke wederdienst. Dat zou ook bevorderen dat het onderscheid tussen ambtelijke en commerciële corruptie kleiner wordt, hetgeen in de rede ligt nu het onderscheid tussen de overheidssector en de publieke sector is vervaagd. Vooral, evenwel, kan het Openbaar Ministerie, dat immers zo graag naar gene zijde van de oceaan kijkt, zich kritisch afvragen of ook zaken dienen te worden aangepakt waarin weliswaar gestes zijn verstrekt, maar van *undue influence* uiteindelijk geen sprake is geweest. In de woorden van de *Westlaw Journal White-Collar Crime*:<sup>58</sup> ‘*Those decisions [van de Supreme Court – AV] have narrowly interpreted seemingly broad statutory language to limit potential overreaching by prosecutors while giving more concrete shape to otherwise vague criminal statutes.*’ Het moge wetgever en rechter tot inspiratie strekken.

### De NS-zaak aanbestedingsfraude Limburg in eerste aanleg

Met diezelfde blik kunnen de geruchtmakende uitspraken van de Rechtbank Oost-Brabant in de zogeheten NS-zaak aanbestedingsfraude Limburg worden bekeken.<sup>59</sup> Hoewel de casus in de media breed werd uitgemeten, toch zekerheidshalve nog even: in het kader van de aanbesteding openbaar vervoer Limburg ging NS in zee met een werknemer, voorheen werkzaam bij een concurrentvervoerder die ook zou deelnemen aan de tender. Deze werknemer zou meewerken voor NS aan die aanbesteding – in strijd met het voor die werknemer geldende concurrentiebeding – en tevens bedrijfsvertrouwelijke informatie van zijn voormalig werkgever prijsgeven aan NS.

Het Openbaar Ministerie zette hoog in: zowel de NS als zeven individuele verdachten, waaronder de top van de NS werden gedagvaard. Er werd ex cathedra gerequireerd en de eisen logen er niet om.

In schril contrast hiermee het resultaat: een integrale vrijspraak voor alle verdachten, voor alle feiten. In het kader van deze kroniek is met name de uitspraak van belang die ziet op de interpretatie van artikel 328ter Sr (oud). En de verhouding die deze bepaling heeft tot zijn nieuwe pendant.

De rechtbank stelt voorop dat de oude bepaling nadrukkelijk gunstiger is voor verdachten dan de nieuwe; niet enkel door de hogere strafbedreiging van het nieuwere artikel, maar ook door de inhoud. De nieuwe bepaling breidt de strafbaarstelling van commerciële omkoping immers uit tot gedragingen voorafgaand aan die dienstbetrekking en na beëindiging van de dienstbetrekking. De rechtbank verwerpt de interpretatie van het Openbaar Ministerie dat het concurrentiebeding een na-ijlende werking zou hebben en er derhalve sprake was van schending van een lopende verplichting. Eveneens ver-

werpt de rechtbank de gedachte dat de werknemer zich tijdens zijn dienstverband heeft laten omkopen, omdat hem diverse zaken in het vooruitzicht werden gesteld, hij mogelijk daarom zijn dienstverband heeft beëindigd en zich als consultant heeft laten inhuren door NS. Een dergelijke extensieve interpretatie, aldus de rechtbank, zou op gespannen voet staan met tekst en bedoeling van de bepaling, zoals die ten tijde van de strafbare gedraging luidde en leidde tot ongeoorloofde uitbreiding van de strafbaarheid.

Het Openbaar Ministerie heeft inmiddels hoger beroep aangetekend; het Gerechtshof 's-Hertogenbosch mag zich thans over de zaak buigen.

## Bijzondere wetgeving

Verzorgd door mr. dr. drs. B. van de Vorm

### Drank- en Horecawet

In de tweede helft van 2017 zijn een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak verschenen die betrekking hebben op de toepassing van de Wet Bibob. Deze uitspraken hebben over het algemeen niet geleid tot nieuwe inzichten. In een aantal van deze uitspraken staat de handhaving van de Drank- en Horecawet centraal. Uit een van deze uitspraken blijkt dat door de burgemeester van Kerkrade een drank- en horecaverunning is geweigerd aan de appellante. Deze weigering is gebaseerd op een advies van het Landelijk Bureau Bibob. Uit dit advies blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar dat de aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, dan wel om strafbare feiten te plegen (r.o. 2). Er is dus zowel sprake van de aanwezigheid van de ‘a-grond’ als de ‘b-grond’. Centraal staat de aanwezigheid van een ‘rotte appel’. In hoger beroep wordt door de appellante onder andere betoogd dat de burgemeester niet aan zijn vergewisplicht, zoals bedoeld in artikel 3:9 Awb, zou hebben voldaan. Ook wordt door de appellante betoogd dat de ‘rotte appel’ niet is veroordeeld voor de strafbare feiten, die in het advies zijn gebruikt (r.o. 4). Beide betogen treffen – terecht – geen doel. De Afdeling overweegt dat nergens uit blijkt dat de burgemeester niet zou hebben voldaan aan zijn vergewisplicht en ook is niet vereist dat slechts sprake zou moeten zijn van veroordelingen. Ook vermoedens kunnen namelijk ertoe leiden dat aannemelijk is dat de ‘rotte appel’ zich schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten, hetgeen hier het geval is (r.o. 4). Deze uitspraak van de Afdeling is een voorbeeld van het succes van de Wet Bibob. Door middel van deze wet kunnen immers schijnconstructies worden doorgeprikt.<sup>60</sup>

In een vergelijkbare zaak heeft de burgemeester van Den Haag een aanvraag om verlening van een exploitatiever-

58. B. Dooley, ‘Official acts’ and McDonnell v. United States’, *Westlaw Journal White-Collar Crime* 2016, nr. 12.

59. Rb. Oost-Brabant, 21 december 2018, ECLI:NL:RBOBR:2017:6647. De overige uitspraken zijn thans (nog) niet gepubliceerd.

60. ABRvS 4 oktober 2017, *Gst.* 2017/194, m.nt. Van der Vorm.

gunning en een drank- en horecaverunning afgewezen op grond van een advies van het Landelijk Bureau Bibob. De reden van deze afwijzing is gelegen in de aanvaarding van een erfenis door bestuurder A. Volgens het Landelijk Bureau Bibob en de burgemeester van Den Haag is sprake van een ernstig gevaar voor witwassen (de 'a-grond') omdat de erflater indirect misdaadgeld heeft verschaft aan de horeca-inrichting. Het hoger beroep van de appellante wordt ongegrond verklaard.<sup>61</sup>

Dit zijn niet de enige uitspraken in de tweede periode van 2017 die betrekking hebben op de Wet Bibob. De andere Bibob-uitspraken hebben betrekking op de weigering een omgevingsvergunning te verlenen,<sup>62</sup> de weigering tot vergunningverlening voor het exploiteren van een sportkantine en het verkopen van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse<sup>63</sup> en de toepassing van de Wet Bibob ten aanzien van coffeeshops.<sup>64</sup>

Ten aanzien van de handhaving van de Drank- en Horecawetgeving is het zeker niet altijd noodzakelijk dat de Wet Bibob wordt ingezet. Een voorbeeld hiervan is een zaak waarin de burgemeester van Hengelo de aanvraag van de appellante om een drank- en horecaverunning ten behoeve van een café te Hengelo heeft afgewezen. Deze afwijzing is gebaseerd op een op de appellante betrekking hebbend uittreksel van de Justitiële Documentatie en een advies van het Regionale Informatie en Expertisecentrum Oost-Nederland van 23 maart 2016. Hieruit blijkt dat de appellante vanaf 1996 veel strafrechtelijke en fiscaalrechtelijke antecedenten op zijn naam heeft staan. De weigering van de drank- en horecaverunning is gebaseerd op artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, Drank- en Horecawet ('slecht levensgedrag'). Met instemming van de Afdeling mocht de burgemeester gelet op het bepaalde in artikel 27, eerste lid, van de Drank- en Horecawet in samenhang bezien met artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, van de Drank- en Horecawet, de drank- en horecaverunning weigeren.<sup>65</sup>

Strafrechtelijke informatie kan ook blijken uit bestuurlijke rapportages. Uit een uitspraak van de Afdeling blijkt dat de burgemeester van Eindhoven op 26 september 2014 aan de appellante ten behoeve van een café een vergunning heeft verleend op grond van de Drank- en Horecawet. De burgemeester heeft van de politie Eindhoven Zuid opgemaakte bestuurlijke rapportages over incidenten in en om het café ontvangen. In de genoemde rapportages zijn incidenten opgenomen, die betrekking hebben op geweldpleging. Op grond hiervan wordt door de burgemeester het café voor drie maanden gesloten en de drank- en horecaverunning ingetrokken.

61. ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3113.

62. ABRvS 20 september 2017, AB 2017/355, m.nt. Van der Vorm.

63. ABRvS 4 oktober 2017, Gst. 2017/193, m.nt. Van der Vorm.

64. ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2586. Zie over deze uitspraak B. van der Vorm, 'De Wet Bibob: een Schiedamse coffeeshop met belastingperikelen', TBS&H 2017, p. 249-251.

65. ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2551.

Het door de appellante ingestelde hoger beroep wordt door de Afdeling ongegrond verklaard.<sup>66</sup>

### Wet op de kansspelen

Op grond van de Wet op de kansspelen is het mogelijk om bestuurlijke boetes op te leggen, die behoorlijk kunnen oplopen. Zo heeft de Kansspelautoriteit een bestuurlijke boete opgelegd ter hoogte van € 80.000 aan de appellanten, omdat zij zonder vergunning een kansspel, in de vorm van een loterij, hebben aangeboden. In hoger beroep wordt door de appellanten betoogd dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de Kansspelautoriteit bij het opleggen van de bestuurlijke boete niet is uitgegaan van het medeplegen van de overtreding en het opleggen van de bestuurlijke boete in strijd is met de onschuldpresumptie. Voorts wordt betoogd dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om zich uit te laten over de toevoeging aan het besluit op bezwaar dat de appellanten persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn voor de boete. De uitspraak van de rechtbank zou eveneens onvoldoende zijn gemotiveerd, omdat de rechtbank niet is ingegaan op de vraag wanneer de cautie had moeten worden gegeven, en ook zou de rechtbank ten onrechte geen aanleiding hebben gezien voor matiging. Al deze aspecten worden door de Afdeling afgewezen. Tot slot wordt door de appellanten aangevoerd dat de rechtbank bij het beoordelen van de vraag of de redelijke termijn is overschreden ten onrechte van belang heeft geacht dat zij niet ter zitting bij de rechtbank zijn verschenen en een overschrijding van de termijn (deels) aan hen te wijten is. Dit betoog wordt door de Afdeling geaccepteerd, omdat op het moment van de uitspraak van de rechtbank (21 juni 2016) de redelijke termijn met één maand en enkele dagen is overschreden. Het gevolg hiervan is dat de opgelegde boete van € 80.000 met € 2.500 dient te worden gematigd, waardoor de hoogte van de bestuurlijke boete wordt vastgesteld op € 77.500.<sup>67</sup>

In een andere zaak heeft de politie geconstateerd dat in een koffiehuis in strijd met artikel 1 van de Wet op de kansspelen gokactiviteiten plaatsvonden, waarvoor geen vergunning was verleend. Volgens een op ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal heeft de appellante tegenover de politie verklaard dat hij een deel van de gokopbrengsten ontving en was hij op 14 november 2016 door de rechtbank en op 20 juni 2017 in hoger beroep door het Hof Amsterdam veroordeeld wegens het bieden van gelegenheid tot de gokactiviteiten. Mede naar aanleiding van deze activiteiten heeft de burgemeester de sluiting van het koffiehuis bevolen. Volgens de Afdeling heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de burgemeester voor onbepaalde tijd de sluiting van het koffiehuis mocht bevelen.<sup>68</sup>

Tot slot kan worden gewezen op een zaak, waarin de Kansspelautoriteit een last onder dwangsom heeft opge-

66. ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3199.

67. ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2394.

68. ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2786.

legd aan Curo<sup>69</sup> en zich op het standpunt heeft gesteld dat Curo door het leveren van betaaldiensten ten behoeve van illegale kansspelwebsites van Bluemay<sup>70</sup> handelt in strijd met artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet op de kansspelen. Voorts heeft de Kansspelautoriteit zich op het standpunt gesteld dat het algemeen belang van informatievoorziening aan de consument en transparantie over haar eigen functioneren in dit geval openbaarmaking van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom rechtvaardigen en zwaarder moeten wegen dan de belangen van Curo. Door Curo wordt in hoger beroep betoogd dat de rechtbank heeft miskend dat de Kansspelautoriteit het begrip ‘bevorderen’ in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet op de kansspelen te ruim heeft uitgelegd en valt het aanbieden van de betaaldiensten niet onder dat begrip. De Afdeling is het eens met Curo en overweegt dat de in de last onder dwangsom verboden gedraging niet nauwkeurig, duidelijk en ondubbelzinnig in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet op de kansspelen is omschreven. De Kansspelautoriteit was, mede gelet op artikel 5:4 Awb, daarom niet bevoegd tot het opleggen van de last onder dwangsom over te gaan. Ten aanzien van de openbaarmaking van het sanctiebesluit overweegt de Afdeling dat vanwege het feit dat de Kansspelautoriteit ten onrechte een last onder dwangsom heeft opgelegd, de rechtbank niet heeft onderkend dat de Kansspelautoriteit ten onrechte tot openbaarmaking van het besluit is overgegaan en Curo door die openbaarmaking onevenredig is benadeeld.<sup>71</sup>

### Opiumwet

De jurisprudentie op het gebied van drugs is erg omvangrijk, hetgeen wordt veroorzaakt door de toepassing van artikel 13b Opiumwet.<sup>72</sup> Op grond van artikel 13b Opiumwet is het mogelijk om een woning of lokaal te sluiten, indien daar een handelshoeveelheid drugs wordt aangetroffen. Tot de uitspraak van de Afdeling op 26 oktober 2016 had een beroep van de belanghebbende op persoonlijke omstandigheden nauwelijks kans van slagen in de zin dat de burgemeester van sluiting zou moeten afzien. In een uitspraak van 26 oktober 2016 is de Afdeling echter ‘om’ gegaan. Sinds deze uitspraak wordt steeds ingegaan op aangevoerde persoonlijke omstandigheden van de belanghebbende.<sup>73</sup>

Het is staande jurisprudentie dat de sanctiebevoegdheid van artikel 13b Opiumwet geen bestraffende sanctie is.<sup>74</sup>

69. Curo is een *Collecting Payment Service Provider*, een betaaldienstverlener, gespecialiseerd in het verzorgen van financiële transacties tussen consumenten en online verkopers. Hij zorgt ervoor dat websitehouders gebruik kunnen maken van diverse door derden aangeboden betaalmethoden, zoals ‘iDeal’ en ‘creditcard’. Hij beschikt over een vergunning van De Nederlandsche Bank.

70. Dit is een aanbieder van online kansspelwebsites.

71. ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3571.

72. A.E.M. van den Berg & J.H.A. van der Grinten, ‘Kroniek openbare-orde-recht 2017’, *Gst.* 2017/195, p. 1040.

73. A.E.M. van den Berg & J.H.A. van der Grinten, ‘Kroniek openbare-orde-recht 2017’, *Gst.* 2017/195, p. 1040.

74. B. van der Vorm, ‘De sanctiebevoegdheid van de burgemeester in artikel 13b Opiumwet’, *TBS&H* 2017, p. 168.

Dit betekent echter niet dat de sanctiebevoegdheid nimmer als een bestraffende sanctie kan worden aangemerkt. De Afdeling heeft namelijk eerder overwogen dat ‘indien de toepassing van deze bevoegdheid in een concreet geval verder zou strekken, de sanctie niet meer uitsluitend het karakter van een herstelsanctie heeft, maar ook een leedtoevoegend karakter kan hebben en dan (wel) als een strafsanctie moet worden beschouwd.’<sup>75</sup> Een dergelijke zaak lijkt zich nu te hebben voorgedaan. Uit een belangrijke uitspraak van de Afdeling blijkt dat de burgemeester van Maastricht bij besluit van 23 juli 2014 onder aanzegging van bestuursdwang gelast de woning in Maastricht te sluiten voor de duur van drie maanden. De Afdeling overweegt in rechtsoverweging 7.2 als volgt:

‘De Afdeling is gelet op de onder 6.3 genoemde omstandigheid dat nergens uit blijkt dat de levering en doorverkoop van hennep plaatsvond aan de deur van de woning van [appellante], evenwel van oordeel dat de burgemeester in dit geval onvoldoende heeft gemotiveerd dat sluiting van de woning van [appellante] met het oog hierop noodzakelijk was.’

Hiermee bedoelt de Afdeling dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet onvoldoende is gemotiveerd ten aanzien van het te bereiken doel van deze bepaling. Er is geen sprake van leedtoevoeging, indien deze sanctie noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen en herhaling daarvan te voorkomen. Volgens de Afdeling kan de rechtbank zonder nadere motivering van de burgemeester echter niet worden gevolgd in haar oordeel dat geen sprake is van een ‘criminal charge’. Deze uitspraak laat zien dat de sanctiebevoegdheid van artikel 13b Opiumwet onder omstandigheden wel degelijk kan worden aangemerkt als een ‘criminal charge’. Indien onder deze omstandigheden sprake is van een ‘criminal charge’ is de ‘verhoogde rechtsbescherming’ van artikel 6, tweede lid, EVRM, van toepassing op artikel 13b Opiumwet en dat zal zeker niet betekenisloos zijn.

### Wet wapens en munitie

Enige tijd geleden doken grote partijen als gadget bedoelde, zogenoemd creditcardmessen op. Het mes lijkt in ingeklapte vorm qua afmeting op een creditcard of bankpasje en bevat een mechanisme om het uit te klappen en om te vormen tot een mes(je). Het wordt in vele variaties te koop aangeboden en kennelijk zijn veel mensen zich niet ervan bewust dat het vervaardigen, de handel en het bezit van deze creditcardmessen verboden wordt geacht. Feitenrechtters worstelden met de vraag of dit ding moest worden aangemerkt als een blank wapen dat uiterlijk lijkt op een ander voorwerp dan een wapen in de zin van artikel 2 lid 1, categorie I onder 4<sup>o</sup> WWM, waarvan het voorhanden hebben ingevolge artikel 13 lid 1 WWM verboden is. De Hoge Raad heeft in HR 17 oktober 2017, ECLI:2641, NJ 2017/417, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis geoordeeld dat met cate-

75. A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2015, p. 314.

gorie I in artikel 2 WWM niet is beoogd een limitatieve opsomming te geven van opvouwbare messen die verboden zijn. Ook de opvatting dat een opvouwbaar mes dat niet aan de criteria van artikel 2 WWM voldoet niet kan worden aangemerkt als een blank wapen zoals is bedoeld in categorie I onder 4°, WWM, vindt geen steun in het recht. Het creditcardmes is terecht aangemerkt als een blank wapen dat uiterlijk lijkt op een ander voorwerp dan een wapen. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat het hof heeft vastgesteld dat ‘het mes lijkt op een pasje (card), waarbij het lemmet geheel binnen de afmetingen van het pasje valt.’ Kort daarvoor was ook Hof ’s-Hertogenbosch 20 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3996, tot ditzelfde oordeel gekomen, daarmee het vonnis van de Bossche politierechter bevestigend.

## Overig: moderne ontnemingsprocedure

*Verzorgd door mr. dr. J.S. Nan*

In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt ook het procesrecht voor de ontnemingsprocedure van een likje verf voorzien. In de onlangs gepubliceerde conceptversie komen de regels van artikel 511b e.v. Sv in een modern jasje terug in het Zesde Boek, ‘Bijzondere regelingen’ (Hoofdstuk 4, titel 4.1). Een belangrijke verandering is dat bij de berechting van de strafzaak (zie het concept van Boek 4) in de regel ook de ontnemingsvordering wordt behandeld en dienaangaande wordt bezien of die maatregel moet worden opgelegd. Er wordt een geïntegreerd onderzoek naar strafzaak en wederrechtelijk verkregen voordeel nagestreefd, waarbij laatstgenoemde in de eerstgenoemde procedure zonder nadere specificatie simpelweg wordt meegenomen. De rechtbank beraadslagt ingevolge concept artikel 4.3.1.3 over de oplegging van ‘een bij de wet bepaalde straf of maatregel’, waaronder dus ook de ontnemingsmaatregel. Verdere regels dienaangaande zijn vooralsnog achterwege gelaten. Deze integratie wordt gemotiveerd met de stelling dat het uitgangspunt is dat bij de berechting – van de strafzaak – over alle strafrechtelijke consequenties van een strafbaar feit wordt beslist.<sup>76</sup> Misschien goed om te melden dat de wetgever bij de invoering van artikel 36e Sr nu juist van mening was dat de verschillen in rechtskarakter en bewijsregeling tussen de vervolging en straftoemeting van het strafbare feit enerzijds en de ontneming anderzijds, redenen vormden om op de ontneming afzonderlijk te beslissen.<sup>77</sup>

De ontnemingsvordering kan slechts afzonderlijk aanhangig worden gemaakt ‘indien de ingewikkeldheid van de zaak daartoe aanleiding geeft’, hetgeen dan binnen

twee jaar na een veroordelende uitspraak moet gebeuren (concept artikel 6.4.1.1). Met ‘de zaak’ wordt de ontnemingszaak bedoeld.<sup>78</sup> Een aparte procedure dient uitzondering te zijn, nu volgens de concept memorie van toelichting een zaak niet snel te ingewikkeld moet worden geacht om tezamen met de hoofdzaak te worden afgedaan.<sup>79</sup> Zo is de zaak niet automatisch ingewikkeld als aan de verdachte ook andere strafbare feiten ten laste zijn gelegd, of als het onderzoek ter bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel nog niet is afgerond. Wel ingewikkeld zal een zaak volgens de concepttoelichting zijn als bij deelneming aan een criminele organisatie de rol van de verdachte moet worden vastgesteld om het voordeel aan hem toe te kunnen rekenen, de medewerking van de autoriteiten in andere landen noodzakelijk is of een fiscale afwikkeling aan de orde zou kunnen zijn.<sup>80</sup> Het begrip ingewikkeldheid moet dus ruimer worden opgevat dan alleen inhoudelijke complexiteit aangaande het vaststellen van het voordeel. Ook redenen van proceseconomische aard kunnen de zaak dus ingewikkeld maken. Het zal praktisch zijn als de redenen voor een afzonderlijke afdoening ook buiten de complexiteit van de voorliggende ontnemingszaak zelf kunnen worden gezocht. Te denken is dan met name aan de gelijktijdige berechting van de strafzaken van een behoorlijk aantal medeverdachten, zeker als niet aan alle verdachten grotendeels dezelfde strafbare feiten ten laste zijn gelegd (en evenmin een ontneming aan de orde is). De behandeling van de ontneming(svordering?) van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan dan over en weer voor ongewenste vertraging zorgen.

Bij een geïntegreerde afdoening valt de ontnemingszaak als zelfstandige procedure weg en gaat deze onder de vlag van de berechting – dat is de behandeling van een strafzaak (concept artikel 1.1.2.3) – verder. Opvallend is dat er, zoals gezegd, in Boek 4 (‘Berechting’) (nog) geen regels voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel in het bijzonder zijn opgenomen. De conceptwetgever houdt nadrukkelijk de mogelijkheid open dat dit alsnog zal gebeuren. Bij de bepalingen over de beraadslaging voor de oplegging van andere straffen en maatregelen zijn weliswaar ook geen nadere regels gesteld, maar in Boek 6 worden nu wel bijzondere voorschriften voor de ontneming opgenomen.<sup>81</sup> Het zou inderdaad gek zijn als voor het uitzonderingsgeval van een afzonderlijke vonnisprocedure wél een nadere regeling wordt opgetuigd, maar voor de hoofdregel van gelijktijdige afdoening van de strafzaak en de ontnemingsvordering middels één onderzoek ter terechtzitting en één vonnis niet. Zijn de ontnemingsbepalingen van Boek 6 dan van overeenkomstige toepassing op de ontneming die afgedaan wordt via Boek 4? Voor de meerderheid van de te behandelen

76. Concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 40, en concept memorie van toelichting bij Boek 4, p. 6.

77. *Kamerstukken II 1989/90, 21 504, 3, p. 9 en 16.*

78. Zie concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 40.

79. Nu worden om proceseconomische redenen ook al veel hoofd- en ontnemingszaken gelijktijdig afgedaan, zij het dat dan in twee zaken de stukken (proces-verbaal en uitspraak) moeten worden opgemaakt.

80. Concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 40 e.v.

81. Concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 41, en concept memorie van toelichting bij Boek 4, p. 6.

zaken zouden er dan geen eigen regels gelden en voor de minderheid van de zaken wel. Maar zelfs een schakelbepaling ontbreekt in het concept van Boek 4. In dat concept is aangaande de ontnemingsmaatregel niet meer opgenomen dan dat de officier van justitie bij zijn requisitoir kenbaar maakt of hij voornemens is een vordering als bedoeld in artikel 36e Sr aanhangig te maken, voor zover dit aan de verdachte nog niet eerder was gebleken (concept artikel 4.2.4.10.1 lid 2). Dat zal dan gaan om de afzonderlijke vordering als bedoeld in het Zesde Boek. In de voorschriften inzake de berechting komt (het aanhangig maken van) een dergelijke vordering, de behandeling daarvan en de beslissing daarop allemaal (nog) niet voor. Dat zal nog wel (moeten) veranderen, denk ik.

Dan kort de (uitzonderings)regeling in Boek 6 zelf. In concept artikel 6.4.1.4 is bepaald 'dat de rechter naar aanleiding van de vordering en van het onderzoek op de terechtzitting beraadslaagt over de vraag of de in artikel 36e Sr bedoelde maatregel moet worden opgelegd en zo ja, op welk bedrag de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel is te schatten en op welk bedrag de betalingsverplichting dient te worden vastgesteld.' Het gaat dus om drie vragen. Bij de vraag *of* onrechtmatig voordeel is genoten (vraag 1), moet de rechter de aannemelijkheid daarvan beoordelen (concept artikel 6.4.1.5 lid 1). Daarna moet hij de schatting van het op geld waardeerbare voordeel (vraag 2) ontlenen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen (concept artikel 6.4.1.5 lid 2). Daarop ziet de aannemelijkheid van het eerste lid niet. Na de schatting van het voordeel moet de rechter het daadwerkelijk terug te betalen bedrag vaststellen (vraag 3). De daadwerkelijke betalingsverplichting kan nog altijd op een lager bedrag worden vastgesteld.<sup>82</sup> Die mogelijkheid blijft overigens in het huidige vijfde (straks vierde) lid van artikel 36e Sr geregeld.

Enkele onderdelen van artikel 36e Sr verhuizen vanwege het strafvorderlijke karakter naar strafvordering. Het idee daarbij is dat alle voorschriften die op het bewijs zien bij elkaar in concept artikel 6.4.1.5 worden gezet.<sup>83</sup> De bepaling dat de rechter het bedrag vaststelt waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat (zie de eerste zin van artikel 36e lid 5 Sr), gaat zoals hiervoor al bleek naar concept artikel 6.4.1.4. Het vermoeden over uitgaven en voorwerpen die worden geacht wederrechtelijk verkregen voordeel te belichamen, gaat van het derde en vierde lid van artikel 36e Sr naar concept artikel 6.4.1.5 leden 4 en 5. Dat is een logisch gevolg van de insteek van de minister.

Het strafvorderlijk financieel onderzoek (SFO), thans geregeld in artikel 126-126fa Sv, komt te vervallen. Het onderzoek naar het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt beschouwd als een vorm van opsporing. Alle in de regeling van het SFO opgenomen bevoegdheden,

zoals het verlangen van inzage of opvragen van bescheiden en gegevens en het leggen van conservatoir beslag, kunnen ook buiten het SFO worden toegepast. Lopende de zaak kunnen opsporingsbevoegdheden worden ingezet ter zake van het onderzoek naar het wederrechtelijk verkregen voordeel. Pas nadat de uitspraak over de ontneming onherroepelijk is geworden, houdt dat straks op. De opsporing van het wederrechtelijk verkregen voordeel zou daarom niets te kort komen.<sup>84</sup>

82. Concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 109. Zie over het verschil tussen de schatting van het voordeel en de uiteindelijke betalingsverplichting al de noot van Reijntjes onder *NJ* 1998/242.

83. Concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 40 en 44.

84. Concept memorie van toelichting bij Boek 6, p. 42-43.