

Subjectieve bestanddelen

F. de Jong en E. Sikkema

1 Inleiding

Met de term ‘subjectieve bestanddelen’ wordt bedoeld op de delictsbestanddelen opzet en schuld. Binnen het geheel van misdrijven die het bijzonder strafrecht rijk is, vertegenwoordigt de schuld of culpa een relatieve zeldzaamheid. Dit heeft te maken met de systematiek van veel ordeningswetten: vaak loopt het onderscheid tussen overtredingen en misdrijven binnen bijzondere strafwetgeving over de band van het opzet. Indien en voor zover een bepaalde gedraging opzettelijk is verricht, is dan sprake van een misdrijf; indien en voor zover deze gedraging niet opzettelijk, maar bijvoorbeeld culpoos, is verricht, is sprake van een overtreding. Om die reden staat in dit hoofdstuk vooral het opzet centraal. In de volgende paragraaf bespreken wij om te beginnen in hoofdlijnen de inhoud van het opzetbegrip in het commune strafrecht. In de daarop volgende paragrafen gaan wij in op de vraag of deze lijnen zich laten doortrekken naar het bijzonder strafrecht.

De vraag of, en in hoeverre, de hoofdlijnen van het commune opzetbegrip zich laten doortrekken naar het bijzonder strafrecht kan niet worden beantwoord zonder aandacht te besteden aan een aantal bijzonderheden van het ordeningsstrafrecht. Gedacht kan worden aan de technieken van strafbaarstelling binnen verschillende deelterreinen van het bijzonder strafrecht, zoals de gelede normstelling binnen de WED, en aan de complexiteit van de verschillende wettelijke regelingen binnen het bijzonder strafrecht. De talrijke open normen binnen delictsomschrijvingen en allerhande daaraan gepaarde onderzoeksplichten vormen een ander aandachtspunt. In economische en in fiscale strafzaken wordt bijvoorbeeld het voorwaardelijk opzet geregeld onderbouwd met feiten en omstandigheden die mede een zorgplichtschending inhouden. De verdachte wordt dan verweten dat hij bewust de aanmerkelijke kans op het feit heeft aanvaard, door geen maatregelen te nemen ter voorkoming van het feit of door niet te voldoen aan zijn onderzoeksplicht, terwijl daartoe alle aanleiding heeft bestaan. Die laatstgenoemde problematiek bespreken wij vooral in paragraaf 5, maar aspecten ervan en tevens de eerder genoemde aandachtspunten worden ook in eerdere paragrafen al aan de orde gesteld.

In paragraaf 3 gaan wij vrij uitvoerig in op de oude vraag of het opzetbegrip binnen het bijzonder strafrecht een boos of een kleurloos begrip is. In deze paragraaf wordt de ontwikkeling in de rechtspraak geschetst en worden in kort

bestek de verschillende opvattingen in de literatuur gepresenteerd. Tevens gaat enige aandacht uit naar de wat bijzondere positie van het opzetbegrip in enkele misdrijven binnen het fiscaal strafrecht. In paragraaf 4 behandelen we enige bijzonderheden van het opzetbegrip binnen het economische orderingsstrafrecht. Na een bespreking van de strafverzwarende functie van het opzetbegrip in art. 2 lid 1 WED, komt de vraag aan de orde waarop het opzet uit deze bepaling precies moet worden geacht te zijn gericht, indien het economische gronddelict zelf ook een subjectief bestanddeel bevat. In paragraaf 5 komen vervolgens nog enige meer processuele kwesties aan de orde, die te maken hebben met de tenlastelegging en de bewijsvoering van subjectieve bestanddelen in het bijzonder strafrecht.

2 De materieelrechtelijke betekenis van het begrip opzet

2.1 *Opzet in het commune strafrecht*

Voor het commune strafrecht geldt dat opzet in de kern kan worden omschreven als willens en wetens handelen. Als algemene interpretatieregel wordt gehanteerd dat het opzet betrekking heeft op alle bestanddelen die na het opzetvereiste in de delictsomschrijving zijn opgenomen. In verband met de bestanddelen die aan het opzetvereiste zijn onttrokken spreekt men van 'geobjectiveerde bestanddelen'.¹ Binnen het opzet kunnen drie schakeringen of gradaties worden onderscheiden. In het normale spraakgebruik zal men bij de term 'opzet' in de eerste plaats denken aan 'zuiver' opzet, aan opzet als bedoeling. Daarnaast omvat het opzetbegrip in de tweede plaats het handelen met zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn. In de derde plaats kan soms ook sprake zijn van opzet als de dader handelt met mogelijkheidsbewustzijn, namelijk als sprake is van voorwaardelijk opzet.² Het voorwaardelijk opzet moet worden gezien als de ondergrens van het opzet. Dat wil zeggen dat het begrip voorwaardelijk opzet wordt gebruikt om het opzet af te grenzen van de culpa. Als de dader geen mogelijkheidsbewustzijn had, of als hij dat bewustzijn wel had maar het gevolg niet op de koop toe nam, kan er (hooguit) sprake zijn van culpa.³

Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad is voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg aanwezig als de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dit gevolg zal intreden. Binnen deze formule kunnen drie vereisten worden onderscheiden: de dader moet zich bewust zijn van de mogelijkheid dat het gevolg intreedt (het kenniselement), de kans dat dit gevolg zich verwezenlijkt dient aanmerkelijk te zijn (het risico-element) en de dader moet die kans hebben aanvaard of op de koop toe hebben genomen (het

1 De Hullu 2009, p. 212-222.

2 Kelk 2010, p. 189 e.v.; Van Bemmelen en Van Veen 2003, p. 103-105. De laatstgenoemde auteurs onderscheiden overigens vier opzetvormen, aangezien zij handelen met waarschijnlijkheidsbewustzijn als een afzonderlijke gradatie beschouwen.

3 Van Bemmelen en Van Veen 2003, p. 105.

wilselement).⁴ In het eerste HIV-arrest⁵ overweegt de Hoge Raad dat de beantwoording van de vraag of een gedraging de *aanmerkelijke kans* op een bepaald gevolg in het leven roept, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daarbij komt betekenis toe aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten. Ook het antwoord op de vraag of de betrokkene in een concreet geval de aanmerkelijke kans op het gevolg *bewust heeft aanvaard* (op de koop toe heeft genomen) zal – aldus de Hoge Raad in hetzelfde arrest – van de feitelijke omstandigheden van het geval afhangen. Daarbij zijn wederom de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.

Uit het bovenstaande blijkt al dat objectieve aspecten van groot belang zijn voor de vaststelling van het subjectieve bestanddeel (voorwaardelijk) opzet.⁶ Het bewijs van een innerlijke, psychische gesteldheid is nu eenmaal buitengewoon moeilijk te leveren. Een psychische toestand kan immers nooit rechtstreeks worden waargenomen; de rechter kan niet onder iemands schedeldak kijken.⁷ Daarom moet veelal worden geredeneerd aan de hand van de ‘gemiddelde mens’ (de ‘criteriumfiguur’) die in vergelijkbare omstandigheden tijdens het begaan van het betreffende delict opzettelijk zou hebben gehandeld. Het opzet wordt dan mede afgeleid uit de sociale werkelijkheid, dus uit de feitelijke omstandigheden waaronder en de middelen waarmee de betreffende gedraging werd verricht. Daarbij kan de rechter een beroep doen op algemene menselijke ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid.⁸ In dit verband vallen vaak de termen *objectiveren* en *normativeren*. Deze begrippen zijn niet scherp te onderscheiden; volgens De Hullu is objectiveren een vorm van normativeren. Een ‘echte’ normativering waarin het weten en willen niet van belang hoeven te zijn stuit volgens deze auteur echter onder meer op het bezwaar dat de band met de inhoud van het opzet wordt losgelaten. Dat zou veel minder gelden voor het toelaatbaar achten van objectivering die is gekoppeld aan een goede en concrete bewijsmotivering en die een duidelijk verband bewaart met de basis van het opzet: het willen en weten, in het bijzonder van de verdachte om wie het in het concrete geval gaat.⁹

De hedendaagse rechtspraak over voorwaardelijk opzet is volgens De Hullu niet gemakkelijk in een eenduidige hoofdlijn samen te vatten. Sommige beslissingen

4 Zie de conclusie van A-G Jörg voor HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552, m.nt. Buruma.

5 HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552, m.nt. Buruma.

6 Zie nader De Jong, Van Roomen en Sikkema 2007, p. 929-958.

7 De Jong 2007, p. 3-4.

8 Kelk 2010, p. 180-184 en p. 194-205.

9 De Hullu 2009, p. 222-224.

kunnen als een extensieve toepassing van het voorwaardelijk opzet worden gezien, andere arresten zijn duidelijk meer restrictief.¹⁰ Betekent dat nu dat er sprake is van een mate van onvoorspelbaarheid die problematisch is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid? Naar onze mening is dat niet zonder meer het geval. Het type delict en de bijzonderheden van het geval spelen hier een belangrijke rol.¹¹ De geconstateerde verschillen kunnen naar onze mening in belangrijke mate worden verklaard aan de hand van *de aard van de betreffende gedragingen*. Sommige categorieën van gedragingen zijn *in het algemeen* (naar hun uiterlijke verschijningsvorm) gericht op het opzettelijk bewerkstelligen van een bepaald gevolg. Deze gedragingen zien er met andere woorden opzettelijk uit. Zij scheppen als het ware het vermoeden dat opzettelijk is gehandeld, tenzij er contra-indicaties zijn waaruit het tegendeel blijkt. Men kan hier uiteraard in de eerste plaats denken aan gewelddadige, agressieve handelingen, zoals het schieten, slaan of schoppen. Ook kan hier worden gewezen op de Opiumwetdelicten: wie drugs in zijn koffer heeft, heeft nu eenmaal iets uit te leggen. Daar staan soorten gedragingen tegenover, die bij de gemiddelde rechtsgenoot niet meteen de indruk zullen wekken dat de betrokkene opzet heeft op een bepaald gevolg. Dat geldt bijvoorbeeld voor het op gevaarzettende wijze deelnemen aan het verkeer, of het nu het wegverkeer of het seksuele verkeer betreft.¹² Aldus kan de aard van de gedraging, beoordeeld naar uiterlijke verschijningsvorm, verklaren waarom bij bepaalde typen delicten sneller voorwaardelijk opzet wordt aangenomen dan bij andere. In paragraaf 5 komen wij terug op de vraag wat dit alles betekent voor het opzet in het bijzonder strafrecht.

2.2 *Opzet in het bijzonder strafrecht*

Over de materieelrechtelijke inhoud van het opzet in het bijzonder strafrecht kunnen wij na het voorgaande kort zijn. Over de inhoud van het begrip ‘opzettelijk’ in de WED bestaat weinig discussie. Deze term heeft hier in beginsel dezelfde materieelrechtelijke betekenis als in het Wetboek van Strafrecht, namelijk ‘willens en wetens handelen’.¹³ Algemeen wordt aangenomen dat het begrip ‘opzet’ in het economisch strafrecht dezelfde ‘subjectieve gesteldheden’ omvat als in het commune strafrecht. Dat opzet kan zich kortom voordoen in de vorm van oogmerk, noodzakelijkheids-, waarschijnlijkheids- en mogelijkheidsbewustzijn (voorwaardelijk opzet).¹⁴ Ook het voorwaardelijk opzet – de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op het feit – valt er dus onder.¹⁵ De dader die zich bewust is van de aanmerkelijke kans dat de stof waarmee hij handelt een afvalstof is en van de aanmerkelijke kans dat hij geen vergunning heeft voor het lozen van die stof, heeft volgens Kessler opzet als hij ondanks deze

10 De Hullu 2009, p. 233.

11 Zie ook De Hullu 2009, p. 233-234.

12 De Jong, Van Roomen en Sikkema 2007, p. 955-956.

13 Kroes 2007, p. 316-318; Kessler 2001, p. 156.

14 Keulen 1995, p. 40; Kroes 2007, p. 319.

15 Kessler 2001, p. 156.

kennis toch tot het lozen daarvan overgaat.¹⁶ Wij vragen ons af of dit in het licht van de HIV-rechtspraak nog zonder meer vol te houden is. Uit de enkele omstandigheid dat wetenschap van de aanmerkelijke kans bij de verdachte aanwezig is, kan volgens de Hoge Raad immers niet zonder meer volgen dat hij die kans ook bewust heeft aanvaard, omdat in deze situatie ook sprake kan zijn van bewuste schuld. Het zal vervolgens van de feitelijke omstandigheden van het geval en de aard van de gedraging afhangen of er sprake is van (grove) onachtzaamheid dan wel voorwaardelijk opzet.¹⁷

3 Boos opzet of kleurloos opzet?

3.1 Begripsbepaling

In subparagraaf 4.1 zal blijken dat het strafverzwarende opzet in art. 2 lid 1 WED dient te worden beschouwd als een bestanddeel van de delictsomschrijving van de misdrijfvariant van het economisch delict en dat dit strafverzwarende opzetbestanddeel in beginsel is gericht op alle bestanddelen van dit delict. Onder de bestanddelen waarop dit opzet betrokken is, dienen in ieder geval de zogenoemde ‘kernbestanddelen’ van het gronddelict te worden begrepen. Het opzet behoeft daarentegen niet te zijn gericht op de omstandigheid dat het litigieuze feit een overtreding oplevert van een in de art. 1 of 1a WED aangeduid voorschrift. Economische delicten zijn luidens art. 1 en 1a WED de ‘overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens’ de in deze bepalingen nader aangeduide wetten. Deze aanduidingen doen dienst als verwijzingen naar de voorschriften die de bestanddelen behelzen van het economisch delict. Deze ‘wetsverwijzingen’ hebben zelf echter niet als bestanddeel van het economisch delict te gelden (zie nader subparagraaf 4.1).¹⁸

De hier ten aanzien van de economische delicten bepleite opvatting, dat voor het bewijs van opzet niet hoeft te worden vastgesteld dat de verdachte opzet had op het overtreden van een in art. 1 of 1a WED genoemd voorschrift, sluit aan bij een algemeen strafrechtelijk uitgangspunt, inhoudende dat het opzetbegrip niet is een ‘boos’, maar een ‘kleurloos’ begrip. Een boos opzetbegrip houdt in dat voor het bewijs van opzet is vereist dat de dader opzet had, niet alleen op zijn gedraging en de andere relevante bestanddelen van de delictsomschrijving, maar tevens op de omstandigheid dat zijn gedraging strijdt met het geldende recht. Boos opzet omvat derhalve opzet op de wederrechtelijkheid van de

16 Kessler 2001, p. 219.

17 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, m.nt. Buruma. Vgl. in de context van art. 2 lid 1 WED HR 22 september 2009, NJ 2009, 461, i.h.b. de conclusie van A-G Bleichrodt onder punt 4.2.

18 Een uitzondering hierop vormen verwijzingen naar voorschriften in vergunningen. Deze verwijzingen gelden wel als bestanddeel van het economisch delict. Het gaat dan evenwel doorgaans om de wetenschap dat in strijd met de desbetreffende vergunningsvoorschriften is gehandeld, en niet om de wetenschap dat zulks in strijd is met de wet. Zie Kessler 2001, p. 150 en zie nader de volgende subparagraaf.

gedraging.¹⁹ In sterke zin impliceert een boos opzetbegrip tevens opzet op de *strafbaarheid* van de verrichte gedraging en daarmee opzet op de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden, anders gezegd: opzet op het zich niet voordoen van rehtens erkende omstandigheden waaronder een gedraging die beantwoordt aan de bestanddelen van een delictsomschrijving, desondanks niet wederrechtelijk is. In zwakkere zin impliceert een boos opzetbegrip echter niet meer dan opzet op het ongeoorloofde karakter van de gedraging.

Voor wat betreft de in het Wetboek van Strafrecht opgenomen, *commune* doleuze misdrijven is evenwel reeds ten tijde van de totstandkoming van dit wetboek door toenmalig minister van Justitie Modderman beklemtoond dat het opzet in beginsel enkel gericht behoef te zijn op de bestanddelen van de desbetreffende delictsomschrijving en niet bovendien op de wederrechtelijkheid of zelfs strafbaarheid van de gedraging. Een dergelijk kleurloos opzetbegrip volstond, volgens Modderman, omdat voor de overgrote meerderheid van de *commune* misdrijven het wederrechtelijke karakter ervan buiten kijf zou staan: ‘De wet stempele dus alleen tot misdrijf opzettelijk gepleegde handelingen, van welke het ieder normaal ontwikkeld mensch duidelijk moet zijn dat zij in strijd zijn met de zedelijke en maatschappelijke orde. Maar waar de wetgever, na rijp beraad, een feit onder de misdrijven heeft opgenomen, daar vrage men niet naar de subjectieve inzichten des daders over het geoorloofde of ongeoorloofde dier handeling, ten einde daar de strafbaarheid van te doen afhangen.’²⁰ Doet men dat wel, dan verliest de strafwet, nog altijd in de woorden van Modderman, ‘alle objectiviteit’.

De hoofdregel van het kleurloos opzet werd door de Hoge Raad bevestigd in het belangrijke, in de volgende subparagraaf nader te belichten arrest HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314. De Hullu merkt hierover op, dat op de in dit arrest bevestigde hoofdregel dat geen opzet op het overtreden van de strafwet behoefte te worden bewezen, een tweetal uitzonderingen bestaat.²¹ In de eerste plaats zijn van deze hoofdregel uitgezonderd de doleuze delictsomschrijvingen waarbinnen achter het opzetbestanddeel een wederrechtelijkheidsbestanddeel is opgenomen en waarbinnen deze twee bestanddelen niet door het voegwoord ‘en’ met elkaar zijn verbonden. In de tweede plaats kan het zijn dat de wetgever nog op een andere wijze heeft kenbaar gemaakt dat voor een bepaald doleus delict boos opzet is vereist.

Met betrekking tot de verschillende delictsomschrijvingen in het bijzonder strafrecht kan men zich echter op zijn minst afvragen of het inderdaad voor ‘ieder normaal ontwikkeld mens duidelijk moet zijn’ dat de in deze delictsomschrijvingen strafbaar gestelde gedragingen ‘in strijd zijn met de zedelijke en maatschappelijke orde’. Deze vraag verkrijgt de nodige urgentie gelet op de van het *commune* strafrecht afwijkende technieken van strafbaarstelling binnen

19 Kelk 2010, p. 187-188; De Hullu 2009, p. 216; Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 2b op art. 2 WED. Zie over het begrip wederrechtelijkheid binnen het bijzonder strafrecht de bijdrage van Luchtman (hoofdstuk 13).

20 Uit de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht, aangehaald in Smidt I 1891, p. 70.

21 De Hullu 2009, p. 217-218.

verschillende deelterreinen van het bijzonder strafrecht (zoals de gelede normstelling binnen de WED), het veelvuldig gebruik van vage en open normen binnen delictomschrijvingen in het bijzonder strafrecht, alsmede de algehele complexiteit van de verschillende wettelijke regelingen binnen het bijzonder strafrecht. Het bijzonder strafrecht is dan ook onder andere daarom bijzonder, omdat het met betrekking tot het boos- en kleurloos-opzetvraagstuk een van het commune strafrecht afwijkende ontwikkeling heeft doorgemaakt, en wellicht nog doende is door te maken. Deze eigenaardige ontwikkeling manifesteert zich in de jurisprudentie (subparagraaf 3.2) en in de commentaren daarop in de literatuur (3.3). Binnen het fiscaal strafrecht lijkt de discussie op dit vlak bovendien weer een geheel eigen richting uit te gaan (3.4).

3.2 Jurisprudentiële ontwikkelingen

Vanaf de vroege jaren 1930 tot aan de inwerkingtreding van de WED in 1951 waren verscheidene economische noodwetten van kracht, waarin ook verschillende strafbepalingen waren opgetekend. In deze strafbepalingen werd geregeld gebruik gemaakt van formuleringen als het ‘opzettelijk handelen in strijd met’ of het ‘opzettelijk niet nakomen van’ een zeker economisch voorschrift.²² De Hoge Raad heeft onder de vigeur van deze noodwetten verschillende arresten gewezen die leren dat in economische strafzaken toentertijd een boos-opzetver-eiste gold: voor het bewijs van opzet werd noodzakelijk geacht, niet alleen de vaststelling dat de dader opzet had op de bestanddelen van de desbetreffende delictomschrijving, maar eveneens de vaststelling dat de dader opzet had op het handelen in strijd met het desbetreffende wettelijke, economische voorschrift.

Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest HR 27 november 1939, *NJ* 1940, 338, dat onder de zinsnede ‘opzettelijk handelen in strijd met de landbouwcrisisvoorschriften’ als bedoeld in art. 31 lid 2 Landbouwcrisiswet²³ ‘slechts kan worden verstaan een handelen, dat niet alleen tegen een zoodanig voorschrift indruischt en dus, indien zonder het bedoelde opzet gepleegd, strafbaar zou zijn ingevolge het eerste lid van het artikel, doch dat tevens opzettelijk in strijd met een zoodanig voorschrift is begaan, of met andere woorden bij het plegen waarvan de dader er zich van bewust is geweest dat hij een bij zoodanig voorschrift opgelegde verplichting schond.’ Nadien door de Hoge Raad gewezen arresten wijzen uit dat ook ten aanzien van de andere economische noodwetten geldt dat het daarin opgenomen strafverzwarende opzet diende te zijn gericht op de bestanddelen van de delictomschrijving, alsmede op het overtreden van een wettelijk voorschrift.²⁴

22 Kroes 2007, p. 320.

23 Ingevolge het eerste lid van art. 31 Landbouwcrisiswet was het enkele handelen in strijd met de bepalingen in deze wet als overtreding strafbaar; ingevolge het tweede lid was het opzettelijk handelen in strijd met de voorschriften van de wet strafbaar als misdrijf. Zie Kessler 2001, p. 141.

24 Zie de verwijzingen in Kessler 2001, p. 142.

Het opzetvereiste uit de economische noodwetten week dus af van het in beginsel kleurloze opzetbegrip binnen het commune strafrecht. Toch heeft ook binnen het bijzonder strafrecht nimmer een boos-opzetvereiste in de in subparagraaf 3.1 aangeduide sterke zin gegolden. Voor het bewijs van dit opzet was namelijk niet vereist de vaststelling dat aan de dader bekend was in welke specifieke wet of regeling het door hem overtreden voorschrift was neergelegd. Met andere woorden: het gedeelte van de wetsverwijzing in de strafbepalingen van de noodwetten dat inhield dat het desbetreffende voorschrift was gesteld bij of krachtens een nader aangeduide wettelijke regeling was onttrokken aan het opzetverband.²⁵ Voorts wordt aangenomen dat het strafverzwarende opzet uit de noodwetten niet behoefde te zijn gericht op de wederrechtelijkheid in algemene zin, en dus ook niet op de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden. Evenmin was vereist dat de dader opzet had op de omstandigheid dat zijn gedraging ergens was *strafbaar* gesteld.²⁶

Maar het strafverzwarende opzet uit de noodwetten was dus wel mede gericht op de omstandigheid dat de dader een voor hem geldend voorschrift had overtreden. Na de inwerkingtreding van de WED is de Hoge Raad een andere koers gaan varen. In de zaak die leidde tot het arrest HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314, stond centraal de betekenis van het bestanddeel opzet in art. 31 lid 1 Deviezenbesluit 1945 dat luidde: ‘Opzettelijke overtreding van bij of krachtens dit besluit gegeven voorschriften wordt gestraft [...]’. De vraag die voorlag, was of het opzet gericht moest zijn, niet enkel op de bestanddelen van de desbetreffende delictsomschrijving, maar ook op het overtreden van het voorschrift. A-G Van Asch van Wijck concludeerde onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de verschillende opzettelicten in de economische noodwetten, dat ook voor het bewijs van het strafverzwarende opzetbestanddeel in art. 31 lid 1 Deviezenbesluit 1945 inderdaad vereist is dat het opzet van de dader mede gericht is geweest op de overtreding van de norm. Maar de Hoge Raad ging om:

‘O. dat in de oude kwestie, of opzet boos moet zijn, het inzicht opgekomen is, dat in het algemeen feiten strafbaar behoren te zijn, zowel wanneer de dader beseft heeft als wanneer hij had behoren te beseffen, dat zijn gedraging was van een onrechtmatigheid die uitdrukking vond in haar strafbaarstelling, en dan in beide gevallen ook strafbaar kunnen zijn tot eenzelfde maximum, zodat alleen bij afwezigheid van alle schuld t.a.v. die onrechtmatigheid strafbaarheid ontbreekt; dat dit inzicht geen betwisting meer gevonden heeft, daargelaten de enkele gevallen, waarin het Strafwetboek het woord “opzettelijk” zonder disjunctief “en” heeft doen

25 Zie Kessler 2001, p. 143. Kessler haalt in dit verband aan het arrest HR 21 juni 1943, *NJ* 1943, 686, waarin de Hoge Raad oordeelde ‘dat het de bedoeling der wet niet kan zijn, dat het opzettelijk handelen in strijd met een bij of krachtens het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941 gesteld slachtverbod zou beteekenen dat aan req. nu ook precies bekend moet zijn dat het verbod bij of krachtens het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941 is gegeven en waar dat wettelijk verbod te vinden is, mits req. heeft gehandeld met de wetenschap dat voor hem een wettelijk slachtverbod gold.’

26 Zie Kroes 2007, p. 321; Kessler 2001, p. 143-144.

volgen door “wederrechtelijk” en inzover, naar hetgeen de makers van dat wetboek zich voornamen door de plaats van eerstgenoemd woord uit te drukken, gemeend kan worden dat op bedoelde onrechtmatigheid bepaaldelijk opzet gericht zou moeten zijn;

dat later bij sommige der gevallen van een sanctiebepaling in een bijzondere wet, die op het overtreden van een reeks harer normen straf stelt, twijfel is ontstaan door de omstandigheid, dat een wetgever het opzettelijk begaan van die feiten zwaarder dan het zonder meer begaan strafbaar wilde doen zijn, en wel als misdrijf, en daartoe straf stelde b.v., zoals in art. 31 van voornoemd Deviezenbesluit, op “opzettelijke overtreding van bij of krachtens dit besluit gegeven voorschriften”;

dat deze delictsaanduiding kan doen menen, dat opzet behalve op de verrichte gedraging ook daarop gericht moet zijn, dat deze is “overtreding van een bij of krachtens dit besluit gegeven voorschrift”, zulks evenwel tengevolge daarvan, dat gemelde sanctiebepaling niet bevat de uit het verbod geputte weergave van het strafbaar feit, waaruit dit gekend kan worden, doch slechts zekere aanwijzing van en verwijzing naar de plaats in de wetgeving, waar dit verbod is te vinden, en dat daaruit door toevoeging van het enkele woord “opzettelijk” de bedoelde delictsaanduiding is gevormd;

dat echter het aldus samenstellen der sanctiebepalingen geenszins wijst op een bedoeling om haar meer te doen omvatten dan “zeker opzettelijk handelen of nalaten, terwijl daardoor een bij of krachtens dit besluit gegeven voorschrift wordt overtreden”, en dusdoende af te wijken van wat, als voormeld, in het algemeen tot het strafbaar zijn van feiten vereist is;

dat ook onvoldoende blijkt van een bijzonderen grond voor zo een afwijkende regeling, bij welke vooreerst, zulks terwijl wel verschil in strafmaximum wordt aangebracht, niet degene die willens en wetens b.v. deviezen uitvoert naar hoger maximum gestraft zou kunnen worden dan degene die dat uit onoplettendheid doet, en voorts ergerlijke gevallen van zelfzuchtige onwetendheid omtrent in acht te nemen voorschriften niet mede door de zwaardere strafbepaling zouden worden getroffen; O. dat mitsdien moet aangenomen worden, dat voor een misdrijf van art. 31 Deviezenbesl. 1945 alleen opzet bij den dader t.a.v. zijn gedraging in haar verschillende bestanddelen vereist is, niet ook zijn opzet t.a. der onrechtmatigheid van die gedraging in haar geheel [...].²⁷

De Hoge Raad heeft in dit arrest de hoofdregel van het kleurloos opzet uit het commune strafrecht ook op het economisch strafrecht van toepassing verklaard. Algemeen wordt aangenomen dat de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest niet slechts betrekking hebben op art. 31 van het Deviezenbesluit 1945, maar ook de toen juist in werking getreden WED en de overige bijzondere wetgeving betreffen.²⁸ Het opzet behoeft voortaan enkel gericht te zijn op de bestanddelen van de delictomschrijving. Niet zelden vormt het handelen ‘zonder vergunning’ een bestanddeel van strafbepalingen in bijzondere wetgeving.

27 Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad met de woorden ‘gedraging in al haar bestanddelen’ bedoelt de bestanddelen van de delictomschrijving; zie Kessler 2001, p. 147; Kroes 2007, p. 322.

28 Zie Kroes 2007, p. 322; Kessler 2001, p. 146; Keulen 1995, p. 45; Röling in zijn noot onder het in de hoofdtekst geciteerde arrest. In het op de zelfde dag gewezen arrest HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 315 paste de Hoge Raad de voor het bijzonder strafrecht nieuwe hoofdregel al direct toe op het opzetbestanddeel van art. 12 lid 1 Bedrijfsvergunningenbesluit 1941.

Aangezien het bestanddeel ‘zonder vergunning’, zoals nog zal blijken in subparagraaf 4.1, in het algemeen dient te worden beschouwd als een zogenoemd ‘kernbestanddeel’, kan dit bestanddeel niet worden geacht onttrokken te zijn aan het opzetverband. Kessler betoogt op overtuigende wijze dat uit het feit dat het opzet dus gericht moet zijn op het handelen zonder de vereiste vergunning, niet noodzakelijkerwijs volgt dat dit opzet daarmee ook dient te zijn gericht op het overtreden van de wet of op de wederrechtelijkheid van de gedraging.²⁹ Volgens Kessler voldoet voor het bewijs van opzet in deze gevallen de vaststelling dat de dader wist dat hij niet over een vergunning beschikte, en behoeft niet daarnaast nog te worden vastgesteld dat de dader er ook mee bekend was dat hij over een vergunning had moeten beschikken.³⁰

Steun voor deze opvatting kan wellicht worden gevonden in een belangrijk arrest uit 2007, waarin het weliswaar niet ging om een delictomschrijving waarbinnen het handelen zonder vergunning als bestanddeel figureerde, maar waarbinnen het in verband met de vraag naar de reikwijdte van het opzet wel om een analoog probleem ging. In de zaak die leidde tot dit arrest HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 was de verdachte in hoger beroep door het hof onder meer veroordeeld wegens het (meermalen) opzettelijk niet nakomen van een aantal, in sociale-verzekeringwetgeving en belastingwetgeving opgetekende administratieve verplichtingen. De in een van de cassatiemiddelen opgeworpen klacht betrof de vraag of het opzet in deze gevallen niet toch mede gericht zou moeten zijn op het overtreden van de wettelijke bepaling waarin de desbetreffende wettelijke verplichting neergelegd is; kan van hem, die van een op hem drukkende wettelijke verplichting geen weet heeft, worden gezegd dat hij opzettelijk heeft nagelaten aan deze verplichting te voldoen? Hoewel A-G Vellinga in zijn conclusie voor dit arrest de voorgestelde cassatiemiddelen uiteindelijk ongegrond acht, bepleit hij op basis van een aantal in de volgende subparagraaf nog nader te belichten argumenten het standpunt dat in dit soort gevallen van opzettelijk nalaten het opzet in beginsel mede gericht dient te zijn op de plicht tot handelen. De Hoge Raad schaarft zich niet achter dit standpunt. Onder expliciete verwijzing naar zijn arrest van 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314, overweegt de Hoge Raad kortweg dat het opzet niet behoeft te zijn gericht op het niet naleven van de in de bewezenverklaringen bedoelde wettelijke verplichtingen en dat de Hoge Raad geen aanleiding ziet voor een verandering van zijn rechtspraak op dit punt.

Deze lijn werd nog eens bevestigd in het arrest HR 21 april 2009, *NJ* 2009, 210. In deze zaak was de verdachte in hoger beroep door het hof op voet van art. 1a jo. 2 lid 1 WED veroordeeld wegens het meermalen opzettelijk overtreden van een voorschrift gesteld krachtens art. 8.41 lid 1 Wet milieubeheer. Het betrokken voorschrift, vervat in art. 8 van het Besluit inrichtingen voor motorvoertuigen milieubeheer (oud), hield onder meer in dat degene die een inrichting voor motorvoertuigen drijft en daartoe (nog) niet over een geldige vergunning beschikt, verplicht is binnen een bepaalde termijn aan het bevoegde gezag te melden dat hij de bedoelde inrichting in werking heeft. De verdediging stelde zich op het standpunt dat het opzet op het niet doen van deze melding niet kon worden bewezen, nu daartoe minstens vereist zou zijn dat de verdachte zich daadwerkelijk bewust is geweest van de aanmerkelijke

29 Dat dit wel daaruit zou volgen, is betoogd door Buiting; zie Buiting 1993, p. 78.

30 Zie Kessler 2001, p. 148-150. Aldus ook Mulder en Doorenbos 2008, p. 28; A-G Machielse in onderdeel 4.3 van zijn conclusie voor HR 21 april 2009, *NJ* 2009, 210.

kans dat hij een meldingsplicht had. Deze wetenschap werd door de verdachte betwist. De Hoge Raad serveert het hierop gebaseerde middel af met de overweging dat de verdachte, hoewel daartoe verplicht, niet binnen de geldende termijn de vereiste melding had gedaan, en dat het voorts voor het bewijs van het strafverzwarende opzet uit art. 2 lid 1 WED niet nodig is dat wordt vastgesteld dat het opzet mede is gericht geweest op het niet naleven van de in de bewezenverklaring bedoelde wettelijke verplichting.

In zijn conclusie voor dit arrest bespreekt A-G Machielse een parallel tussen het in dit arrest aan de orde gestelde geval van een zuiver omissiedelict enerzijds, en het in het hierboven besproken arrest HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 aan de orde gestelde geval van een zuiver commissiedelict bestaande in een handelen zonder vergunning anderzijds. De parallel bestaat hierin dat in beide typen gevallen voor het bewijs van het strafverzwarende opzet in beginsel niet méér vereist is dan dat de dader in de wetenschap heeft verkeerd dat hij iets heeft nagelaten, respectievelijk dat hij zonder vergunning heeft gehandeld. Niet vereist is dat tevens wordt aangetoond dat de dader daadwerkelijk heeft geweten, of eventueel de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat er voor hem een bepaalde wettelijke plicht gold (bijvoorbeeld een meldingsplicht of een vergunningsplicht). Machielse voegt hier evenwel aan toe, dat in gevallen waarin zogenoemde oneigenlijke omissiedelicten aan de orde zijn, zwaardere eisen aan het bewijs van opzet dienen te worden gesteld. In dergelijke gevallen dient boos opzet te worden vastgesteld: de dader moet minstens voorwaardelijk opzet hebben gehad op de omstandigheid dat hij door zijn nalaten een bijzondere rechtsplicht schond.³¹ Terwijl bij zuivere omissiedelicten de bijzondere rechtsplicht samenvalt met de gebodsnorm in de wet, is dit bij onzuivere omissiedelicten immers anders: de wettelijke verbodsnorm bevat als zodanig niet de bijzondere rechtsplicht bij niet-nakoming waarvan de wettelijke verbodsnorm overtreden wordt.

De jurisprudentiële stand van zaken is dus thans als volgt. In het bijzonder strafrecht geldt, net als in het commune strafrecht, in beginsel een kleurloos opzetvereiste.³² De enige uitzonderingen op deze hoofdregel betreffen de delictsomschrijvingen waarin de bestanddelen ‘opzettelijk’ en ‘wederrechtelijk’ zijn opgenomen zonder dat beide bestanddelen door het voegwoord ‘en’ zijn verbonden, en daarnaast de gevallen waarin de wetgever anderszins heeft duidelijk

31 Een voorbeeld biedt HR 7 februari 2006, *NJ* 2007, 396, m.nt. De Jong. In deze zaak lag de vraag voor of de verdachte kon worden veroordeeld wegens primair het dodelijke commissiedelict meened (art. 207 Sr) dan wel subsidiair het dodelijke commissiedelict valsheid in geschrift (art. 225 Sr) nu hij bepaalde cruciale feiten niet in een proces-verbaal had vermeld, terwijl hij daartoe als opsporingsambtenaar uit hoofde van art. 152 Sv wettelijk was verplicht. De Hoge Raad oordeelde dat in deze gevallen van verzwijging van omstandigheden die op grond van een rechtsplicht hadden moeten worden vermeld, het voor meened vereiste opzet op onwaarheid mede moet zijn gericht op het bestaan van deze rechtsplicht.

32 Het arrest HR 22 februari 1977, *NJ* 1978, 7 wordt door sommige auteurs beschouwd als een uitzondering – enkel van betekenis voor de Monumentenwet – op de hoofdregel dat het opzet ook binnen het bijzonder strafrecht alleen op de bestanddelen van de delictsomschrijving gericht behoeft te zijn. Zie Kessler 2001, p. 207-208; Keulen 1995, p. 44-45. In deze zaak ging het om de vraag of de verdachte opzettelijk had gehandeld in strijd met art. 14 Monumentenwet. Vellinga stelt in zijn conclusie voor HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544, echter terecht dat van een uitzondering op de hoofdregel van het kleurloos opzet hier geen sprake lijkt te zijn, nu de vraag naar de betekenis en reikwijdte van het opzetbegrip in art. 28 lid 1 Monumentenwet werd overschaduwd door de feitelijke kwestie betreffende de door het hof gegeven uitleg aan de tenlastelegging.

gemaakt boos opzet te vereisen.³³ Deze uitzonderingen doen zich binnen het bijzonder strafrecht niet snel voor: aangezien de zogenoemde wetsverwijzingen niet gelden als bestanddeel van de delictsomschrijving en derhalve aan het opzetverband zijn onttrokken, is het voor het bewijs van opzet niet noodzakelijk dat de dader zijn opzet heeft gericht op de omstandigheid dat hij door zijn gedraging een bepaald wettelijk voorschrift heeft overtreden. Zijn opzet behoeft enkel gericht te zijn op die onderdelen van de delictsomschrijving die als kernbestanddelen van het delict te gelden hebben. Naast de gedragings- en objectbestanddelen³⁴ valt ook het in talrijke delictsomschrijvingen figurerende bestanddeel ‘zonder vergunning’ onder de kernbestanddelen. Opzet op dit bestanddeel behoeft niet méér in te houden dan dat de dader wist dat hij zonder vergunning handelde. Bij zuivere omissiedelicten geldt blijkens de jurisprudentie iets soortgelijks: opzet op het niet naleven van een wettelijke plicht bestaat reeds indien vaststaat dat de dader wist dat hij een bepaalde handeling niet heeft verricht. Alleen bij zogenoemde oneigenlijke omissiedelicten dient te worden vastgesteld dat de dader opzet had op het bestaan van de relevante bijzondere rechtsplicht.

3.3 *Opvattingen in de literatuur*

Over het antwoord op de vraag in hoeverre het *redelijk* is dat ook binnen het bijzonder strafrecht het opzetbegrip in beginsel een kleurloos karakter draagt, lopen de opvattingen in de literatuur uiteen. In deze subparagraaf bespreken wij in kort bestek de argumenten die in de literatuur zijn aangevoerd voor en tegen de introductie van een kleurloos opzetbegrip binnen het bijzonder strafrecht. Hoewel de verschillende in stelling gebrachte argumenten elkaar ten dele overlappen, lijken zij in een viertal categorieën te kunnen worden onderverdeeld. Een eerste groep argumenten betreft de vraag in hoeverre de overtredingsvarianten van delicten binnen bijzondere strafwetgeving door de introductie van een kleurloos opzetbegrip een inhoudsloze categorie zijn geworden in het licht van het feit dat, zeker binnen het economisch orderingsstrafrecht, gedragingen doorgaans hoe dan ook opzettelijk worden verricht (1). Een andere groep argumenten ziet op de vraag of het opzetbegrip binnen het bijzonder strafrecht het mogelijk zou moeten maken te onderscheiden tussen lieden die wel en lieden die geen opzet hadden op het overtreden van de betrokken norm (2). In het directe verlengde hiervan liggen standpunten die de vraag betreffen of de inmiddels ingeburgerde voorwaardelijk-opzetconstructie kan helpen om de ‘ergerlijke gevallen van zelfzuchtige onwetendheid omtrent in acht te nemen

33 De Hullu 2009, p. 217-218.

34 HR 22 september 2009, *NJ* 2009, 461 betreft de gerichtheid van het opzet uit art. 2 lid 1 WED op een objectbestanddeel uit de delictsomschrijvingen van art. 2 lid 3 en 3 lid 4 van de in art. 1 WED opgenomen Wet op de geneesmiddelenvoorziening. De verdachte verklaarde zich niet ervan bewust te zijn geweest dat de door haar in voorraad gehouden, aan derden verkochte en afgeleverde pillen ‘geneesmiddelen’ en ‘ongeregistreerde farmaceutische spécialités’ waren in de zin van de genoemde wet. In het licht van deze verklaring casseert de Hoge Raad het veroordelende arrest van het hof wegens een motiveringsgebrek, omdat uit de overwegingen van het hof niet zonder meer kan worden afgeleid dat de verdachte zich bewust is geweest van de precieze aard van de goederen.

voorschriften' te onderscheiden van de gevallen waarin men ten opzichte van de gelding van deze voorschriften hooguit onoplettend is geweest (3). Dan zijn er argumenten die verwijzen naar het complexe en onoverzichtelijke karakter van de bijzondere strafwetgeving en de rol van de ongeschreven schulditsluitingsgrond veron tschuldigbare rechtsdwaling (4). Wij sluiten deze subparagraaf af met een weergave van onze eigen opvatting op dit punt (5).

1. In zijn noot onder het in de voorgaande subparagraaf *in extenso* aangehaalde arrest HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 toonde Röling zich weinig gelukkig met de beslissing van de Hoge Raad om af te stappen van de onder de oude economische noodwetten vigerende leer, dat het strafverzwarende opzet mede gericht moest zijn op de overtreding van de wet. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat voor een van de hoofdregel van het kleurloos opzet afwijkende regel binnen het economische ordeningsstrafrecht niet langer aanleiding bestond, onder meer op de grond dat door toedoen van een dergelijke afwijkende regeling 'niet degene die willens en wetens b.v. deviezen uitvoert naar hoger maximum gestraft zou kunnen worden dan degene die dat uit onoplettendheid doet'. Röling tekent bezwaar aan tegen dit argument met de overweging dat in het economisch ordeningsrecht gevallen van handelen uit onoplettendheid (oftewel: gevallen van culpoos handelen, waarbij de culpa betrekking heeft op de gedraging en de eventuele overige bestanddelen van de delictsomschrijving) een rariteit vertegenwoordigen. Als 'sociologisch uitgangspunt' stelt Röling voorop dat optreden in de economische sfeer gewoonlijk opzettelijk optreden is: 'men blik nu eenmaal geen boontjes uit nonchalance [...]. Bouwen, bedrijven vestigen of uitbreiden, prijzen berekenen, kopen en verkopen, bomen kappen, het zijn allemaal activiteiten die gemeenlijk als activiteit het opzet impliceren. [...] En het onderscheid dat, binnen de kring van dit opzettelijk optreden, door wet en rechtspraak werd gemaakt, was of men daarbij welbewust verboden had overtreden of niet.'³⁵

De strekking van dit gedeelte van het betoog van Röling is dan ook dat de opzeteis in het economisch strafrecht door de uitspraak van de Hoge Raad in 1952 van elke inhoud beroofd is, waardoor de overtredingsvarianten tot een 'zinloze delictscategorie' verworden zijn.³⁶ Keulen stelt hier tegenover dat de opzeteis niet slechts betrekking heeft op het handelingsbestanddeel, doch in beginsel eveneens betrekking heeft op de overige (kern)bestanddelen van de desbetreffende delictsomschrijving, en dat het bovendien ten aanzien van gedragingen als 'in voorraad hebben' en 'aanwezig hebben' heel wel denkbaar is dat zij onopzettelijk worden begaan, zodat de opzeteis in ieder geval ten aanzien van dergelijke gedragingen 'een zeker onderscheidend vermogen' heeft behouden.³⁷ Kessler meent daarentegen met Röling dat in het economisch verkeer

35 Zie ook Noyon 1952, p. 92: 'Al deze verboden kunnen bijna niet anders dan door een opzettelijke handeling overtreden worden en leveren dus alle misdrijven op, terwijl vroeger nog in vele gevallen wegens ontbreken van het opzet op de normovertreding slechts een overtreding gepleegd werd.'

36 Kessler 2001, p. 204; Keulen 1995, p. 43; Kroes 2007, p. 323.

37 Keulen 1995, p. 43.

onopzettelijke gedragingen alleen bij uitzondering zullen voorkomen. Hij ziet hierin echter niet een bezwaar tegen de beslissing van de Hoge Raad om het strafverzwarende opzet zich enkel te laten uitstrekken tot de bestanddelen van de delictsomschrijving. De introductie van het kleurloos opzet verdraagt zich op zichzelf namelijk goed met een systeem waarbinnen overtredingsvarianten inderdaad voor de uitzonderingssituaties worden gereserveerd. Dit zou volgens Kessler alleen anders zijn, indien binnen het ordeningsstrafrecht in het geheel geen overtredingsvarianten denkbaar zouden zijn.³⁸

2. Tegen deze zienswijze kan echter met Röling weer worden ingebracht dat gewezen kan worden op een belangrijk verschil tussen enerzijds hem, die ten aanzien van het bestaan van de geldende verboden hooguit onachtzaam is geweest, en anderzijds hem, die het verbod welbewust met voeten heeft getreden.³⁹ Het onderscheid tussen deze twee typen daders is naar de opvatting van Röling in die mate van belang, dat het verschil in strafwaardigheid tussen beide categorieën niet slechts eventueel in de straftoemeting tot uitdrukking zou mogen komen, doch reeds op het niveau van de kwalificatie van de bewezen verklaarde gedraging als hetzij overtreding, hetzij misdrijf zichtbaar zou moeten zijn. Röling meent dat de sanctie wegens misdrijf niet gerechtvaardigd is ten aanzien van de door hem zo genoemde ‘niet-bewust-onwettige opzettelijke gedragingen’, en dus ten aanzien van de dader die zich er niet van bewust is geweest te hebben gehandeld in strijd met een op hem toepasselijk wettelijk voorschrift. Alleen de ‘bewust-onwettige opzettelijke gedragingen’ zouden het stempel misdrijf verdienen.

Deze zienswijze heeft intussen, althans voor wat betreft de delictsomschrijvingen die bestaan in het opzettelijk niet nakomen van een wettelijke verplichting en het opzettelijk handelen zonder een daartoe vereiste vergunning, bijval gekregen van Vellinga. In zijn conclusie voor het in de voorgaande subparagraaf besproken arrest HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 betoogt hij dat het strafverzwarende opzetbestanddeel in de genoemde delictsomschrijvingen onderscheidend vermogen mist. Dit opzet kan immers reeds worden aangenomen zodra vaststaat dat de dader wist dat hij een zekere handeling niet heeft verricht (terwijl de omstandigheid dat daartoe een rechtsplicht bestond – gevallen van oneigenlijke omissiedelicten daargelaten – aan het opzetverband onttrokken is), danwel zodra vaststaat dat de dader wist dat hij niet beschikte over een vergunning (terwijl de vergunningplichtigheid aan het opzetverband onttrokken is). Dit impliceert dat het bewijs van opzet in zaken van opzettelijk handelen zonder vergunning of opzettelijk nalaten waar de wet handelen verplicht stelt, ‘in de kern van de zaak niet is gebaseerd op verdachtes kennis maar op de kennis waarover hij dient te beschikken.’⁴⁰ Dit acht Vellinga niet gelukkig, mede omdat het opzetvereiste bij deze stand van zaken niet kan dienen om

38 Kessler 2001, p. 205.

39 Noot van Röling onder HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 en 315.

40 Punt 20 in de conclusie voor HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544.

te onderscheiden tussen hen, die desbewust handelen in strijd met de wet en hen, die dat uit slordigheid doen.⁴¹

3. De Hoge Raad baseerde zijn beslissing in 1952 mede op de overweging dat een kleurloos opzetbegrip ertoe zou leiden dat ‘ergerlijke gevallen van zelfzuchtige onwetendheid omtrent in acht te nemen voorschriften niet mede door de zwaardere strafbepaling zouden worden getroffen.’ Vellinga meent dat het opzetbegrip mede de functie zou dienen te vervullen, te onderscheiden tussen de ‘zelfzuchtig onwetende’ en de ‘doorgaans minder laakbare slordige of onoplettende’, terwijl de gedragingen van beide typen daders thans nog gezamenlijk worden gekwalificeerd naar de misdrijfvariant van het desbetreffende delict. Met behulp van de inmiddels volstrekt gangbare, maar in de jaren 1950 althans jurisprudentieel nog in de kinderschoenen staande voorwaardelijk-opzetconstructie,⁴² zou het bedoelde onderscheid volgens Vellinga doorgaans goed te maken zijn: ‘Van iemand die als burger een bepaalde activiteit ontplooit die buiten de dagelijkse gang van zaken ligt, zoals (ver)bouwen, mag worden verwacht dat hij zich van de daarvoor geldende voorschriften op de hoogte stelt. Doet hij dit niet of uiterst gebrekkig [...] dan heeft hij in beginsel bewust het risico op de koop toe genomen dat hij handelt in strijd met enig wettelijk voorschrift. [...] Niettemin zal er rekening mee moeten worden gehouden dat er activiteiten zijn waarvan redelijkerwijs niet hoeft te worden verwacht dat deze aan voorschriften zijn onderworpen. Dan is er voor opzet geen plaats.’⁴³

4. Een laatste hier te noemen gezichtspunt binnen de discussie over de vraag of binnen het bijzonder strafrecht een kleurloos opzetbegrip op zijn plaats is, betreft de aard van de betrokken wet- en regelgeving zelf. In zijn arrest uit 1952 deed de Hoge Raad zijn standpunt, dat ook binnen het ordeningsstrafrecht in beginsel moet worden uitgegaan van een kleurloos opzetbegrip, mede steunen op de overweging ‘dat in het algemeen feiten strafbaar behoren te zijn, zowel

41 Daarnaast staat volgens Vellinga ‘de door de Hoge Raad gekozen aanpak op gespannen voet met de inhoud van het opzetbegrip. Daarin staat immers besef van de dader dat hij iets ongeoorloofds doet op de voorgrond [...]’. De Hullu (2009, p. 219) merkt over dit argument op dat het een inhoud geeft aan het opzet die hij niet goed kan thuisbrengen. Wellicht heeft Vellinga hier het oude dogmatische onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten voor ogen gestaan, waarop nog in de visie van de wetgever van 1886 het fundament onder het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen werd gevonden. Vgl. Kelk 2010, p. 12-14.

42 De Hoge Raad aanvaardde het voorwaardelijk opzet eerst *expressis verbis* in 1954 in het zogenoemde Cicero-arrest: HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55, m.nt. Pompe. Kessler (2001, p. 203) betoogt eveneens dat de constructie van het voorwaardelijk opzet het in veel gevallen mogelijk maakt om zelfzuchtig onwetende daders onder de misdrijfvariant te laten vallen.

43 Uit de punten 21 en 22 in de conclusie voor HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544. Vellinga voegt nog toe dat in dit verband voor ondernemers nog scherper eisen gelden. De Hullu (2009, p. 219) merkt in dit verband dan ook terecht op dat het pleidooi van Vellinga voor een boos opzetvereiste binnen het ordeningsstrafrecht, in combinatie met een eventueel ruim toegepast voorwaardelijk-opzetbegrip en een relatief ruimhartige beoordeling van beroepen op verontschuldigbare rechtsdwalen (een verschijningsvorm van de ongeschreven schuldsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld) eerder tot een accentverschuiving dan tot een fundamentele koerswijziging zou leiden ten opzichte van de thans ook binnen het ordeningsstrafrecht geldende hoofdregel van het kleurloos opzet.

wanneer de dader beseft heeft als wanneer hij had behoren te beseffen, dat zijn gedraging was van een onrechtmatigheid die uitdrukking vond in haar strafbaarstelling'. Bovendien wijst de Hoge Raad expliciet op de mogelijkheid dat in bijzondere gevallen een beroep op verontschuldgbare dwaling ten aanzien van het overtreden van de wet door de rechter kan worden aanvaard. Een gehonoreerd beroep op deze vorm van de ongeschreven schulditsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld leidt op voet van art. 352 lid 2 Sv tot een ontslag van alle rechtsvervolgung wegens niet-strafbaarheid van de dader.⁴⁴

In zijn noot onder het arrest uit 1952 uit Röling kritiek op deze overweging. Hij stelt dat in de economische sfeer vrijwel alles aan een regeling is onderworpen en dat dwaling ten aanzien van het recht niet spoedig te verontschuldigen is. In dit licht heeft het bepaalde in art. 2 Wet AB, dat eenieder wordt geacht de wet te kennen, binnen het ordeningsstrafrecht wel een erg hoog fictiegehalte.⁴⁵ Gelijkaardige kritiek is geuit door Van Bemmelen, Van Hattum en Buiting.⁴⁶ Kessler betoogt dat deze kritiek niet langer hout snijdt. De inhoud van de verschillende voorschriften in het economisch ordeningsstrafrecht is weliswaar niet algemeen bekend bij de gemiddelde Nederlander. Maar anders dan de voorschriften van de verschillende vroegere economische noodwetten, zijn de hoofdlijnen van de voorschriften van het hedendaagse economisch ordeningsstrafrecht volgens Kessler in de regel wel degelijk algemeen bekend bij de *specifieke normadressaten* van deze regelgeving, mede doordat juist deze normadressaten in veel gevallen zelf invloed uitoefenen op de inhoud van de regelgeving en/of de vergunningsvoorwaarden.⁴⁷

Vellinga benadrukt echter in zijn conclusie voor het arrest 24 april 2007, *NJ* 2007, 544, dat de regelgeving op economisch gebied thans nog vele malen onoverzichtelijker en ingewikkelder is geworden dan zij in 1952 al was. Niet alleen is het aantal regels toegenomen, ook heeft met name de Europese wetgever ons een grote hoeveelheid voorschriften gebracht die vaak dermate technisch van aard zijn, dat zij zonder deskundige bijstand vaak maar moeilijk zijn te doorgronden. Gelet hierop zou het volgens Vellinga 'de voorkeur verdienen dat de opzetsis in de ordeningwetgeving weer wat meer inhoud krijgt in die zin dat van opzettelijk handelen zonder vergunning alleen sprake is wanneer het opzet ook de vergunningplichtigheid omvat, en van het opzettelijk nalaten als het opzet zich ook uitstrekt tot de plicht tot handelen.'

44 Dit argument van de Hoge Raad wordt met instemming onthaald door De Hullu (2009, p. 218) en Kessler (2001, p. 204), die erop wijst dat het nieuwe inzicht van de Hoge Raad in 1952 mede is ingegeven door zijn eerdere beslissing van HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180, dat verontschuldgbare dwaling ten aanzien van het overtreden van de wet een grond is voor afwezigheid van alle schuld.

45 In zijn noot onder HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 tekent Buruma in dit verband aan dat men in de Verenigde Staten 'de stelling heeft betrokken dat in het fiscale recht een uitzondering zou moeten worden gemaakt op de regel dat iedereen geacht wordt de wet te kennen, omdat het fiscale recht zo ingewikkeld is' en dat de Nederlandse regelgeving op het vlak van het economische ordeningsrecht – zeker door de Europese context – inderdaad steeds onoverzichtelijker is geworden. Zie ook Mulder en Doorenbos 2008, p. 31-34.

46 Van Bemmelen, noot onder 1952, *AA* 1952, p. 44-47; Van Hattum 1952, p. 16; Buiting 1993, p. 74-75.

47 Kessler 2001, p. 204, 206-207.

5. De verschillende argumenten afwegend, is een kleurloos opzetbegrip als algemene hoofdregel ook voor het bijzonder strafrecht naar onze opvatting in beginsel verdedigbaar. Deze hoofdregel, met inbegrip van de twee algemene uitzonderingen die hierop worden aangenomen te bestaan,⁴⁸ dient naar onze opvatting de overzichtelijkheid van het recht; om wetssystematische redenen en uit een oogpunt van rechtseenheid zou binnen het bijzonder strafrecht met betrekking tot de kleur van het opzetbegrip bij voorkeur geen van het commune strafrecht afwijkende regel moeten gelden. Daar komt bij dat ‘van een burger, die zich op vermoedelijk geordend terrein begeeft, [mag] worden geveerd dat hij zich op de hoogte stelt van de door de wetgever aangebracht ordening.’⁴⁹ Hier staat wat ons betreft wel tegenover dat, zeker in die deelgebieden van het bijzonder strafrecht die zich kenmerken door een duizelingwekkende complexiteit en onoverzichtelijkheid, en mede gezien de relatief lichte bewijsvereisten van de voorwaardelijk-opzetconstructie, beroepen op verontschuldigbare rechtsdwaling met de nodige soepelheid zullen moeten worden beoordeeld door de rechter.⁵⁰ Dit geldt *a fortiori* voor de door Vellinga in zijn conclusie voor het besproken arrest van de Hoge Raad uit 2007 genoemde activiteiten ‘waarvan redelijkerwijs niet hoeft te worden verwacht dat deze aan voorschriften zijn onderworpen.’⁵¹ Dit standpunt verhoudt zich voorts goed met het dogmatische karakter van de verontschuldigbare rechtsdwaling: als een verschijningsvorm van de ongeschreven schuldsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld draagt zij per definitie een hogelijk subjectief en casuïstisch karakter en vraagt zij dus om een sterk op de persoonlijke omstandigheden van de dader afgestemde beoordeling. Verder kan uiteraard – indien een eventueel gedaan beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling niet blijkt te kunnen worden gehonoreerd – in de strafmaat rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de dader niet met de door hem overtreden voorschriften bekend was.

3.4 Een boos opzetbegrip in het fiscaal strafrecht?

Binnen het fiscaal strafrecht is een discussie gaande over de ‘kleur’ van het opzetbegrip die in enige mate afwijkt van de in de voorgaande subparagraaf behandelde discussie hierover binnen het bijzonder strafrecht in meer algemene zin. Vooropgesteld zij dat het opzetbegrip binnen de AWR een strafverzwarend functie vervult: bepaalde gedragingen zijn strafbaar als misdrijf, indien zij opzettelijk worden begaan.⁵² De in de AWR opgenomen strafbaarstellingen zijn

48 Zie het slot van subparagraaf 3.1 en zie De Hullu 2009, p. 217-218.

49 De Hullu 2009, p. 218. Aan dit normatieve uitgangspunt komt echter niet steeds gelijke kracht toe. In het fiscaal strafrecht, bijvoorbeeld, ligt dit anders, aangezien een belastingaangifte in de regel niet uit vrije wil van de belastingplichtige geschiedt, maar uit een door de staat opgelegde verplichting. Zie nader de volgende subparagraaf.

50 Zo ook Doorenbos 2010, p. 280-281. Zie over de rol van afwezigheid van alle schuld binnen de economische rechtspraak Kessler 1998. Zie hierover ook Mulder en Doorenbos 2008, p. 31-32.

51 Punt 21 in de conclusie van A-G Vellinga voor HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544.

52 Valkenburg 2007, p. 9. Over de structuur van de AWR en de verhouding tussen de AWR en het commune strafrecht en het fiscaal boeterecht, zie hoofdstuk 8 (De Bont en De Haas).

geconcentreerd in de artt. 68 en 69 AWR. In art. 68 leden 1 en 2 AWR zijn overtredingen neergelegd en art. 69 leden 1 en 2 AWR bevat een aantal misdrijven.⁵³ Het eerste lid van art. 69 AWR luidt: ‘Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte niet doet, niet binnen de daarvoor gestelde termijn doet, dan wel een der feiten begaat, omschreven in artikel 68, eerste lid, onderdelen a, b, d, e, f of g, wordt, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, gestraft [...]’. En het tweede lid luidt: ‘Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist of onvolledig doet, dan wel het feit begaat, omschreven in artikel 68, eerste lid, onderdeel c, wordt, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, gestraft [...]’.

Het opzetbestanddeel in art. 69 lid 2 AWR heeft een enigszins bijzondere betekenis. Hoewel het opzet niet gericht behoeft te zijn op het strekkingsvereiste, dient het naar de opvatting van veel auteurs wél betrokken te zijn op de onjuistheid of onvolledigheid van de aangifte. (En indien dit uitgangspunt, zoals wij menen, juist is, zal het opzetvereiste zich in voorkomende gevallen eveneens dienen uit te strekken tot de ‘valse of vervalste vorm’ genoemd in art. 68 lid 1 sub c AWR waarnaar in art. 69 lid 2 wordt verwezen.) In zijn in subparagraaf 3.2 aangehaalde standaardarrest over de kleur van het opzet uit 1952 overwoog de Hoge Raad dat het ‘inzicht’ dat het opzet in het algemeen als een kleurloos begrip dient te worden beschouwd, algemeen is aanvaard ‘daargelaten de enkele gevallen, waarin het Strafwetboek het woord “opzettelijk” zonder disjunctief “en” heeft doen volgen door “wederrechtelijk” en inzover, naar hetgeen de makers van dat wetboek zich voornamen door de plaats van eerstgenoemd woord uit te drukken, gemeend kan worden dat op bedoelde onrechtmatigheid bepaaldelijk opzet gericht zou moeten zijn [...]’. Ten aanzien van de misdrijven van art. 69 lid 2 AWR is terecht betoogd dat hier beide door de Hoge Raad genoemde uitzonderingen op de hoofdregel van het kleurloos opzet zich lijken voor te doen.

Het bestanddeel ‘indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven’ in de leden 1 en 2 van art. 69 AWR is een geobjectiveerd bestanddeel en dus onttrokken is aan het opzetverband.⁵⁴ Dit bestanddeel is bij gelegenheid van de wetswijziging van 1998 ingevoerd, ter vervanging van het eveneens geobjectiveerde, en vanwege zijn nogal ruime formulering wel als ‘volstrekt nutteloos’ aangemerkte bestanddeel ‘indien het gevolg zou kunnen zijn dat te weinig belasting zou kunnen worden geheven’.⁵⁵ Blijkens de wetsgeschiedenis dient het nieuwe strekkingsvereiste te worden beoordeeld naar algemene ervaringsregels met betrekking tot de aard van de betrokken gedraging, bijvoorbeeld de gedraging die bestaat in het niet, niet tijdig,

53 Over de verschillende bestanddelen van de delicten van art. 68 en 69 AWR, zie hoofdstuk 9 (Bakker).

54 Valkenburg 2007, p. 27-28; *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 57.

55 Zie over deze zogenoemde ‘dubbele potentialis’ en de kritiek die hierop is uitgeoefend Valkenburg 2008, p. 48-49. Bij gelegenheid van de wijziging van de AWR in 1998 zijn de strafrechtelijk vervolgbare fiscale overtredingen en misdrijven van de art. 68 en 69 AWR opnieuw ingedeeld en in volgorde omgedraaid; zie Valkenburg 2007, p. 4-5.

of het onjuist of onvolledig doen van belastingaangifte.⁵⁶ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde gedraging ertoe strekt dat te weinig belasting wordt afgedragen, beslissend is of die gedraging naar haar aard en in het algemeen geschikt is om teweeg te brengen dat te weinig belasting wordt geheven.⁵⁷

De Bont betoogt dat de bestanddelen ‘onjuist’ en ‘onvolledig’ uitdrukkingen zijn van fiscale wederrechtelijkheid, aangezien een onjuiste of onvolledige belastingaangifte neerkomt op strijd met de geldende fiscale wetgeving. Nu het opzetbestanddeel en het wederrechtelijkheidsbestanddeel ‘onjuist of onvolledig’ binnen de delictsomschrijving van art. 69 lid 2 AWR niet met elkaar worden verbonden door het voegwoord ‘en’, zou dan hier derhalve het opzet gericht moeten zijn op de onjuistheid of onvolledigheid van de aangifte en daarmee op de wederrechtelijkheid van de gedraging.⁵⁸ Indien wij deze redenering volgen, betekent dit dat uit de redactie van deze delictsomschrijving kan worden afgeleid dat het delictsbestanddeel opzet in deze bepaling in een boos, althans niet volkomen kleurloos opzetvereiste bestaat. Hier is dan sprake, niet van een boos opzetbegrip in de ‘sterke’ betekenis van opzet dat mede gericht moet zijn op het ontbreken van rechtvaardigingsgronden en op de strafbaarheid van de gedraging, maar van een boos opzetbegrip in de ‘zwakke’ zin van opzet gericht op de onjuistheid of onvolledigheid van de aangifte en daarmee op het overtreden van de fiscale norm.⁵⁹

Nu spreekt het voorgaande in zoverre vanzelf, dat de zogenoemde ‘opzetregel’ al meebrengt dat het opzet uit art. 69 AWR gericht dient te zijn op het achter het opzetbestanddeel in de delictsomschrijving opgenomen bestanddeel ‘onjuist of onvolledig’. Dat een belastingaangifte opzettelijk onjuist of onvolledig moet zijn gedaan, brengt aldus bezien nog niet mee, dat het opzet dus ook voluit op de wederrechtelijkheid van de gedraging moet zijn gericht: het onjuist of onvolledig invullen van een belastingaangifte leidt weliswaar tot strijd met de fiscale regelgeving, maar dit betekent nog niet dat het bestanddeel ‘onjuist of onvolledig’ een uitdrukking vormt van ‘de’ wederrechtelijkheid van de gedraging, hooguit vormt het een uitdrukking van een facet van de wederrechtelijkheid van de gedraging. De hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad in zijn arrest uit 1952 kan bovendien ook zo worden verstaan, dat pas van

56 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 24. Valkenburg (2008, p. 49) merkt in dit verband op dat de gedraging, naar de ervaring leert, een aanmerkelijke kans in het leven dient te roepen dat als gevolg van die gedraging te weinig belasting wordt geheven.

57 HR 26 juni 2001, *LJN* ZD2493, r.o. 3.6. Hierover verder hoofdstuk 9 (Bakker).

58 De Bont 2002, p. 9. Zijn standpunt dat de onjuistheid of onvolledigheid van de aangifte de wederrechtelijkheid van de gedraging markeert, doet De Bont mede steunen op de functie die het delictsbestanddeel wederrechtelijkheid heeft binnen delictsomschrijvingen: dit bestanddeel wordt door de wetgever in die strafbaarstellingen opgenomen die zonder een wederrechtelijkheidsbestanddeel een te ruim toepassingsbereik zouden kennen, omdat de overige delictsbestanddelen van deze strafbaarstellingen vaak ook op een niet wederrechtelijke wijze worden vervuld. Zie De Hullu 2009, p. 187 en p. 218. Volgens De Bont is van dergelijke strafbaarstellingen bij uitstek sprake in art. 69 AWR.

59 Zie voor dit begripsmatige onderscheid subparagraaf 3.1.

de eerste uitzondering op de hoofdregel van kleurloos opzet sprake is, indien in de desbetreffende delictomschrijving met zoveel woorden de letterlijke passage ‘opzettelijk [...] wederrechtelijk’ figureert, en dus niet bijvoorbeeld, zoals in art. 69 lid 2 AWR ‘opzettelijk [...] onjuist of onvolledig’. Maar in dat geval kan nog met een beroep op de parlementaire geschiedenis worden betoogd dat zich hier de tweede uitzondering op de hoofdregel van het kleurloos opzet voordoet: de wetgever vereist voor het bewijs van het bestanddeel opzettelijk in art. 69 lid 2 opzet op de overtreding van de fiscale wetgeving.⁶⁰

Dit zou namelijk kunnen worden afgeleid uit de systematiek van de AWR sinds de wijziging ervan in 1998. Vóór 1998 bestonden nog afzonderlijke strafbepalingen voor een opzettelijk en een niet-opzettelijk onjuist of onvolledig gedane aangifte: wie opzettelijk een onjuiste of onvolledige aangifte deed, maakte zich schuldig aan het misdrijf van art. 68 lid 2 (oud) AWR, en wie dit niet-opzettelijk deed, bezondigde zich aan de overtreding opgetekend in art. 68 lid 1 (oud) AWR. Sedert 1998 is de belastingplichtige die met grove schuld of anderszins niet-opzettelijk een aangifte onjuist of onvolledig heeft gedaan, echter alleen nog langs de weg van het fiscale boeterecht te straffen.⁶¹ De oude overtredingsvariant is dus komen te vervallen, zonder dat de wetgever te kennen heeft gegeven aan het opzetbestanddeel van de misdrijfvariant een andere betekenis te willen geven dan de betekenis die het al had onder het oude recht. Dit impliceert dat de opvatting, volgens welke iedere onjuiste of onvolledige aangifte kan worden aangemerkt als een opzettelijk begane onjuistheid of onvolledigheid (bijvoorbeeld omdat iedere belastingplichtige geacht wordt de fiscale wetgeving te kennen), van de hand moet worden gewezen. Hantering van deze opvatting zou het opzetbestanddeel in art. 69 lid 2 AWR betekenisloos maken en zou indruisen tegen de bedoeling van de wetgever.⁶²

Dat het opzetbestanddeel van art. 69 lid 2 AWR in ieder geval wel degelijk geacht moet worden zelfstandige betekenis te bezitten, blijkt duidelijk uit een arrest van de Hoge Raad uit 2007, waarin de Hoge Raad onder meer het volgende overwoog: ‘Immers, het enkele feit dat een aangifte – naar later door de verdachte wordt erkend – onjuist of onvolledig is, brengt niet mee dat de verdachte daarop van meet af aan opzet heeft gehad. Het in het middel bedoelde strekkingsvereiste maakt dit niet anders.’⁶³ Intussen lijkt bovendien vooral de feitenrechtspraak met betrekking tot art. 69 lid 2 AWR zich inderdaad van een ‘boos’, althans niet zuiver kleurloos opzetbegrip te bedienen. In deze recht-

60 De Bont 2002, p. 9-10; De Bont en Sitsen 2007, p. 21.

61 Valkenburg 2007, p. 4-5; Valkenburg 2008, p. 52; De Bont 2002, p. 9-10.

62 Hierbij kunnen we ook denken aan de in subparagraaf 3.3 weergegeven bewering van Kessler (2001, p. 205) dat een kleurloos opzetbegrip ongerijmd kan zijn in gevallen waarin de opzettelijke misdrijfvariant van een bepaald delict geen onopzettelijke overtredingsvariant kent.

63 HR 4 september 2007, *LJN* BA5810, r.o. 3.6. Zie voor een recent geval ook HR 14 september 2010, *LJN* BM8062, waarin de Hoge Raad het arrest van het hof casseert op het punt van het bewezen verklaarde opzet van art. 68 (oud) AWR: de enkele omstandigheid dat de verdachte (bestuurder van een rechtspersoon) door zijn accountant erop is geattendeerd dat in de enkele maanden daarvoor ingediende belastingaangiften te weinig omzet was opgegeven, en dat de verdachte, ondanks een daartoe strekkend aanbod van zijn (toenmalig) accountant, geen suppletie-aangifte heeft laten verzorgen, levert onvoldoende grond voor de stelling dat verdachte *ten tijde* van de bewuste belastingaangiften opzet had op het onjuist of onvolledig doen van de aangiften.

spraak manifesteert zich in dit verband een ontwikkeling die aan het opzetver-eiste een nogal typisch fiscaalrechtelijke inkleuring geeft. De binnen het fiscale boeterecht reeds langer bestaande figuur van het ‘pleitbare standpunt’ lijkt sinds enige jaren ook binnen het fiscale strafrecht terrein te winnen, en wel binnen de kaders van de bewijsvoering van het delictsbestanddeel opzet. Een pleitbaar standpunt wordt wel omschreven als een standpunt over de kwalificatie van feiten of over de toepassing van het recht die in redelijkheid verdedigbaar is.⁶⁴ Het leerstuk van het pleitbare standpunt is materieelrechtelijk dan ook sterk verwant aan de dwaling, oftewel aan de ongeschreven schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld.⁶⁵

Binnen het fiscale boeterecht fungeert deze figuur als een bewijsuitsluitingsgrond ten aanzien van opzet of grove schuld. In verschillende fiscale strafzaken is de figuur van het pleitbare standpunt inmiddels ook aanvaard als bewijsverweer gericht tegen het ten laste gelegde opzet op de onjuistheid of onvolledigheid van een belastingaangifte.⁶⁶ Voor zover wij hebben kunnen nagaan, heeft de Hoge Raad zich nog niet expliciet uitgesproken over de vraag of het opzetbewijs in fiscale strafzaken over de band van het pleitbare standpunt zou moeten lopen,⁶⁷ maar in de feitenrechtspraak wordt de figuur van het pleitbare standpunt geregeld erkend als bewijsverweer ten aanzien van het ten laste gelegde opzet. Een verweer dat bijvoorbeeld inhoudt dat de verdachte meende en ook redelijkerwijs kon menen dat hij juist had gehandeld, wordt door de rechter, indien hij het verweer accepteert, niet zelden met zoveel woorden aangeduid als een pleitbaar standpunt dat in de weg staat aan het bewijs van opzet op de

64 Zie hoofdstuk 9 (Bakker); De Bont 2002, p. 8; Valkenburg 2008, p. 52.

65 Valkenburg 2007, p. 31. De Bont wijst erop (2002, p. 8) dat de Hoge Raad in zijn arrest van 26 januari 1971, *NJ* 1971, 322 heeft bepaald dat van verontschuldigbare rechtsdwaling nog geen sprake is ‘op grond van het enkele feit dat men het standpunt [...] in redelijkheid kan bepleiten’, zodat de figuur van het pleitbare standpunt zich niet laat integreren binnen het fiscale strafrecht door het te beschouwen als een fiscale verschijningsvorm van de afwezigheid van alle schuld.

66 Valkenburg 2007, p. 47; Valkenburg (2008, p. 53-56) merkt op dat er ook andere manieren zijn om genuanceerder in fiscale strafzaken te kijken naar het opzet: men zou – hoewel dat tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever in gaat – het strekkingsvereiste van art. 69 AWR kunnen ontdoen van zijn geobjectiveerde status, en men kan meer in het algemeen – en in lijn met de HIV-jurisprudentie van de Hoge Raad – nadrukkelijker de bijzondere omstandigheden van het geval in de overwegingen betrekken.

67 Wel heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 8 februari 2005, *LJN* AR3719 overwogen dat het hof in een van zijn overwegingen tot uitdrukking heeft gebracht, en tot uitdrukking heeft kunnen brengen, dat ‘naar het oordeel van het Hof de verdachte redelijkerwijze *niet* kon en mocht menen dat de desbetreffende inkomsten niet behoeften te worden opgegeven’ (r.o. 3.6.4, cursivering toegevoegd). Vgl. het arrest HR 12 mei 2009, *NJ* 2009, 240, waarin de Hoge Raad wegens een motiveringsgebrek de door het hof gegeven vrijspraak casseert. Het hof sprak de verdachte vrij van de ten laste gelegde opzettelijke overtreding van art. 15 lid 1 Wet herstructurering varkenshouderij (een economisch misdrijf blijkens art. 1 onder 1 jo. art. 2 lid 1 WED), omdat het hof niet bewezen achtte dat de verdachte *opzettelijk* meer dan het toegestane aantal varkens had gehouden. Het hof achtte, op basis van een in cassatie ondeugdelijk bevonden argumentatie, (voorwaardelijk) opzet niet aanwezig in het licht van de door gespecialiseerde advocaten aan verdachte geleverde adviezen en de onduidelijkheid over toepassing en interpretatie van de genoemde Wet herstructurering varkenshouderij.

onjuistheid van de handelwijze van de verdachte.⁶⁸ Deze ontwikkeling ligt in zoverre in de rede, dat de fiscale regelgeving zich kenmerkt door een welhaast ondoorgroendelijke complexiteit.⁶⁹ Bovendien gaat het argument dat luidt dat van degene die zich willens en wetens in een bepaalde activiteitsfeer begeeft, gevergd mag worden dat hij zich op deugdelijke wijze op de hoogte stelt van de in deze activiteitsfeer geldende wettelijke voorschriften, hier niet altijd evident op. Hoewel dit argument in beginsel overtuigt binnen de meeste deelgebieden van het bijzonder strafrecht (zie ook het slot van de vorige subparagraaf), snijdt het met betrekking tot de fiscale misdrijven van art. 69 AWR geen hout, aangezien een belastingaangifte in de regel niet uit vrije wil geschiedt, maar uit een door de staat opgelegde verplichting.⁷⁰

4 Functie van het opzet in de WED; schuldkwadratuur?

4.1 *Het strafverzwarende opzet (art. 2 lid 1 WED)*

In art. 2 WED is geregeld welke economische delicten als misdrijven worden aangemerkt en welke als overtredingen.⁷¹ Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de daar aangeduide delicten misdrijven zijn voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen. Het onderscheid tussen misdrijven enerzijds en overtredingen anderzijds wordt door deze bepaling dus afhankelijk gesteld van het antwoord op de vraag of het delict opzettelijk is begaan.⁷² Het opzet fungeert daarmee in het eerste lid van art. 2 WED als een wettelijke *strafverzwaringsgrond*. De onder dit artikellid vallende economische delicten kennen daardoor een overtredingsvariant en een misdrijfvariant. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de overtredingsvarianten werden gehandhaafd om zo een vangnet te bieden voor gevallen waarin opzet niet is te bewijzen.⁷³ Het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen is van belang voor de sancties die kunnen worden opgelegd (zie art. 6 WED). Daarnaast is het onderscheid onder meer van belang voor de

68 Zie bijvoorbeeld Rb Zwolle 13 september 2005, *LJN* AU2558. Voor een bespreking hiervan en voor meer rechtspraakverwijzingen, zie Valkenburg 2008, p. 52-53; Valkenburg 2007, p. 30-31; De Bont en Sitsen 2008, p. 5; De Bont en Sitsen 2007, p. 20-22. Zie ook Rb Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BG9055.

69 In zijn noot onder HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 maakt Buruma gewag van televisiebeelden waarop staatssecretarissen van Financiën figureren die mensen proberen te helpen bij het invullen van hun belastingpapieren en daar vervolgens niet uit komen. Doorenbos (2010, p. 281) pleit ervoor de figuur van het pleitbaar standpunt niet alleen binnen het fiscale boeterecht en het fiscale strafrecht toe te passen teneinde de scherpe kanten van het kleurloze opzetbegrip weg te nemen, maar ook in te passen binnen het economische orderingsstrafrecht, aangezien de economische wetgeving zijns inziens in complexiteit en regeldichtheid niet onderdoet voor de fiscale wetgeving. De Bont 2002, p. 6: 'Naar mijn oordeel is cruciaal dat het doen van aangifte verplicht is. Uit het feit dat deze wordt gedaan, kan derhalve in het geheel niets worden afgeleid terzake van het opzet van de belastingplichtige.'

70 De Bont 2002, p. 6: 'Naar mijn oordeel is cruciaal dat het doen van aangifte verplicht is. Uit het feit dat deze wordt gedaan, kan derhalve in het geheel niets worden afgeleid terzake van het opzet van de belastingplichtige.'

71 Zie verder hoofdstuk 6 (Keulen).

72 Doorenbos 1990, p. 811.

73 Kessler 2001, p. 113.

strafbaarheid van poging, voorbereiding en medeplichtigheid, de verjaringstermijnen en de toepassing van dwangmiddelen.⁷⁴ De constructie van het strafverzwarende opzet heeft alleen betrekking op de economische delicten die zijn bedoeld in de eerste twee rubrieken van art. 1 WED (sociaaleconomische ordeningswetgeving) en art. 1a WED (milieuwetgeving).⁷⁵ Ten aanzien van de overige economische delicten is een regeling getroffen in het tweede tot en met het vijfde lid van art. 2 WED.⁷⁶

In art. 1 en 1a WED wordt aangegeven wat de economische delicten zijn. Economische delicten zijn ‘overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens’ de wetten die in deze bepalingen zijn opgesomd. Dat betekent volgens Kessler dat de (strafbepalende) bestanddelen van het betreffende delict in beginsel in de opgesomde voorschriften moeten worden gezocht. Meestal zijn dat objectieve bestanddelen. Dat het feit een overtreding van een bepaald voorschrift oplevert, is dan op zichzelf geen bestanddeel. Het gaat hier slechts om een verwijzing naar de voorschriften waarin de bestanddelen zijn opgenomen (een ‘wetsverwijzing’).⁷⁷ Het opzet hoeft alleen gericht te zijn op de bestanddelen en niet op wetsverwijzingen (zie verder paragraaf 3).⁷⁸ Als in de betreffende wet is bepaald dat bij AMvB voorschriften kunnen worden gesteld, bevatten de in de AMvB gestelde voorschriften de (strafbepalende) bestanddelen van het economisch delict. Soms is de feitsomschrijving niet in de wet opgenomen, maar in een internationale regeling waarnaar in de wet wordt verwezen. De bestanddelen van het economisch delict moeten dan in die internationale of Europese regeling worden gezocht. Dat is anders als in de wet wordt verwezen naar vergunningvoorschriften. De bestanddelen van het economisch delict staan dan in de betreffende wet en niet in de individuele vergunning. Het handelen in strijd met het vergunningvoorschrift is in dat geval als zodanig een bestanddeel.⁷⁹

Het opzet heeft in art. 2 lid 1 WED zoals gezegd de functie van wettelijke strafverwaringsgrond en is daarmee een strafverzwarend bestanddeel. Het is een bestanddeel, omdat het behoort tot de delictsomschrijving van de misdrijfvariant van het economisch delict.⁸⁰ De delictsomschrijving van het economisch misdrijf bestaat dus uit de bestanddelen van het voorschrift (het ‘gronddelict’) en het strafverzwarende bestanddeel ‘opzettelijk’ dat op die bestanddelen is gericht.⁸¹ De bestanddelen zijn aldus verspreid over verschillende wetsbepalingen: de strafbepalende (objectieve) bestanddelen in het gronddelict en het strafverzwarende opzet in art. 2 lid 1 WED. ‘De verschillende delictsomschrijvingen

74 Kroes 2007, p. 318.

75 Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 2a op art. 2 WED.

76 Zie voor een beknopt overzicht van deze regeling Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 3-6 op art. 2 WED.

77 Kessler 2001, p. 129 en p. 140.

78 Kessler 2001, p. 199.

79 Kessler 2001, p. 129-132.

80 Kessler 2001, p. 133-134 en p. 190.

81 Kessler 2001, p. 147. Anders: Doorenbos 1990, p. 815-819. Vgl. Mulder en Doorenbos 2008, p. 29.

moeten [...] worden geconstrueerd aan de hand van de optelsom van wettelijke bepalingen [...].’ Een delictsomschrijving van een misdrijfvariant is dan bijvoorbeeld het ‘opzettelijk’ zonder vergunning oprichten van een inrichting.⁸²

Voor zover de in art. 2 lid 1 WED bedoelde economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen. Dat zijn dus de feiten die onopzettelijk zijn begaan. Dat wil echter niet zeggen dat ‘onopzettelijk’ handelen een stilzwijgend bestanddeel is van de overtredingsvariant. Het opzettelijke misdrijf is namelijk een bijzondere, strafverzwarende bepaling (gekwalificeerde specialis) ten opzichte van de algemene overtreding (generalis). In dat systeem ligt besloten dat de reikwijdte van de algemene bepaling (de overtreding) mede die van de bijzondere bepaling (het misdrijf) omvat. De specialis omvat met andere woorden alle bestanddelen van de generalis, plus één extra bestanddeel (‘opzettelijk’). Het ligt evenmin voor de hand om opzet als stilzwijgend bestanddeel in te lezen in de overtredingsvariant. Er zou dan immers geen inhoudelijk verschil meer bestaan tussen de misdrijven enerzijds en hun overtredingsvarianten anderzijds. Door subjectieve bestanddelen in te lezen in het gronddelict zou het opzet zijn functie van strafverzwarend bestanddeel dus in feite verliezen.⁸³

In het Wetboek van Strafrecht geldt als hoofdregel dat het opzet is gericht op de bestanddelen die na het woord ‘opzettelijk’ in de delictsomschrijving zijn opgenomen (zie paragraaf 2). Het opzetvereiste van art. 2 lid 1 WED staat niet samen met de andere delictsbestanddelen in één artikel. Dat betekent dat de hoofdregel van het Wetboek van Strafrecht hier niet kan worden toegepast.⁸⁴ Het uitgangspunt zal onzes inziens moeten zijn dat het opzet in beginsel op alle bestanddelen van het delict is gericht.⁸⁵ De vraag is dan vooral welke bestanddelen van deze regel moeten worden uitgezonderd. Kessler stelt voorop dat het onwenselijk is om de *kernbestanddelen* buiten het opzetverband te laten vallen. Als de kernbestanddelen aan het strafverzwarende opzet worden onttrokken zou het verschil tussen de twee delictsvarianten in feite worden uitgewist. De volgende vraag is dan uiteraard welke bestanddelen als ‘kernbestanddelen’ moeten worden beschouwd. Volgens Kessler gaat het in elk geval om het ‘handelingsbestanddeel’ (de delictsgedraging, bijvoorbeeld inzamelen of verwerken)⁸⁶ en het ‘objectbestanddeel’ (het lijdend voorwerp van de delictsomschrijving, bijvoorbeeld afvalstoffen). Ook het bestanddeel ‘zonder vergunning’ is in het algemeen een kernbestanddeel. Objectieve strafverzwarende en strafverlichtende bestanddelen (bijvoorbeeld handelen in beroep of bedrijf) zouden in het algemeen geen kernbestanddeel zijn.⁸⁷ Een bijzondere situatie doet zich voor als het gronddelict van het strafverzwarende opzet van art. 2 lid 1 WED zelf ook

82 Kessler 2001, p. 190.

83 Kessler 2001, p. 136-140; Kessler 1999, p. 962.

84 Kessler 2001, p. 115 en p. 200. Vgl. Mulder en Doorenbos 2008, p. 28-29; Doorenbos 1992, p. 14-15; Kroes 2007, p. 316; Doorenbos 1990, p. 812.

85 Vgl. Keulen 1995, p. 43; Mulder en Doorenbos 2008, p. 28.

86 Vgl. art. 10.1 lid 4 Wet milieubeheer.

87 Kessler 2001, p. 210-213.

een subjectief bestanddeel bevat. Die situatie komt aan de orde in de volgende subparagraaf.

4.2 Schuldkwadratuur?

Soms bevat een gronddelict dat onder art. 2 lid 1 WED valt zelf een subjectief bestanddeel. Dat roept de vraag op of het in art. 2 lid 1 WED bedoelde strafverzwarende opzet mede gericht moet zijn op dat in het gronddelict opgenomen subjectieve bestanddeel. Dient er dan sprake te zijn van ‘opzet op opzet’ (dan wel ‘opzet op culpa’)?⁸⁸ Doorenbos spreekt in dit verband van ‘gekwadrateerde schuld’. Deze auteur merkt terecht op dat opzet ten aanzien van enig schuldbestanddeel moeilijk denkbaar is.⁸⁹ Zo is op grond van art. 10.1 lid 3 Wet milieubeheer aan een ieder verboden bedrijfsmatig⁹⁰ handelingen met betrekking tot afvalstoffen te verrichten, indien daardoor, *naar hij weet of redelijkerwijs had kunnen weten*, nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan. De recursieve woorden zijn hier een strafbepalend subjectief bestanddeel. Volgens Kessler kan het strafverzwarende opzet van art. 2 lid 1 WED hier onmogelijk gericht zijn op dit subjectieve bestanddeel en de daardoor al beheerste objectieve bestanddelen.⁹¹ Voor dit probleem zijn in de literatuur verschillende oplossingen aangedragen.⁹²

Een voor de hand liggende oplossing zou volgens Kessler zijn om het strafverzwarende opzet enkel gericht te achten op het handelen met een afvalstof.⁹³ Het bestanddeel waar het ‘weten’ of ‘redelijkerwijs kunnen weten’ betrekking op heeft, wordt dan aan de opzeteis van art. 2 lid 1 WED onttrokken geacht.⁹⁴ Het opzet van art. 2 lid 1 WED wordt hier dus wel degelijk als bestanddeel gezien en moet ook in de tenlastelegging – voorafgaand aan de formulering van het overtreden voorschrift – worden opgenomen.⁹⁵ Daar staat tegenover dat het opzet in deze benadering slechts betrekking heeft op de ‘gedragsbestanddelen’ van het gronddelict. De subjectieve bestanddelen uit het gronddelict zijn dan gericht op de begeleidende omstandigheden en de gevolgen (bijvoorbeeld het – kunnen – ontstaan van nadelige gevolgen voor het milieu).⁹⁶ Een andere oplossing zou zijn om het delict in geval van ‘weten’ aan te merken als een misdrijf en in geval van ‘redelijkerwijs had moeten weten’ als een over-

88 Vgl. Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 2d op art. 2 WED.

89 Doorenbos 1990, p. 812; Doorenbos 1992, p. 15.

90 Of in een omvang of op een wijze alsof deze bedrijfsmatig was.

91 Kessler 2001, p. 153-154.

92 De opvatting van Buiting gaat de meeste schrijvers te ver; deze wordt in het onderstaande dan ook niet besproken. Volgens Buiting kunnen delicten met subjectieve bestanddelen die onder art. 2 lid 1 WED vallen uitsluitend overtredingsvarianten opleveren (vgl. Kessler 1999, p. 975; Doorenbos 1990, p. 812).

93 Kessler 2001, p. 153-154.

94 Keulen 1995, p. 45.

95 Vgl. Doorenbos 1990, p. 811.

96 Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 2d op art. 2 WED. Zie voor een uitwerking van deze benadering (die voor het eerst door Jörg is verdedigd) Kessler 1999, p. 971-974.

trekking.⁹⁷ Voor de vraag of er sprake is van een opzettelijk of een culpoos delict is dan de delictomschrijving van het *gronddelict* bepalend, en niet art. 2 lid 1 WED. Het opzet kan expliciet in die delictomschrijving zijn genoemd of kan zijn 'ingeblikt' in een bepaald werkwoord.⁹⁸ Art. 2 lid 1 WED wordt hier opgevat als een 'delictensorteerbepaling'. Het opzet van deze bepaling is dan geen bestanddeel meer; dit artikellid wijst slechts de gronddelicten met opzet als bestanddeel aan als misdrijven.⁹⁹ In de visie van Doorenbos strekt het opzet van art. 2 lid 1 WED zich niet uit tot de bestanddelen van het economische gronddelict en hoeft het niet in de tenlastelegging te worden opgenomen. Het heeft dus ook geen directe implicaties voor de bewijslast.¹⁰⁰ Art. 2 lid 1 WED voegt aan de inhoud van de in art. 1 en 1a WED bedoelde voorschriften niets toe; het artikel fungeert in deze benadering als een kwalificatievoorschrift.¹⁰¹ Dit voorschrift geeft slechts aan welk criterium de rechter dient te hanteren bij de beantwoording van de (kwalificatie)vraag of het door hem bewezen verklaarde een misdrijf dan wel een overtreding oplevert.¹⁰² Deze kwalificatievraag komt dus pas aan de orde *nadat* de rechter heeft bewezen verklaard dat de verdachte een economisch delict heeft begaan.¹⁰³

Deze laatste benadering is in de literatuur op bezwaren gestuit.¹⁰⁴ Zo heeft Pelser betoogd dat het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen voor de kwalificatiebeslissing niet ter zake doet.¹⁰⁵ Volgens Kessler druist de bedoelde visie in tegen het systeem van de wet, waarin het opzet in art. 2 lid 1 WED bedoeld is als een strafverzwarend bestanddeel. Het gaat dus om een extra bestanddeel dat bij de strafbepalende bestanddelen moet worden 'opgeteld' om tot een misdrijf te komen. Als men art. 2 lid 1 WED beschouwt als een 'delictensorteerbepaling' zou het economisch delict echter niet langer twee varianten kennen.¹⁰⁶ In de visie van Doorenbos is geen sprake meer van een dubbele strafbaarstelling; het voorschrift is immers hetzij als overtreding, hetzij als misdrijf strafbaar gesteld.¹⁰⁷

In HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 512 lijkt de Hoge Raad deze benadering stilzwijgend te hebben verworpen. In deze zaak waren de subjectieve bestanddelen uit het gronddelict ('weet of redelijkerwijs had moeten weten') ten laste gelegd, maar niet het bestanddeel 'opzettelijk' van art. 2 lid 1 WED. De Hoge Raad ging er (impliciet) van uit dat een overtreding ten laste was gelegd. A-G Fokkens was daarentegen van mening dat (primair) een misdrijf ten laste was gelegd. Het gronddelict (art. 10.3 lid 2 (oud) Wet milieubeheer) eist dat de

97 Keulen 1995, p. 45.

98 Vgl. Pelser 1991, p. 388 (i.h.b. voetnoot 7). Vgl. ook Doorenbos 1991, p. 390-391.

99 Kessler 2001, p. 154-155.

100 Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 2d op art. 2 WED; Doorenbos 1990, p. 817.

101 Doorenbos 1992, p. 15-16; Doorenbos 1990, p. 815; vgl. Mulder en Doorenbos 2008, p. 29.

102 Hartmann in: Cleiren en Verpalen (red.) 2010, aant. 2d op art. 2 WED.

103 Doorenbos 1992, p. 16; Doorenbos 1990, p. 816.

104 Zie voor een 'waslijst van argumenten' Kessler 1999, p. 967 e.v.

105 Pelser 1991, p. 389. Vgl. echter Doorenbos 1991, p. 391-392.

106 Kessler 2001, p. 154-155; Kessler 1999, p. 970-971.

107 Pelser 1991, p. 388.

dader ‘weet’ dat gevaar voor het milieu ontstaat of kan ontstaan; in zoverre is het een opzettelijk delict, aldus Fokkens. Fokkens beschouwt art. 2 lid 1 WED kennelijk als een ‘delictensorteerbepaling’.¹⁰⁸ In HR 24 april 2007, *NJ* 2008, 357 had het hof geoordeeld dat de omstandigheid dat het feit opzettelijk is begaan niet ten laste behoef te worden gelegd en niet in de kwalificatie behoef te worden vermeld, maar alleen van belang is voor de strafoplegging. Daarmee miskent het hof volgens P-G Fokkens dat de wetgever door onderscheid te maken tussen het opzettelijk en het niet opzettelijk begaan van het strafbare feit verschillende strafbare feiten in het leven heeft geroepen. Opzet is dan een bestanddeel van het misdrijf dat moet worden ten laste gelegd en bewezen verklaard. De Hoge Raad overweegt deze keer expliciet dat, nu in de oorspronkelijke tenlastelegging het woord ‘opzettelijk’ of een soortgelijke term niet voorkwam, daarin uitsluitend als overtreding strafbaar gestelde gedragingen waren ten laste gelegd. Op grond van dit laatste arrest is duidelijk dat de Hoge Raad art. 2 lid 1 WED niet opvat als een ‘delictensorteerbepaling’ of als een ‘kwalificatievoorschrift’. De Hoge Raad behandelt het opzet van art. 2 lid 1 WED als een gewoon bestanddeel van de delictsomschrijving van het economisch misdrijf. Zoals annotator Mevis heeft opgemerkt bestaat in de tegen-gestelde opvatting – als het opzet impliciet in de tenlastelegging zou kunnen worden ingelezen of pas aan de orde zou komen bij de kwalificatie – het gevaar dat het de verdachte niet duidelijk is dat hij van de misdrijfvariant wordt beschuldigd.¹⁰⁹ Wij menen dan ook dat de Hoge Raad terecht niet voor de door Doorenbos bepleite benadering heeft gekozen.

5 Tenlastelegging en bewijsvoering; uitholling van het opzetvereiste?

Voor een veroordeling ter zake van de misdrijven van art. 2 lid 1 WED is het ten laste leggen en bewezen verklaren van het strafverzwarende opzet noodzakelijk. Als het woord ‘opzettelijk’ of een soortgelijke term niet voorkomt in de tenlastelegging, zijn de in de tenlastelegging omschreven gedragingen uitsluitend als overtreding ten laste gelegd.¹¹⁰ De rechter moet dan aannemen dat uitsluitend de overtredingsvariant ten laste is gelegd.¹¹¹ Dat is in overeenstemming met het opportunititeitsbeginsel, op grond waarvan de officier van justitie bevoegd is om uitsluitend voor de overtreding te vervolgen.¹¹² In de praktijk worden de economische delicten van art. 2 lid 1 WED vaak primair als misdrijf en subsidiair als overtreding vervolgd door in de tenlastelegging de woorden ‘al dan niet opzettelijk’ op te nemen. Maar ook als alleen het woord ‘opzettelijk’ in de tenlastelegging is opgenomen, zal de rechter de overtredingsvariant impliciet

108 Kessler 2001, p. 154-155; Kessler 1999, p. 965-966.

109 Vgl. ook de conclusie van A-G Bleichrodt voor HR 22 september 2009, *NJ* 2009, 461: het opzet moet zijn gericht op de bestanddelen van het economisch (grond)delict.

110 HR 24 april 2007, *NJ* 2008, 357, m.nt. Mevis.

111 Kessler 1999, p. 964-965; Kessler 2001, p. 158-159 en p. 224.

112 Kessler 2001, p. 224.

subsidiar ten laste gelegd moeten achten. De rechter mag dan niet integraal vrijspreken om de enkele reden dat het opzet niet kan worden bewezen.¹¹³

Uit de rechtspraak kan volgens Kessler niet worden afgeleid dat het strafverzwarende opzet (in milieuzaken) leidt tot onaanvaardbare bewijsproblemen. De auteur merkt terecht op dat bij een vrijspraak van het opzet altijd nog de onderliggende overtreding overblijft.¹¹⁴ Voorts kan de rechter bij het bewijs van het opzet gebruik maken van algemene ervaringsregels en algemeen bekende gegevens, die geen bewijs behoeven. Bovendien kan bij de bewezenverklaring gebruik worden gemaakt van het voorwaardelijk opzet als ondergrens van het bestanddeel 'opzettelijk'.¹¹⁵

In economische en fiscale strafzaken wordt het voorwaardelijk opzet geregeld onderbouwd met feiten en omstandigheden die mede een *zorgplichtschending* inhouden. De verdachte wordt dan verweten dat hij bewust de aanmerkelijke kans op het feit heeft aanvaard, door geen maatregelen te nemen ter voorkoming van het feit, terwijl daartoe alle aanleiding heeft bestaan. De ondernemer die in het geheel niet controleert of hij aan de gestelde voorwaarden voldoet, aanvaardt bijvoorbeeld bewust de aanmerkelijke kans dat hij in strijd handelt met een voorlopige maatregel. In dergelijke gevallen wordt dus geredeneerd dat de verdachte met voorwaardelijk opzet heeft gehandeld, omdat hij een bijzondere zorgplicht tot het doen van onderzoek heeft geschonden.¹¹⁶ In het fiscale strafrecht kan ten aanzien van een ondernemer die een blanco aangifteformulier ondertekend bij zijn consulent achterlaat zonder erop toe te zien dat de aan die consulent verstrekte omzetcijfers volledig zijn, al snel worden gezegd dat de aangifte opzettelijk onjuist is gedaan.¹¹⁷ En de belastingplichtige die 'blindelings en zonder enige controle' afgaat op de juistheid en de volledigheid van de door een derde opgemaakte aangiften, terwijl hij zich niet behoorlijk heeft verzekerd van de kundigheid van die derde, heeft voorwaardelijk opzet op de onjuistheid en onvolledigheid van die aangiften.¹¹⁸ Volgens sommigen leidt dit alles ertoe dat de eisen die in dit verband aan het bewijs van het opzet worden gesteld minder hoog zijn dan elders. Net als Opiumwetzaken halen WED-zaken volgens De Hullu ogenschijnlijk wat gemakkelijker de (bewijs)drempel dan klassieke en verkeersdelicten.¹¹⁹ Valkenburg meent dat (voorheen) in het fiscale strafrecht sprake was van een hoge mate van objectivering en van een bijzonder lage drempel bij het bewijs van het opzet. Op grond van de kennis waarover de verdachte *dient te beschikken* kan doorgaans al snel voorwaardelijk opzet worden aangenomen. Van de verdachte wordt dan gevergd dat hij zich ervan

113 Kessler 2001, p. 161 en p. 225-226.

114 Kessler 2001, p. 169.

115 Kessler 2001, p. 234-235.

116 Kessler 2001, p. 231.

117 Valkenburg 2007, p. 29.

118 Zie hoofdstuk 9 (Bakker), onder verwijzing naar Hof 's-Gravenhage 4 november 1955, NJ 1956, 119.

119 De Hullu 2009, p. 243.

vergewist aan welke verplichtingen hij moet voldoen.¹²⁰ Ook volgens De Bont wordt de belastingplichtige aferekend op ‘hetgeen hij had behoren te begrijpen’.¹²¹ D.H. de Jong acht de vraag relevant of – onder meer op bestanddeelniveau (opzet en culpa) – sprake is van uitholling van het schuldvereiste. Hij denkt daarbij met name aan een aantal bijzondere strafwetten, waaronder de economische strafwetgeving. Volgens deze auteur bestaat de indruk dat op dit terrein ‘[...] het oorspronkelijke opzetcriterium in belangrijke mate of nagenoeg geheel is losgelaten en daarmee een volledige veruiterlijking van het opzet is bereikt.’ Het niet voldoen aan een onderzoeksplicht lijkt dan voldoende om opzet op te leveren. Doordat de rechter hier onder het opzet mede het niet vervullen van bepaalde voor de betreffende maatschappelijke sector geldende zorgvuldigheidseisen begrepen acht, zou het opzet in deze gevallen worden benaderd met ‘culpa-achtige’ criteria. Dat roept vervolgens de vraag op of er nog een verschil van enige betekenis bestaat met de (zorgvuldigheids)eisen die gelden voor een succesvol beroep op een schulditsluitingsgrond.¹²²

Naar onze mening kan echter niet direct worden gezegd dat het opzet hier zijn materieelrechtelijke betekenis van willens en wetens handelen heeft verloren en dat er ook vormen van schuld (als bestanddeel of als element) onder zouden vallen. Dat het bewijs van het opzet mede wordt ontleend aan feiten van algemene bekendheid wil nog niet zeggen dat sprake is van een ‘culpa-achtige’ redenering (‘had moeten begrijpen’). Deze redenering veronderstelt juist dat het logischerwijs uitgesloten is dat de verdachte het niet daadwerkelijk heeft begrepen (‘moet hebben begrepen’).¹²³ De praktijk waarin het bewijs van het opzet mede wordt gebaseerd op een schending van een zorgplicht (onderzoeksplicht) bergt wel het gevaar in zich dat uiteindelijk ook onopzettelijk handelen onder het voorwaardelijk opzet wordt gebracht. Daarom moet het voorwaardelijk opzet alleen op een zorgplichtschending worden gebaseerd in gevallen waarin *iedere* maatregel ontbreekt of waarin *apert* ontoereikende maatregelen zijn getroffen. De omstandigheid dat de dader niet *alle* maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van hem konden worden gevergd, kan weliswaar leiden tot een verwerping van een beroep op afwezigheid van alle schuld (wegens zorgvuldig handelen), maar niet tot het bewijs van voorwaardelijk opzet. Als men dit onderscheid uit het oog zou verliezen, zou ook het onderscheid tussen de misdrijven en hun overtredingsvarianten worden uitgevlakt. Het strafverzwanden opzet mag met andere woorden bewijsrechtelijk niet zodanig worden ingevuld dat het alleen in geval van afwezigheid van alle schuld niet wordt bewezen.¹²⁴ Men zal kortom van geval tot geval scherp in het oog moeten houden of uit

120 Valkenburg 2008, p. 48-52. Valkenburg (2008, p. 56) ziet echter ontwikkelingen die ruimte bieden om (voortaan) genuanceerder naar het opzet bij fiscale delicten te kijken, zoals de introductie van het pleitbaar standpunt in de strafrechtspraak.

121 De Bont 2002, p. 7.

122 De Jong 1999, p. 828-831. Vgl. ook Kroes 2007, p. 319-320.

123 Er is in die zin ook weinig mis met een redenering in de trant van: ‘het kan niet anders dan dat er sprake is van opzet, dus het is opzet’; vgl. hoofdstuk 9 (Bakker), onder verwijzing naar De Bont en Sitsen.

124 Kessler 2001, p. 231-234 en p. 243. Vgl. Keulen 1995, p. 40-41.

de omstandigheden van het geval en de aard van de gedraging daadwerkelijk kan worden afgeleid dat de verdachte (door zijn zorgplicht te schenden) bewust de aanmerkelijke kans op het feit op de koop toe heeft genomen.

6 Afsluiting

Het begrip ‘opzettelijk’ heeft in het bijzonder strafrecht in beginsel dezelfde materieelrechtelijke betekenis als in het Wetboek van Strafrecht. Het opzet behoeft niet gericht te zijn op de omstandigheid dat het betreffende feit een overtreding oplevert van een in art. 1 of 1a WED aangeduid voorschrift. Dat sluit aan bij het algemene strafrechtelijke uitgangspunt dat opzet niet een ‘boos’, maar een ‘kleurloos’ begrip is. In een klassiek arrest uit 1952 heeft de Hoge Raad bepaald dat de hoofdregel van het kleurloos opzet ook geldt voor het economisch strafrecht. Ook uit meer recente rechtspraak kan worden afgeleid dat in het bijzonder strafrecht, net als in het commune strafrecht, in beginsel een kleurloos opzetvereiste geldt. Alles afwegend lijkt dit ons een verdedigbaar uitgangspunt, aangezien van degene die zich begeeft in het economisch verkeer mag worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van de relevante wet- en regelgeving. Gelet op de complexiteit van deze regelgeving dient daar dan wel een reële mogelijkheid tegenover te staan om zich in voorkomende gevallen te beroepen op verontschuldigbare rechtsdwalings. Binnen het fiscale strafrecht doet zich in art. 69 lid 2 AWR de bijzonderheid voor dat het opzet betrokken dient te zijn op de onjuistheid of onvolledigheid van de aangifte, en daarmee wél op een aspect van de wederrechtelijkheid van de gedraging. De (lagere) rechtspraak lijkt zich hier inderdaad van een ‘boos’ opzetbegrip te bedienen. De bijzondere fiscaalrechtelijke figuur van het ‘pleitbare standpunt’ fungeert in dat verband als een bewijsverweer tegen het opzet op de onjuistheid of onvolledigheid van de belastingaangifte.

In art. 2 lid 1 WED fungeert het opzet als een strafverzwarringsgrond. De daar bedoelde economische delicten zijn immers misdrijven voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover zij geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen. Het strafverzwarende opzet dient in beginsel gericht te zijn op alle bestanddelen van het economisch (grond)delict; in ieder geval mogen de kernbestanddelen niet buiten het opzetverband vallen. Dit uitgangspunt is problematisch in de gevallen waarin het gronddelict zelf een subjectief bestanddeel bevat. In deze gevallen zal men naar onze opvatting moeten aannemen dat het opzet van art. 2 lid 1 WED slechts gericht is op de gedragsbestanddelen van het gronddelict (en dus niet op het subjectieve bestanddeel uit het gronddelict en de daardoor al beheerste objectieve bestanddelen). Dat neemt niet weg dat het opzet van art. 2 lid 1 WED – ook volgens de Hoge Raad – moet worden gezien als een ‘gewoon’ bestanddeel van de delictomschrijving van het economisch misdrijf, dat moet worden ten laste gelegd en bewezen verklaard. Art. 2 lid 1 WED moet dus niet worden beschouwd als een delictensorteerbepaling of als een kwalificatievoorschrift.

Volgens sommigen lijkt op het terrein van de economische en fiscale strafwetgeving sprake te zijn van een uitholling van het opzetvereiste. Daarbij wordt er op gewezen dat het schenden van zorgvuldigheidseisen, bijvoorbeeld het niet voldoen aan een onderzoeksplicht, onder omstandigheden voldoende lijkt om opzet op te leveren. Naar onze mening hoeft het echter niet zonder meer problematisch te zijn dat het opzetbewijs op een zorgplichtschending wordt gebaseerd. Men dient dan wel scherp in het oog te houden of de verdachte – door zijn zorgplicht te schenden – daadwerkelijk bewust de aanmerkelijke kans op de koop toe heeft genomen dat het feit zou plaatsvinden.

Literatuur

- Bemmelen, J.M. van, en Th.W. van Veen, *Het materiële strafrecht* (Oms strafrecht 1), bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, Deventer: Kluwer 2003.
- Bont, G.J.M.E. de, Opzet in fiscaal boete- en strafrecht, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 2002, nr. 6, p. 5-11.
- Bont, G.J.M.E. de, en J.M. Sitsen, Tour d'horizon fiscaal strafrecht anno 2007, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 2007, nr. 8, p. 19-26.
- Bont, G.J.M.E. de, en J.M. Sitsen, Tour d'horizon fiscaal strafrecht anno 2008, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 2008, nr. 8, p. 2-7.
- Buiting, Th.J.B., *Strafrecht en milieu*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Cleiren, C.P.M. en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Doorenbos, D.R., Schuldkwadratuur, *DD* 1990, p. 810-819.
- Doorenbos, D.R., Naschrift, *DD* 1991, p. 390-392.
- Doorenbos, D.R., *Financieel strafrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992.
- Doorenbos, D.R., Specialisatie en rechtsvinding in het economisch strafrecht, *Trema* 2010, nr. 7, p. 272-282.
- Hattum, W.F.C. van, Behoren de beginselen waarvan de wetgever is uitgegaan bij het opnemen van opzet, oogmerk, voornemen of schuld als bestanddeel in delictomschrijvingen te worden herzien? (preadvies NJV), *Handelingen Nederlandse juristen-vereniging* 1952, afl. 1, p. 3-50.
- Hullu, J. de, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Jong, D.H. de, Verantwoordelijkheid en schuld, *DD* 1999, p. 827-839.
- Jong, D.H. de, *Onbewuste schuld* (afscheidscollege Groningen), Deventer: Kluwer 2007, p. 3-4.
- Jong, F. de, T. van Roomen en E. Sikkema, Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet, *DD* 2007, p. 929-958.
- Kelk, C. (m.m.v. J.M.W. Lindeman), *Studieboek materieel strafrecht* (vierde druk), Deventer: Kluwer 2010.
- Kessler, M., Afwezigheid van alle schuld in de economische rechtspraak, in: M.J. Borgers, I.M. Koopmans en F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81-92.
- Kessler, M., Opzet in de WED en subjectieve bestanddelen in het gronddelict, *DD* 1999, p. 961-976.

- Kessler, M., *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 2001.
- Keulen, B.F., *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Kroes, I., De 'kleur' van het opzet in de Wet op de economische delicten, *Strafblad* 2007, p. 316-331.
- Mulder, A. en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Noyon, P.S., Behoren de beginselen waarvan de wetgever is uitgegaan bij het opnemen van opzet, oogmerk, voornemen of schuld als bestanddeel in delictsomschrijvingen te worden herzien? (preadvies NJV), *Handelingen Nederlandse juristen-vereniging* 1952, afl. 1, p. 51-96.
- Pelser, C.M., Reactie op D.R. Doorenbos, 'Schuldkwadratuur. Iets over de betekenis van art. 2 lid 1 WED', *DD* 1991, p. 387-389.
- Smidt, H.J. en J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
- Valkenburg, W.E.C.A., *Inleiding fiscaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Valkenburg, W.E.C.A., Opzet en strekkingsvereiste in fiscalibus: van objectivering naar subjectivering?, *Strafblad* 2008, p. 48-56.