

Kroniek

Kroniek ondernemingsstrafrecht

Eerste helft 2018

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

Inleiding

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

De veelzijdigheid aan strafrechtsgebieden die het ondernemingsstrafrecht kleurt dwingt bij het aanbieden van de kroniek over de eerste helft van 2018 tot keuzen. Die betreffen de rechtsgebieden waarvan hierna verslag wordt gedaan met de meest relevante ontwikkelingen op het gebied van rechtspraak, wet- en regelgeving. Ondertussen dient de in het ondernemingsstrafrecht geïnteresseerde lezer ervan bewust te worden gemaakt dat deze kroniek enerzijds geen verdere reikwijdte heeft dan de periode die zij beslaat, en anderzijds dat zich ook elders in het strafrecht ontwikkelingen hebben voorgedaan waarvan het signaleren hier niet misstaat.

Zo kan bijvoorbeeld de inwerkingtreding van de Algemene verordening gegevensbescherming en de uitvoeringswet niemand zijn ontgaan.¹ Hetzelfde geldt voor kabinetsplannen over proeven met gereuleerde wietteelt en commotie veroorzakende camera's in sauna's en de gevolgen van opnamen van mensen in wachtruimten van zorginstellingen.² De bewaking van de voedselveiligheid stond stevig ter discussie naar aanleiding van het rapport over de fripronilaffaire van de Commissie Sorgdrager,³ terwijl ook de vissector niet vrij van schandalen

bleef.⁴ Ondertussen strijdt het OM met succes tegen de Outlaw Motorcycle Gangs,⁵ maar lijkt met strafbeschikkingen te volstaan tegen al te militante actievoerders rondom de (discussie over de dieren in de) Oostvaardersplassen.

Ontwikkelingen over de straftoemeting zijn terug te vinden in een tweetal rapporten. In het voorjaar van 2018 heeft de regering op een advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de disharmonie in de boetestelsels gereageerd.⁶ In een 'Nader rapport bestuurlijke boetestelsels' wordt een integraal afwegingskader aangekondigd dat geldt voor alle beleid en wetgeving en dat wordt uitgebreid met een overzicht van alle relevante factoren voor het kiezen van een handhavingssysteem. Een tweede rapport verscheen in juni 2018 onder de zichzelf verklarende titel 'Evaluatie Wet OM-afdoening'.⁷ Daaruit blijkt dat aanzienlijk minder vaak wordt gedagvaard dan ten tijde van de transactiepraktijk, maar de onderzoekers vragen zich af waardoor dat komt. Uit hun onderzoek blijkt namelijk ook dat in 2014 veel minder strafbeschikkingen zijn uitgevaardigd dan transacties in 2008. De veronderstelling dat het aantal verzetszaken gering zou zijn, is niet bewaarheid. In

1. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, PbEU 2016, L 119, en de Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van de Algemene verordening gegevensbescherming, *Stb.* 2018, 144.
2. Over die laatste camera's: HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553.
3. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 26 991 nr. 529.

4. Conclusie A-G 19 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:629 (*visfraude platvisfilets*); HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:901 (*gemanipuleerde visnetten*).
5. Rb. Den Haag 18 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7183 (*Saturday*). Het *Landelijk Parket* heeft op 29 mei 2018 de *Rechtbank Midden-Nederland* gevraagd de Hells Angels in Nederland te verbieden en de vereniging te ontbinden.
6. Brief van de ministers van Justitie en Veiligheid en voor rechtsbescherming van 14 mei 2018 aan de Tweede Kamer (2258465) met bijlage 'Nader rapport bestuurlijke boetestelsels'.
7. D. Abels e.a., *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Amsterdam: UvA/WODC 2018.

de praktijk bleken ook meer dan verwacht bestraffen tegen strafbeschikkingen in verzet te zijn gekomen. Ook de veronderstelling dat de inning van de niet-betaalde bij strafbeschikking opgelegde geldboetes minder problematisch zou zijn dan bij de niet-betaalde transactie, blijkt niet te kloppen. Tot slot is ook de verwachting dat driekwart van de strafbeschikkingen zal worden voldaan, niet uitgekomen. In de praktijk bleek dit op circa 60% te blijven steken. Positief is dat met de strafbeschikking daadwerkelijk meer zittingscapaciteit beschikbaar is gekomen bij de strafrechter voor het afhandelen van zaken die daarvoor meer in aanmerking komen. Echter, die 'winst' is beperkt, doordat de meeste verdachten die verzet hebben gedaan, ter zitting verschijnen en daar bovendien een 'verhaal' hebben.

Naast de twee rapporten verschenen in de verslagperiode twee voor de praktijk interessante proefschriften. Krukkert promoveerde in Nijmegen op een fiscaalstrafrechtelijk proefschrift over de straftoemeting in boetezaken,⁸ en De Zanger verdedigde in Utrecht een dissertatie over de praktijk van de ontnemingsprocedure. Hij bepleit meer maatwerk, nu uit zijn onderzoek blijkt dat er geregeld meer wordt ontnomen dan de verdachte met zijn misdaad heeft verdiend.⁹

Aan dit onderwerp verwant is de vraag of het economische strafrecht (artikel 8 aanhef en onder c WED) de mogelijkheid kent om de verdachte te veroordelen in de kosten van de vernietiging van een aan het verkeer onttrokken goed. Het hof had de daartoe strekkende eis van het OM afgewezen, overwegende dat bij de onttrekking aan het verkeer van (verboden) gewasbeschermingsmiddelen geen ruimte is voor toepassing van de door het OM gevorderde maatregel zoals bedoeld in artikel 8 aanhef en onder c WED, nu dit een reparatoire maatregel betreft, waarvan toepassing haaks staat op het doel van de reeds toegepaste onttrekking van de gewasbestrijdingsmiddelen, waarvan het bezit immers in strijd met de wet en het algemeen belang is. De kosten voor het vernietigen van de gewasbestrijdingsmiddelen zijn gelet op die beslissing derhalve niet op grond van dit artikel te verhalen op de verdachte. Het OM voerde hiertegen een cassatiemiddel aan, maar de A-G Vellinga komt in zijn conclusie op grond van de wetsgeschiedenis tot de slotsom dat het middel behoort te falen.¹⁰ Daarmee was de Hoge Raad het eens.¹¹

Uit de voor het bijzondere strafrecht van belang zijnde 'algemene' strafrechtelijke rechtspraak valt in het bijzonder het leerstuk van het medeplegen te noemen. Dat de samenwerking 'nauw en bewust' moet zijn bleek al eerder, en werd bevestigd in de overzichtsarresten uit

2014.¹² De actuele rechtspraak lijkt nu vooral zoekend te zijn naar criteria wat nu precies de 'samenwerking' moet inhouden.¹³

Een arrest dat illustratief is voor de invulling van de criteria voor 'feitelijk leidinggeven' is HR 5 juni 2018. Het ging hier om het feitelijk leidinggeven aan oplichting begaan door rechtspersoon, door een groot aantal mensen te bewegen tot investeringen in niet-bestaande teakhoutplantages, opzettelijk zonder vergunning bemiddelen met betrekking tot participatie in teakhoutplantages, en het feitelijk leidinggeven aan opzettelijk zonder vergunning aanbieden van participatie in teakhoutplantages begaan door een rechtspersoon.¹⁴ De beoordeling van de bewijsmiddelen loopt keurig volgens de lijnen van het overzichtsarrest uit 2016.¹⁵ Tot slot is vermeldenswaard de samenvatting van de recente 'beklag tegen beslag'-rechtspraak die in *DD* van de hand van Kremers en Geurts verscheen.¹⁶

Fiscaal strafrecht

Verzorgd door mr. A.A. Feenstra met medewerking van mr. A.C.M. Klaasse

Regelgeving en beleid

Op 25 mei 2018 heeft de Raad van de Europese Unie Richtlijn 2018/822 aangenomen die tussenpersonen, zoals belastingadviseurs en accountants, verplicht stelt melding te maken van mogelijk agressieve fiscale planingsconstructies.¹⁷ Het doel van de Richtlijn is het ontmoedigen van deze constructies. De meldplicht heeft enkel betrekking op grensoverschrijdende constructies, waarbij deze zich uitstrekken over meer dan één lidstaat of een lidstaat en een derde land. In de Richtlijn wordt een aantal 'wezenskenmerken' geformuleerd die een sterke aanwijzing vormen voor belastingontwijking. Wanneer de constructie één of meer wezenskenmerken bezit, moet de constructie worden gemeld. De wezenskenmerken zijn uitgesplitst in vijf categorieën en hebben bijvoorbeeld betrekking op het aanwenden van verliezen om verschuldigde belastingen te verminderen of het gebruik van fiscale regelingen in meer dan één rechtsgebied.

8. I.J. Krukkert, *Individuele straftoemeting in het fiscale bestuurlijke boeterecht* (een interne theoretische rechtsvergelijking tussen het fiscale bestuurlijke boeterecht en het strafrecht), Deventer 2018.
9. W. de Zanger, *De ontnemingsmaatregel toegepast* (een onderzoek naar de rechtspositie van de betrokkene in de procedure tot oplegging en tenuitvoerlegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel), Den Haag 2018.
10. Conclusie A-G 24 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:384 en 385.
11. HR 10 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1134.

12. HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 en HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637.
13. HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:83, *NJ* 2018/252; HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:253, *NJ* 2018/253; HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:499, *NJ* 2018/254; HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:494, *NJ* 2018/255; HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:662, *NJ* 2018/256, m.nt. Rozemond; HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:446, *NJ* 2018/257, m.nt. Rozemond.
14. HR 5 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:533.
15. HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375, m.nt. Wolswijk.
16. M. Kremers & M.H. Geurts, 'De invulling van het vervolgingsbegrip in de beklagregeling van artikel 552a Sv', *DD* 2018/40.
17. Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies, PbEU 2018, L139/1.

De meldplicht geldt voor tussenpersonen die betrokken zijn geweest bij onder meer de advisering of het beheer, de klant, en de (rechts)persoon die de structuur implementeert. Beoogd wordt dat de informatie in een vroegtijdig stadium wordt verstrekt, nog voordat de constructies daadwerkelijk zijn geïmplementeerd. Krachtens artikel 8bis/ter van de Richtlijn moet binnen dertig dagen worden gemeld vanaf het moment dat de eerste stap is ondernomen om de constructie tot stand te brengen.

De gerapporteerde informatie is niet enkel bedoeld voor de nationale belastingautoriteiten. Op grond van de Richtlijn dient automatische uitwisselingen van inlichtingen plaats te vinden met andere lidstaten via een communicatienetwerk opgezet door de EU.

De lidstaten hebben tot 31 december 2019 de tijd de Richtlijn te implementeren in de nationale wetgeving. Vervolgens moeten de lidstaten vanaf 1 juli 2020 aan de verplichtingen voldoen. Een belangrijke bepaling betreft het twaalfde lid van artikel 8bis/ter van de Richtlijn. Krachtens deze bepaling heeft de meldplicht terugwerkende kracht tot het moment van inwerkingtreding. Dit impliceert dat vanaf 1 juli 2020 ook structuren moeten worden gerapporteerd die zijn geïmplementeerd vanaf 25 juni 2018.

Als vervolg op onder meer de enquêtecommissie Witaspraktijken, belastingontwijking en belastingontduiking is op 1 maart 2018 de Commissie Financiële misdrijven, belastingontduiking en belastingontwijking (Commissie TAX3) ingesteld.¹⁸ De commissie is opgericht voor een periode van twaalf maanden en richt haar onderzoek met name op fraude met omzetbelasting, nationale belastingvoordelen, informatie-uitwisseling met derde landen en bilaterale belastingverdragen. De commissie krijgt tevens de opdracht om de ontwikkelingen voortvloeiend uit de *Paradise papers* bij het onderzoek te betrekken.

Jurisprudentie

In de vorige rubriek werd signaleerd dat de zaak-Menci aanhangig was bij het Hof van Justitie EU. Op 20 maart 2018 heeft het Hof het langverwachte arrest gewezen over het Europese ne bis in idem-beginsel zoals neergelegd in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.¹⁹ Luca Menci had blijkens een boekenonderzoek € 280.000 aan verschuldigde btw niet voldaan. Als antwoord op deze overtreding werd zowel een boete opgelegd als een strafrechtelijke procedure gestart. Het pleidooi van A-G Campos Sánchez-Bordona voor een ruimhartige bescherming tegen dubbele vervolging en bestraffing wordt niet gevolgd door het Hof. In lijn met de arresten van het Europese Hof

voor de Rechten van de Mens²⁰ – en in afwijking van het eerdere arrest van Hof Åkerberg Fransson²¹ – oordeelt het Hof van Justitie EU dat een cumulatie van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties in bepaalde gevallen is geoorloofd. Een beperking van het ne bis in idem-beginsel is gerechtvaardigd indien (r.o. 44, 46 en 63): de nationale regeling een doelstelling van algemeen belang heeft, namelijk (1) waarborgen dat de verschuldigde btw wordt geïnd, en (2) de sancties streven aanvullende doelen na die betrekking hebben op verschillende aspecten van de verboden gedraging. De cumulatie van sancties voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, in die zin dat de regeling niet verder mag gaan dan noodzakelijk voor de verwezenlijking van het doel en de sancties evenredig zijn aan de ernst van de overtreding. In dit kader dient de regeling duidelijk te zijn, zodat de belastingplichtige de cumulatie van sancties kan voorzien. Evenals het Europees Hof hecht het Hof van Justitie EU eraan dat de procedures elkaar aanvullen en dat de totale sanctie niet disproportioneel is. Inherent aan de doelstelling van de EU plaatst het Hof van Justitie EU het tegengaan van btw-fraude voorop. Enkel wanneer de nationale bepalingen de inning van omzetbelasting beogen te waarborgen én wanneer de sancties binnen de bandbreedte van dit doel blijven is een beperking van het ne bis in idem-beginsel gerechtvaardigd. Zie (uitgebreid) over de Menci-zaak ook hierna, de paragraaf ‘Financieel strafrecht’.

In het arrest van het Hof ‘s-Hertogenbosch van 13 maart 2018 was aan de verdachte (feitelijk leidinggeven aan) accijnsfraude ten laste gelegd.²² De verdachte zou met behulp van valse documenten (administratieve geleidedocumenten, AGD’s) een fictieve goederenstroom hebben opgezet waarbij alcoholische dranken vanuit Engeland via Nederland naar een andere lidstaat werden vervoerd. In werkelijkheid werden de goederen in Engeland afgezet.

Het hof stelt vast dat uit de bewijsmiddelen blijkt dat de verdachte tegen betaling vervalste AGD’s verstrekte. Tevens is de verdachte eenmaal aangetroffen bij een lege vrachtwagen met open deuren bij een opslagloods met wijn, maar volgens zijn eigen verklaring kwam hij enkel de AGD’s opgeven en was hij niet bij het transport zelf betrokken. Wel wist hij dat de goederen waren bestemd voor de Engelse zwarte markt. Het hof stelt dat de vraag of sprake is van ‘voorhanden hebben’ moet worden bepaald aan de hand van de criteria ontwikkeld door de belastingkamer van de Hoge Raad. Voor voorhanden hebben is vereist dat: (1) de persoon de hoedanigheid van de goederen kent, (2) deze daadwerkelijke toegang heeft tot die goederen, en (3) deze persoon tevens weet of redelijkerwijze moet weten dat de goederen niet overeenkomstig de bepalingen van de Wet op de accijns in Nederland in de heffing zijn betrokken.

18. European Parliament decision of 1 March 2018 on setting up a special committee on financial crimes, tax evasion and tax avoidance (TAX3), and defining its responsibilities, numerical strength and term of office (2018/2574(RSO)).

19. HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15 (*Menci*).

20. EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11 (*A. en B. t. Noorwegen*), en EHRM 18 mei 2017, nr. 2207/11 (*Jóhannesson e.a. t. Ísland*).

21. HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*).

22. Hof ‘s-Hertogenbosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1054.

Het hof concludeert dat het afgeven van de AGD's en het ter plaatse zijn bij een lege vrachtwagen onvoldoende is voor de bewezenverklaring van feitelijk leidinggeven. De verdachte is geen bestuurder en heeft ook geen initiatieven genomen of bijdragen geleverd die wijzen op feitelijk leidinggeven. Tevens kan niet worden gesteld dat de verdachte de goederen zelf voorhanden had, omdat het ontbrak aan beschikkingsmacht.

In het kader van de straftoemeting overweegt het hof dat aan de verdachte een naheffingsaanslag is opgelegd van ruim € 1.100.000 betreffende de onbetaalde accijnzen. De behandeling van het bezwaar tegen de aanslag is opgeschort in afwachting van de uitkomst van de strafzaak. Nu het hof tot een vrijspraak komt van het (feitelijk leidinggeven aan het) voorhanden hebben, biedt de uitkomst van de strafzaak mogelijkheden voor verweren tegen de belastingaanslag.

In het arrest van 14 februari 2018 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden een beroep op de inkeerbepaling ex artikel 69, derde lid, AWR afgewezen (ECLI:NL:GHARL:2018:1574). Een tijdige, vrijwillige verbetering staat aan strafvervolgning in de weg. Volgens vaste jurisprudentie kan een belastingplichtige zich met succes beroepen op de inkeerregeling, indien de melding wordt gedaan voordat hij, objectief gezien, redelijkerwijs moest vermoeden dat de fiscus met de onjuistheid van een aangifte bekend zouden worden. Daarbij is niet beslissend of de belastingplichtige subjectief gezien vermoedde dat de fiscus de onjuistheden op het spoor zouden komen.²³ In de onderhavige zaak had een ondernemer op 30 januari 2012 gemeld dat hij onvolledige aangifte had gedaan met betrekking tot de bouw en inrichting van zijn woning. De ondernemer had facturen laten vervalsen om verbouwingen aan zijn woning als zakelijke kosten te kunnen opvoeren. Door de valse facturen waren gedurende een periode van vijf jaren onjuiste aangiften inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en omzetbelasting gedaan. De verdediging voert aan dat de ondernemer al langer met de gedachte speelde de onjuistheden bij de fiscus te melden en dat dit idee werd versterkt doordat op 30 augustus 2011 een doorzoeking had plaatsgevonden in het kader van een ander strafrechtelijk onderzoek. Dit onderzoek had betrekking op de verdenking dat de verdachte en zijn onderneming betrokken waren bij witwassen en valsheid in geschrift. Tijdens de doorzoeking zijn onder meer de auditfiles van de onderneming in beslag genomen. Tevens was de ondernemer in het kader van het onderzoek verhoord als verdachte in juni 2011. Tijdens de verhoren waren ook vragen gesteld ten aanzien van facturen betreffende de bouw en inrichting van zijn woning.

Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank dat niet kan worden gesproken van een tijdige inkeer. De verdachte kon op het moment van de doorzoeking op 30 augustus 2011 reeds redelijkerwijs vermoeden dat de fiscus de onjuistheden in de aangiften zou ontdekken.

Immers, hij was reeds verhoord over de facturen en de administratie die ten grondslag had gelegen aan de aangiften was in beslag genomen. Verder kon worden vastgesteld dat de verdachte in december 2011 en januari 2012 contact heeft gehad met personen bij wie een derdenonderzoek was ingesteld. Ook op deze wijze was verdachte op de hoogte geraakt van de reden van het onderzoek van de Belastingdienst.

Rechters (ingegeven door rechtspraak van de Hoge Raad) zijn zeer terughoudend wanneer het gaat om de bestraffing van vormverzuimen begaan door politie en justitie. De niet-ontvankelijkheid van het OM komt pas in beeld wanneer de kans op een eerlijk proces is verkeken doordat opsporingsambtenaren doelbewust of met grove onachtzaamheid hebben gehandeld.²⁴ Een voorbeeld van een geval waarin het OM met deze zwaarste sanctie werd geconfronteerd (maar dan in het kader van het opportuniteitsbeginsel ex artikel 167 Sv) betreft het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 12 juni 2018 (ECLI:NL:GHSHE:2018:2472). In deze zaak werd een bestuurder van een trustkantoor vervolgd wegens het opzettelijk niet voldoen aan een fiscale informatieverplichting, namelijk het niet ter beschikking stellen van e-mailbestanden. In de parallelle fiscale procedure stond echter nog ter discussie of het trustkantoor verplicht was inzage te geven in de e-mailbestanden. Het trustkantoor weigerde de informatie te verstrekken vanwege de privacy van zijn klanten, waarop de fiscus op 3 februari 2014 een informatiebeschikking afgaf. De bestuurder heeft bezwaar gemaakt tegen de informatiebeschikking. In afwachting van de beslissing of het trustkantoor tot inzage verplicht was, waren de e-mailbestanden op 10 januari 2014 op een dvd gekopieerd, die werd opgeborgen in een blauwe envelop. Deze envelop had de bestuurder opgeborgen in een ladekast. Als gevolg van een tripartiet overleg was een strafrechtelijk onderzoek gestart op 14 mei 2014. Op 20 mei 2014 vond een doorzoeking plaats waarbij de blauwe envelop met de dvd in beslag werd genomen. Deze informatie wordt op grond van artikel 55 AWR gedeeld met de fiscus. Hierop trekt de bestuurder het bezwaar tegen de informatiebeschikking in, omdat de inspecteur reeds over de dvd beschikt. De verdediging stelt zich op het standpunt dat het OM niet-ontvankelijk is in de vervolging, vanwege niet naleving van de Richtlijnen AAFD en de schending van het vertrouwensbeginsel. Het hof zet allereerst de gang van zaken uiteen en stelt dat het standpunt zoals ingenomen door het trustkantoor (waarborgen van de privacy) geen misbruik van procesrecht oplevert. Tevens is het trustkantoor transparant geweest ten aanzien van de stukken, die in afwachting van een beslissing op bezwaar in een envelop werden opgeborgen. Met de inbeslagname van de dvd is de verdachte 'door middel van strafrechtelijke dwang' bewogen tot afgifte van de dvd. Het hof overweegt dat de conclusie niet anders kan luiden dan dat de strafrechtelijke procedure is opgestart om de dvd in handen te kunnen krijgen, terwijl de weigering de

23. HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6922, NJ 2010/199.

24. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376.

e-mails te verstrekken nog onderwerp van discussie was. Het hof concludeert dat het OM door het instellen van strafvervolging een strafrechtelijke bevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, waardoor het verbod van *détournement de pouvoir* is geschonden. Om die reden is het instellen van de strafvervolging onverenigbaar met de beginselen van een goede procesorde en verklaart het hof het OM niet-ontvankelijk.

Misbruik van bevoegdheid komt niet alleen om de hoek kijken wanneer strafrechtelijke bevoegdheden worden ingezet voor een ander doel. Ook de fiscus kan op ongeoorloofde wijze gebruik maken van de aan hem toekomende bevoegdheden. De fiscus verkrijgt met regelmaat informatie uit het buitenland op grond van informatieverzoeken. Een recent voorbeeld zijn de gegevens van creditcardhouders van American Express.²⁵ Eerder dit jaar heeft de Amerikaanse rechter geoordeeld dat American Express de gegevens aan de IRS moet verstrekken. In juni zijn gegevens van 1.500 kaarthouders daadwerkelijk aan de Nederlandse fiscus verstrekt, waarbij de fiscus al aankondigt dat wordt overwogen om zaken voor strafrechtelijk onderzoek aan te melden. Op grond van het belastingverdrag tussen de VS en Nederland is informatie-uitwisseling doelgebonden. Indien de gegevens worden uitgewisseld met een ander doel dan het voldoen aan belastingverplichtingen, kan het verbod van *détournement de pouvoir* om de hoek komen kijken.

Financieel strafrecht

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

Inleiding

Flitshandelaren kiezen voor Amsterdam, mede vanwege van de goede reputatie van de AFM.²⁶ De ESMA verbod per 1 juli 2018 de handel in binaire opties en per 2 augustus 2018 handel in CDF's.²⁷ Ook in deze periode is weer gebleken dat het Europees recht zijn stempel op het Nederlandse (straf)recht drukt. In het onderstaande komen ten minste de volgende onderwerpen aan de orde. In de eerste plaats de implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn (EU) 2015/849 en de daarop gebaseerde uitvoeringrichtlijn.²⁸ Aandacht is er tevens voor de vijfde anti-witwasrichtlijn, die de vierde op een aantal punten verscherpt. Voorts vergen de *cryptocurrency* de nodige aandacht. Ten slotte zal het huidige standpunt van de minister van Justitie en Veiligheid met betrekking tot het Europese Openbaar Ministerie worden belicht. Deze bijdrage wordt afgesloten met het aan-

stippen van enkele recente belangwekkende arresten van het Hof van Justitie EU inzake *ne bis in idem*-kwesties.

Wetgeving

Vooraf gaat de rectificatie, zoals deze is verschenen in de *Staatscourant* betreffende het Samenwerkingsconvenant tussen de AFM en DNB met betrekking tot samenwerking in het kader van het toezicht over de financiële instellingen die deze toezichthouders respectievelijk onder zich hebben.²⁹ In beginsel sluiten de toezichthoudende taken van de AFM en DNB elkaar uit, maar er zijn raakvlakken en deze zijn onderwerp van dit convenant.³⁰ In dit convenant wordt bepaald dat 'de bij de toezichthouder aanwezige informatie in beginsel over en weer geacht wordt relevant te zijn voor elkaars taakuitoefening en kan uit eigener beweging of op verzoek met de ander worden gedeeld, wanneer het doel daarvan gelegen is in die taakuitoefening'. De toezichthouders informeren elkaar bovendien actief over ontwikkelingen bij onder toezicht staande instellingen, die voor de ander relevant zijn (art. 1, lid 1 Samenwerkingsconvenant). Ten aanzien van het gebruik van de verkregen informatie worden nadere werkafspraken gemaakt (art. 1, lid 3 Samenwerkingsconvenant). Hierbij kan worden gedacht aan samenwerking in het kader van markttoegang, toetsingen van beleidsbepalers en handhavingsmaatregelen. Omdat beide toezichthoudende instellingen grotendeels toezicht – weliswaar vanuit verschillende wettelijke grondslag – uitoefenen 'spreekt het voor zich dat zoveel mogelijk relevante informatie wordt gedeeld' (Toelichting, par. 1.4 in fine). De wettelijke grondslag voor de informatie-uitwisseling ligt in de respectievelijke wetgeving besloten en is daar geformaliseerd, maar zou deze vanzelfsprekendheid ook thans nog aanwezig zijn? De informatie geldt uitsluitend hun eigen taakoefening, met betrekking tot alle andere informatie geldt een geheimhoudingsplicht.

In de samenleving ligt de handel en wandel van de instellingen in de financiële wereld, zoals banken, verzekeringsmaatschappijen, accountantskantoren en trusts onder een vergrootglas, of zo men wil 'onder vuur'. Een bijdrage tot wegnemen van wantrouwen jegens accountantsorganisaties beoogt de overheid te bereiken door de Wet van 28 maart 2018 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet toezicht accountantsorganisaties in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten (Wet transparant toezicht financiële markten) (*Stb.* 2018, 102). De organisaties wensen dat zelf ook,³¹ ook al heeft een aantal accountants zich teruggedrokken uit commitments. Deze wet beoogt de transparantie van het toezicht te vergroten door uitbreiding van de bevoegdheden tot

25. <https://www.taxlive.nl/news/nieuws/fiscus-krijgt-gegevens-over-american-express/99846/>.

26. *FD* 4 juli 2018. 'Het brengt ons land in de top van high frequency trading (hft)', aldus het *FD*.

27. Zie in fine.

28. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 16 en de daarbij te volgen procedure bij vaststelling en publicatie van dit Uitvoeringsbesluit.

29. *Stcrt.* 2016, 1863-n1 (28 januari 2016). Weliswaar twee jaren geleden verschenen, maar nog immer actueel, zeker gelet op plannen met betrekking tot de implementatiewetgeving van de Wwft.

30. Het betreft de uitvoering van de Wft, Wta, Wwft, Pw, Wvwb, de Sw, Wwft BES en Wfm BES.

31. Zie het interview afgenomen met P. van Mierlo (PwC): 'Alle partners begrijpen dat onze maatschappelijke rol in ere moet worden hersteld', *FD*, 20 juni 2018.

openbaarmaking van informatie en verduidelijking van de rechtsbescherming van betrokkenen. De voorwaarden die in acht dienen te worden genomen als tot openbaarmaking door de toezichthouder (de AFM) wordt besloten, worden verduidelijkt.³²

Aanhangige wetgeving

Bij de Tweede Kamer is op 15 maart 2018 ingediend het voorstel voor de Wet toezicht trustkantoren 2018 of 'Regels met betrekking tot het verlenen van trustdiensten en het toezicht daarop'.³³

In de considerans is te lezen dat 'het wenselijk is de regels met betrekking tot het toezicht op trustkantoren te herzien, door een uitbreiding van de normen inzake de integere en beheerste bedrijfsvoering van trustkantoren, en aanscherping van de verplichtingen inzake het verrichten van cliëntenonderzoek en het uitbreiden van het instrumentarium voor toezicht en handhaving'. De wijzigingen, teweeggebracht door de maatschappelijke ontwikkelingen op zowel internationaal³⁴ als nationaal niveau, zijn dermate ingrijpend ten opzichte van de oude Wtt dat is gekozen voor een geheel nieuwe wet. De inhoud en de opzet daarvan zal in de volgende aflevering van deze kroniek nader onder de loep worden genomen, maar gelet op artikel 80 Wtt (nieuw) kan nu al worden opgemerkt dat artikel 1 WED met een groot aantal strafbare gedragingen wordt uitgebreid en tot economisch delict bestempeld. In de inleiding op de memorie van toelichting overweegt de minister van Financiën 'dat het onderhavige wetsvoorstel strekt tot verdergaande regulering van het verlenen van trustdiensten. De normen waaraan trustkantoren moeten voldoen worden aangescherpt en het instrumentarium dat De Nederlandsche Bank N.V. als toezichthouder kan inzetten wordt uitgebreid. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III. De herziening is in belangrijke mate ingegeven door het voortschrijdend inzicht vanuit de toezichtpraktijk, maar ook door gewijzigde internationale en Europese kaders zoals de aanbevelingen van de Financial Action Task Force (FATF) en richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering (PbEU 2015, L 141) (de vierde anti-witwasrichtlijn). Tot slot zijn bij dit wetsvoorstel ook de bevindingen van de parlementaire ondervragingscommissie fiscale constructies betrok-

ken voor zover die zien op de wetgeving voor trustkantoren.'

Anti-witwaswet- en regelgeving en bestrijding van terrorismefinanciering: vierde en vijfde anti-witwasrichtlijn

De meest ingrijpende ontwikkeling is de wetgeving met betrekking tot de wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (verder: Wwft), naar aanleiding van de vierde anti-witwasrichtlijn c.a. Hoewel veel (bestuursrechtelijke) regelgeving zich richt tot financiële instellingen (rechtspersonen, banken, financiële ondernemingen, trusts etc.), heeft deze wet- en regelgeving grote betekenis voor de strafrechtelijke handhaving, waarbij problemen van privacy en meldplichten strafrechtelijke aanknopingspunten laten zien. Ook de samenwerking tussen de toezichthouders en het Openbaar Ministerie speelt hier. Daarnaast is een punt van aandacht de onderlinge verhouding van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering (zie hierna). De meest saillante punten komen aan bod.³⁵ Daarin wordt tevens duidelijk dat EU-regelgeving direct betekenis krijgt voor de Nederlandse implementatiewetgeving, zowel op het niveau van de formele wetgeving als op het materiële lagere regelgevingsniveau, zoals AMvB's en ministeriële regelgevingen. De ontwikkelingen op dit terrein in Europees verband voltrekken zich veel sneller dan in Nederland. De 'implementatiewetgever' kan die ontwikkelingen nauwelijks bijhouden. Op 6 maart 2018 heeft de Tweede Kamer de Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn aangenomen.^{36, 37} Dit wetsvoorstel werd ingediend (17 oktober 2017) toen de implementatietermijn reeds was verlopen (26 juni 2017). Het wetsontwerp en het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (waarover hieronder) doorliepen de parlementaire behandeling relatief snel.³⁸ Een heikel punt was/is onder andere de inhoud en betekenis van de UBO-wetgeving geweest, die niet in extenso in de Implementatie-

32. *Kamerstukken* 34 769. In *Stb.* 2018, 186 is verschenen het 'Besluit van 19 juni 2018 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties, het Besluit aanvullende maatregelen accountantsorganisaties en de Wet transparant toezicht financiële markten.' Deze wet- en regelgeving is in werking getreden op 1 juli 2018. Van belang is dat in de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties artikel III, onderdeel A van de inwerkingtreding is uitgezonderd in verband met de verlenging van overgangsrecht met het oog op het niet laten vervallen van vervaltermijnen voor tuchtklachten tegen accountants die hierdoor met tien jaar worden verlengd.

33. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 910, nrs. 1-3.

34. Zie de nieuwe aanbevelingen van de FATF en de vierde (en vijfde) EU anti-witwasrichtlijnen (zie hierna).

35. Zodra deze wetgeving het *Staatsblad* heeft bereikt zal nader worden ingegaan op onderdelen.

36. Voluit: Wetsvoorstel 34 808, houdende Wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en enige andere wetten, in verband met de implementatie van richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PbEU 2015, L141), alsmede in verband met de uitvoering van verordening (EU) 2015/847 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1781/2006 (PbEU 2015, L141). De verschillen in hoofd- en kleine letter in deze titel weerspiegelen de wisselingen in de Europese nomenclatuur, niet die van de drukker of uw kroniqueur (*rh*).

37. Met bijna algemene stemmen, slechts de PVV stemde tegen.

38. Dat neemt niet weg dat de Europese Commissie de Nederlandse regering een ingebrekestelling stuurde op 8 december 2017, met de strekking dat binnen twee maanden daarna de parlementaire behandeling beëindigd diende te zijn. Ook die termijn werd niet gehaald. Of Nederland thans een boete van de Commissie tegemoet kan zien is nog niet bekend. Vast staat wel dat de Europese Commissie scherper is gaan letten op de termijnen waarbinnen de implementatiewetgeving moet zijn voltooid.

wet zelf zal worden opgenomen, maar te vinden zal zijn in separate wetgeving.³⁹ In *Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 15 is de minister van Financiën ingegaan op de verhouding van UBO's en het trustkantoor. De vraag was/is of een trustkantoor, bij wijze van terugvaloptie, zelf als uiteindelijk belanghebbende (UBO) van een vennootschap kan worden aangemerkt en worden geregistreerd. Het antwoord is ontkennend. Een trustkantoor kan niet worden gebruikt om UBO's van de vennootschap of trust te verhullen. In de implementatiewetgeving zal hierop worden ingegaan.⁴⁰

Ook het slotstuk van de behandeling van deze wet in de Tweede Kamer liet nog even op zich wachten door een voorstel tot wijziging – bij amendement – van het bestuurlijk boetep plafond als percentage van de omzet van 10% naar 20% (artikel 32, eerste lid Wwft, nieuw). Nauwelijks twee maanden na de indiening van de implementatiewetgeving vierde anti-witwasrichtlijn bereikten op 20 december 2017 het Europese Parlement en de Raad overeenstemming over een nieuwe, strengere opzet van de regeling dan die in de vierde richtlijn was voorzien.⁴¹ Deze vijfde anti-witwasrichtlijn dient binnen 18 maanden na publicatie in het Nederlandse recht te zijn geïmplementeerd. Daarover hierna meer, maar de systematiek, de rode draad, in al deze richtlijnen (en daarmee implementatiewetgeving in de Wwft c.a.) blijft dezelfde: cliëntenonderzoek (al dan niet verscherpt) en meldplicht als grondslag voor wetgeving strekkende tot bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme.

Het is hier niet de plaats in detail in te gaan op de uitwerking van de wijzigingen van de mede op grond van de Europees recht veroorzaakte wijzigingen van de Wwft.^{42, 43} Wel kunnen nog enkele opmerkingen op hoofdlijnen ter aanvulling op en ter verduidelijking van de implementatiewetgeving worden gemaakt.⁴⁴ Tijdens

de parlementaire behandeling is een uitgebreide en kritische discussie gevoerd tussen de Tweede Kamer en de regering over de invulling en reikwijdte van een groot aantal begrippen en standpunten.⁴⁵ Telkens wordt de reikwijdte van de wet- en regelgeving uitgebreid en de sanctionering aangescherpt. In de gewijzigde Wwft naar aanleiding van de implementatie van vierde richtlijn wordt het aantal normadressaten – vooral rechtspersonen in de financiële sector – uitgebreid met onder meer de aanbieders van kansspelen en personen die beroeps- of bedrijfsmatig in goederen handelen in het geval daarbij contante betalingen worden gedaan van € 10.000 of meer).⁴⁶ In artikel 1 Wwft (nieuw) wordt een aantal definities gewijzigd. Van belang daarbij is vooral de nieuwe afbakening van de termen 'bijkantoor', ('dochter-') 'onderneming' en 'groep'. Deze begrippen worden weer nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. De risico georiënteerde benadering van cliënten wordt eveneens aangescherpt. In elk zakelijk contact tussen de volgens de Wwft bedoelde normadressaten dient cliëntenonderzoek te worden gedaan. Volgens de derde anti-witwasrichtlijn wordt dat onderscheiden in 'eenvoudig' en 'verscherpt' onderzoek. De normadresaat zal vervolgens zelf moeten beslissen welke type risico in casu van toepassing is. De mate van intensiteit kan volgens de nieuwe Wwft onder omstandigheden verschillen. (Financiële) instellingen dienen hun risicobenadering op schrift te stellen, vervolgens te actualiseren en over te leggen aan handhavende autoriteiten, indien deze daar om vragen.

Zoals hierboven al was aangestipt was een van de hobbels tijdens parlementaire behandeling het begrip 'UBO' en de vraag of dit register (Europees) openbaar moet worden gemaakt. Het raakt immers de privacy. De definitie van wat onder een UBO moet worden verstaan is in de Wwft tekstueel in overeenstemming gebracht met de Europese regelgeving, maar de uitwerking daarvan treft men in de AMvB, die tegelijk met de inwerkingtreding van de implementatiewet van kracht wordt.⁴⁷ Opmerking verdient dat bij het cliëntenonderzoek (van welke aard ook) hier in tegenstelling tot de derde anti-witwasrichtlijn 'redelijke maatregelen' moeten worden genomen. Dit brengt volgens de indieners van de Implementatiewet met zich dat normadressaten bij cliëntenonderzoek zich te allen tijde moeten inspannen om de identiteit van UBO te verifiëren (aldus de memorie van toelichting, p. 48). Een onderscheid is hier

39. De Handelsregisterwet, zie hierna. Interessant is de wederzijdse verplechting tussen de Implementatiewet vierde antiwitwasrichtlijn en de Handelsregisterwet. In de eerste wet wordt uitdrukkelijk bepaald dat de normadressaten van de Implementatiewet vierde anti witwasrichtlijn (artikel 3) zich niet uitsluitend mogen verlaten op de Handelsregisterwet 2007. De WED wordt tevens gewijzigd door in artikel 1 aanhef en onder 2 WED in de strafbaarstelling van overtredingen van de Wwft op te nemen de artikelen 10a en 10b Handelsregisterwet 2007.

40. Dit Kamerstuk (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 808, nr. 15, gedateerd 5 maart 2017), inhoudende een brief van de minister van Financiën, werd geschreven voordat de vijfde antiwitwasrichtlijn haar beslag kreeg. De opbouw en inrichting van het UBO-register zal in verband daarmee opnieuw onder ogen moeten worden gezien.

41. Ook wel 'Wijzigingsrichtlijn' genoemd, zie hierna. Op 19 april 2018 stemde ook het Europees Parlement en de Raad met het voorstel van de Commissie in. Op twee 'fronten' diende de regering toen te handelen: 1) met betrekking tot de implementatie van de vierde antiwitwasrichtlijn, en b) te onderhandelen op Europees niveau over de vijfde anti-witwasrichtlijn (*Kamerstukken I* 2017/18, 33 808, nr. D, p. 23). Dit werd als reden opgegeven door de regering waarom de implementatie zo lang moest duren.

42. Internationale ontwikkelingen, zoals terroristische aanslagen, en de aanbevelingen van de FAFT hebben enerzijds bijgedragen aan de totstandkoming van de nieuwe vierde antiwitwasrichtlijn, en anderzijds aan de voorgestelde wijzigingen van de Wwft.

43. Ook even zal moeten worden afgewacht hoe de uiteindelijke uitvoeringsregelgeving er uit gaat zien.

44. Zie *TBS&H*, 4 (1), 'Kroniek', p. 47, 48.

45. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 5.

46. Dit betreft zowel kopers als verkopers. In de derde antiwitwasrichtlijn was dat nog € 15.000.

47. Zie artikel 3 van het 'Uitvoeringsbesluit Wwft 2018', dat nog niet op het moment van schrijven van deze rubriek officieel is vastgesteld. Zie *Kamerstukken I* 2017/18, 34 808, nr. B, van 6 april 2018 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 17, gedateerd 20 april 2018, waarin onder meer wordt verwezen naar de ontwikkelingen met betrekking tot de uitvoering en invoering van het UBO-register (*Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nrs. 10 en 12). Wel is er een consultatieronde geweest in april 2017 ten behoeve van de 'Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden' tot wijziging van de Handelsregisterwet. De aankomende vijfde antiwitwasrichtlijn heeft onder meer consequenties voor de bouw van het UBO-register door de Kamer van Koophandel (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 17, p. 3).

te maken tussen nationale en supranationale risicobeoordeling. Niet alleen de Europese Commissie, maar ook lidstaten dienen risico's op witwassen en financieren van terrorisme te identificeren, te beoordelen en inzichtelijk te maken. De nationale risicobeoordeling geschiedt aan de hand van de benadering door de Europese Commissie. In Nederland zijn daarvoor verantwoordelijk de ministers van Financiën en Justitie en Veiligheid (memorie van toelichting, p. 31).⁴⁸

Een andere belangrijke wijziging is de beantwoording door de normadressaat of deze te maken heeft met een (familie)lid of geassocieerde van een politiek prominent persoon (Political Exposed Person, PEP). Ook deze categorie personen is aanzienlijk uitgebreid. Het gaat niet slechts om buitenlandse politieke personen, maar ook van bepaalde binnenlandse politiek prominente personen (bijvoorbeeld rechters)⁴⁹ dient het soort (i.c. verscherpt) risico te worden vastgesteld (memorie van toelichting, p. 55). Nederland maakte in de derde anti-witwasrichtlijn nog een onderscheid tussen Nederlanders en buitenlandse ingezetenen van een lidstaat, maar de wetgever stelt zich thans op het standpunt dat het EU-uitgangspunt van vrij verkeer binnen Europa een dergelijk onderscheid niet toelaat. Daarom gelden de eisen nu voor ieder PEP (ongeacht woonplaats) (memorie van toelichting, p. 55). Met betrekking tot bepaalde PEP's geeft de AMvB die het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 bevat nadere invulling.⁵⁰

De sanctionering is voorts verscherpt (hiervoor) en ten slotte wordt de nadruk gelegd op meer internationale samenwerking tussen de FIU's (Financial Intelligence Units). De bevoegdheden van de toezichthoudende en sanctionerende (bestuursrechtelijke) autoriteiten (artikel 1d Wwft, nieuw, juncto de Algemene wet bestuursrecht) zijn uitgebreid. Op Europees niveau zijn de toezichthoudende autoriteiten de ESMA, EIOPA en de EBA (memorie van toelichting, p. 30). Op landelijk niveau wordt de positie van de FIU als centrale eenheid versterkt voor het ontvangen en analyseren van informatie, alsmede voor het verspreiden van haar analyses onder opsporingsambtenaren. De systematiek van het bepalen van de bestuurlijke boete is op die van de Wft georiënteerd (artikelen 31 e.v.; memorie van toelichting, p. 68). Uitgangspunt voor elke bestuurlijke boete zijn de bekende drie eisen waaraan de motivering moet voldoen: 'de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en de draagkracht van de overtreder' (memorie van toelichting, p. 68). Bij de bepaling van de hoogte van de bestuurlijke boete was aansluiting gezocht bij de systematiek van artikel 12o, eerste lid Mededingingswet en artikel 23 Sr, waarin de netto-omzet van 10% als uitgangspunt diende. Het aannemen van het hier genoemde amendement verbreekt thans, zo lijkt het, die band door het maximum tot 20% van de netto-omzet te verhogen. In artikel 13 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (op 1 juli 2018 nog niet ingevoerd) treft men de bestuursrechtelijke beboetbare overtredingen en de boetecategorie behorende bij de overtreding aan.⁵¹ De wijzigingen van de Wwft brengen ook wijzigingen in de WED teweeg.⁵²

De Eerste Kamer heeft zich vervolgens gebogen over de Implementatiewet. Op 9 en/of 10 juli 2018 zal de behandeling hebben plaatsgevonden, waarna de inwerkingtreding en afronding van deze wetgeving kan plaatsvinden. De mede-indiener van de Wet implementatie vierde anti-witwasrichtlijn, de minister van Financiën, benadrukt dat de Wwft zo is ingericht dat Wwft-instellingen dienen te voorkomen dat hun dienstverlening wordt gebruikt voor witwassen en/of financieren van terrorisme (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 808, nr. D, p. 6). Tevens wijst hij erop dat deze wet niet uitsluitend dient tot (minimum)harmonisering van de Europese regelgeving op dit punt, maar tevens uitvoering wil geven aan de internationale afspraken die in het verband van de FATF zijn gemaakt (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 808, nr. D, p. 2). Op twee punten is de implementatiewetgeving strenger: hogere boetes bij ernstige overtredingen door trusts en met betrekking tot de omzetrekening, die thans afwijkt van wat was voorzien in de vierde

vend niveau allemaal behoeft te worden geregeld, bv "wie kwalificeert zich als UBO?" (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 808, nr. D, p. 2, 3).

48. Opgemerkt dient te worden dat de wetgevingsmachinerie voor de UBO-regelgeving met betrekking tot de 'Wijzigingsrichtlijn (vijfde anti-witwasrichtlijn)', na de overeenstemming tussen de Europese Commissie en het Europese Parlement op 20 december 2017 en finale toestemming op 14 mei 2018 door de Raad, voorlopig in een lagere versnelling voortgaat, nu eerst een consultatieronde plaats zal vinden en de Autoriteit Persoonsgegevens zal moeten worden geraadpleegd (*Kamerstuk 34 808*, nr. 17, gedateerd 20 april 2018). Niet alleen zal de wet- en regelgeving met betrekking tot UBO-registers moeten worden aangepast, maar ook die met betrekking tot trusts en soortgelijke juridische constructies nu de Europese Commissie te kennen heeft gegeven die materie eveneens op de agenda te plaatsen. Op deze wijze wordt de materie dermate complex dat het de vraag doet rijzen of de wet- en regelgever coherentie daarvan nog wel in het vizier heeft. Valkuilen en dubbele, onduidelijke wetgeving liggen op de loer. Strafrechtelijk gesproken dient te worden gewaakt voor het vasthouden aan het legaliteitsbeginsel. Wie weet zometeen nog waaraan hij of zij zich moet houden? Is hij/zij wel de juiste normadressaat, ter zake waarvan?

49. Het betreft bijvoorbeeld leden van een hooggerechtshof, constitutioneel hof of van een andere hoge rechterlijke instantie die arresten wijst waartegen (uitzonderingen daargelaten) geen hoger beroep openstaat (artikel 2, lid 1, aanhef en onder d).

50. Er is een consultatieronde geweest gedurende de maand februari 2018, met betrekking tot het Besluit dat tegelijkertijd met de inwerkingtreding van de Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn in werking zal treden. Voluit luidt het: 'Besluit (...), houdende nadere regels met betrekking tot uiteindelijke belanghebbenden en politiek prominente personen, het vaststellen van indicatoren voor het melden van ongebruikelijke transacties en tot wijziging van enige andere besluiten in verband met de implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn en de verordening betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie (Uitvoeringsbesluit Wwft 2018)'. Met dit Besluit, gegoten in een AMvB, wordt in elk geval geen gehoor gegeven aan de toch dringende wens, zoals in het Verslag was te horen, meer inhoudelijke regelgeving bij formele wet vast te leggen en minder over te laten aan de lagere wetgever. De minister stelt zich op het standpunt dat deze manier van wetgeven (via AMvB en ministeriële regelgeving) passend is en niet alles 'op wetge-

51. In hetzelfde Uitvoeringsbesluit 2018 staan ook de boetes ter zake van overtreding van de Verordening betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie.

52. Overtredingen van de artikelen 2, 3, eerste lid, 4, eerste lid, 5, eerste en derde lid, 8, 16, tweede lid, 23, eerste en tweede lid, 33 en 34 Wwft worden als economisch delict aangemerkt (artikel 1, aanhef en onder ten tweede en derde WED).

anti-witwasrichtlijn. De minister benadrukt voorts op vragen van de Eerste Kamerleden dat banken, instellingen en andere financiële entiteiten ten opzichte van PEP's bij hun verscherpt cliëntenonderzoek geen strafvorderlijke bevoegdheden toekomen (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 808, nr. D, p. 5). Het verscherpte cliëntenonderzoek is een preventieve maatregel en komt niet voort uit een 'redelijk vermoeden van schuld' in strafvorderlijke zin. Dit in regenstelling tot hun positie in verband met een melding van 'ongebruikelijke' transacties, die wel aan de FIU dienen te worden gemeld als de Wwft-instelling meent dat voldaan is aan (een van de) indicatoren, die in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 zijn vermeld. Naar aanleiding van de in de consultatieronde gemaakte opmerkingen van de Nederlandse Brancheorganisaties Filantropie (SBF) is in het definitieve ontwerp Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 nog een aantal wijzigingen aangebracht in verband met de bijzondere positie van stichtingen en dergelijke die het algemeen nut beogen (ANBI's). Voor deze instellingen wordt het tegen de achtergrond van de (bestaande) en toekomstige anti-witwaswetgeving (juridisch gezien) niet eenvoudiger erop (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 808, nr. D, p. 26). Ten slotte nog een opmerking over de PEP's waarvan de groep aanzienlijk is uitgebreid. De instellingen dienen een groot aantal personen die betrekkingen onderhouden met een PEP 'verscherpt' te 'screenen' (zie artikel 8 lid 8 van de nieuwe Wwft). Bezwaren tegen deze uitgebreide screening van de kant van D66 in de Eerste Kamer werden met een verwijzing naar de EU privacy-regelgeving (bescherming persoonsgegevens: Richtlijn 95/46 EG, de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)⁵³ en de daarop gebaseerde uitvoeringsregels die bij AMvB per 25 mei 2018 van kracht zijn geworden) gepareerd als noodzakelijk en daarom proportioneel (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 808, nr. F p. 6-8). Wat opvalt bij de behandeling van deze wetgeving in de Eerste Kamer is dat (mede)indiener, de minister van Financiën, niet van wollig taalgebruik is gediend. Zijn antwoorden zijn klip-en-klaar en draaien er niet omheen. Dat is weleens anders.

Europese ontwikkelingen met betrekking tot voorkomen van witwassen en bestrijding van financiering van terrorisme

Inmiddels zijn de EU-lidstaten overeengekomen wijzigingen aan te brengen in de vierde anti-witwasrichtlijn. Deze wijzigingen worden ingebracht in de vijfde anti-witwasrichtlijn. Aanleiding daartoe is tweërlei geweest: de sterke opkomst van de virtuele cryptocurrency enerzijds en het toenemende terrorisme in 2016. Dat heeft ertoe geleid de virtuele cryptocurrency te brengen onder de werking van de Wwft⁵⁴ (en de Wft), derde staten per

definitie als staten met een verhoogd risico aan te merken die dienen te worden onderworpen aan een verscherpt cliëntenonderzoek, een bankenrekeningenregister in te richten, alsmede een openbaar UBO-register en een voor alle EU-staten geldende UBO-definitie.

Cryptocurrency

Hiervoor is al verschillende plaatsen geschreven over cryptocurrency. In de nieuwe, nog te implementeren vijfde anti-witwasrichtlijn, wordt nadrukkelijk aandacht besteed aan *virtual currency*. Financiële toezichthouders, AFM en DNB, hebben begin dit *position papers* gepresenteerd waarin zij hun standpunten met betrekking tot cryptocurrency in relatie tot financiële transacties in het criminele circuit, belastingontduiking, misleiding, oplichting uiteenzetten.⁵⁵ De AFM bepleit een sterk gecoördineerde internationale aanpak tussen toezichthouders en wetgevers. De AFM merkt op dat aan cryptocurrencies de ICO's (Initial Coin Offerings) zijn gerelateerd. Een ICO is een soort crowdfundingachtige vorm voor bedrijfsfinanciering (meestal door start-ups gebuikt) op basis van blockchains. Zij vallen buiten het financieel toezichtmandaat van de AFM. Daarom, zo is het standpunt van de AFM, raakt dit direct de AFM. Daardoor is geen bescherming van wet- en regelgeving aanwezig als het misgaat. Denk hierbij bijvoorbeeld aan futures op bitcoins. Ook ICO's werken grensoverschrijdend. Daarom geldt ook hier dat beleidsvorming op internationaal en Europees niveau plaatsvindt. De urgentie van eventuele bemoeienis van de AFM is gelegen in de omstandigheid dat cryptocurrency's kunnen worden gebruikt voor criminele activiteiten, niet alleen voor witwassen en financiering van terrorisme, maar ook voor belastingontduiking vanwege het digitale en anonieme karakter. De AFM roept op tot samenwerking tussen de toezichthouders: AFM, ACM, KSA, FIOD en OM (ter zake van oplichting, piramidespellen, et cetera). De AFM waarschuwt nog maar eens voor grote risico's bij investeren in cryptocurrencies ('financiële zeepbellen'). Bij ICO's is veelal (in tegenstelling tot de cryptocurrency) sprake van 'pure' speculatie. De conclusie van de AFM is niet hemelbestormend, maar wel om ter harte te nemen door de wetgever en de toezichthouder(s). Door de onderlinge verwevenheid van de activiteiten van de financiële markten die bijna (nog) geen toezichthouders kennen, sterk grensoverschrijdend zijn en complex van aard zijn, dienen wetgever en toezichthouder nauw (Europees) samen te werken bij het beteugelen van misstanden en uitwassen.⁵⁶ De minister

53. (EU)2016/679.

54. Voorts wordt door de EU-Commissie (5 juli 2016) voorgesteld wisselplatforms en portemonneeanbieders ('*custodian walletproviders*') onder het toepassingsbereik van de richtlijn te brengen (COM/2016/450, zie voor dit laatste: Verordening (EU) 2015/849 en op 19 april 2018 aangenomen door het Europees Parlement en op 14 mei 2018 door de Raad goedgekeurd). Evenzeer zijn maatregelen voorzien met betrekking tot cryptocurrency en elektronisch geld die moeten lei-

den tot opheffing van de anonimiteit bij prepaidkaarten en verlaging van de drempel voor cliëntenonderzoekmaatregelen voor anonieme prepaidkaarten tot € 150, bij face-to-face gebruik). Zie nader: J.M. van Poelgeest, 'De implementatie van de vierde en de vijfde anti-witwasrichtlijn', in: *Onderneming en Financiering* 2017 (4) 4, p. 46-62. Bovendien wordt de drempel voor overmaking van geld naar *high risk countries* verhoogd en ten slotte wordt aangedrongen op versterking van samenwerking tussen de FIU's.

55. *Position Paper* AFM, hoorzitting cryptocurrencies, 24 januari 2018. *Position Paper* DNB, hoorzitting 24 januari 2018.

56. Zie nader de overzichtstabel met betrekking tot de gedragingen en de acties die toezichthouders zouden kunnen ondernemen, waren de gedragingen binnen het bereik van die toezichthouders (www.afm.nl).

heeft in zijn reactie op deze *position papers* toegezegd zich in te zetten voor een Europese aanpak van ICO's en daarbij een voorttrekkersrol te willen vervullen met gelijkgestemde lidstaten.

Het standpunt van DNB wijkt daar nogal vanaf. DNB is niet zo onder de indruk van de reële gevaren van de cryptocurrencies en de ICO's als de AFM. DNB gaat het vooral om de innovatie van de activiteiten op de financiële markten tegen de achtergrond van de taak die DNB heeft te vervullen als hoedster van ons financiële stelsel. Een optimistisch begin van de *position paper* van DNB geeft de stemming goed weer: 'Nederland heeft een veilig, betrouwbaar en efficiënt betalingsverkeer, dat voortdurend innoveert.' Nieuwe toetreders tot de financiële sector 'verrijken de keuzemogelijkheden van gebruikers en leggen druk op bestaande spelers om ook te innoveren'. Monetair beleidsimplicaties zijn, volgens DNB, gelet op de omvang van het 'probleem' van de bitcoins niet aan de orde. DNB is wel hoedster van financiële stabiliteit en efficiënt en robuust betalingsverkeer. Bitcoins vormen op dit moment geen groot risico voor de financiële stabiliteit. DNB wijst op de poortwachterfuncties van banken en financiële instellingen ten aanzien van voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering. In dit verband wijst DNB maar weer eens op de 'customer due diligence-regel': weet met wie je zakendoet. DNB acht spoedige implementatie van de uitbreiding in de Nederlandse wet- en regelgeving naar aanleiding van de vijfde anti-witwasrichtlijn zeer wenselijk, nu daar cryptobeurzen en cryptoportemonnees onder komen te vallen. DNB is geen voorstander van een verbod op cryptocurrency's. Gelet op de gehele economie is een dergelijk verbod (zo al nationaal te handhaven) te beperkt en zou innovatie onnodig belemmeren. Tegelijkertijd waarschuwt ook DNB voor de gevaren van afwezigheid bij ICO's en het speculatief beleggen in bitcoins.

Europees Openbaar Ministerie

Op 17 april 2018 heeft de Eerste Kamer groen licht gegeven voor (kort gezegd) de deelname van Nederland aan het Europees Openbaar Ministerie.⁵⁷ Dit was nog nodig, omdat de minister van Justitie en Veiligheid indertijd had toegezegd het standpunt van beide Kamers te betrekken bij de definitieve standpuntbepaling van de regering over het al dan niet deelnemen aan een Europees Openbaar Ministerie (verder: EOM). Eerder dit jaar had de minister van Justitie en Veiligheid te kennen gegeven dat – onder verwijzing naar het regeerakkoord van Rutte III – de regering overwoog (uiteindelijk) mee te doen aan het EOM, mede omdat in 2017 reeds zeventien lidstaten hadden besloten zich in te zetten voor zo'n EOM. Nederland heeft toen een afwachende houding aangenomen. Maar, thans luidt het in de

woorden van de motie van de Eerste Kamer: 'de voordelen wegen zwaarder dan de nadelen'. Vooral nu Nederland bijna vanaf het begin van het opstarten van EOM 'erbij' kan zijn en daardoor de richting van het EOM zou kunnen gaan mede bepalen. Het mandaat dat aan het EOM wordt gegeven is doelgericht: het betreft de vervolging van EU-fraude, die grensoverschrijdend is en veelal in georganiseerd crimineel verband wordt begaan. Van een uitbreiding die Europese Commissie voorzitter Juncker vorig jaar in zijn *'State of the Union'* opperde dat mandaat uit te beiden tot bestrijding van terrorisme, voelt de regering helemaal niets.⁵⁸ Bovendien betekent deelname aan het EOM als zodanig geen afbreuk aan de toepassing van het opportuniteitsbeginsel door het Nederlandse OM. Het EOM kan het Nederlandse OM ook niet dwingen tot vervolging over te gaan, zo merkt de minister op.⁵⁹ De minister schat dat in de constructie van het EOM Nederland ongeveer 30 zaken op jaarbasis (op een totaal van 1.500) zaken) zal gaan afdoen.⁶⁰

Beleid

De verhouding tussen de sanctiestelsels in het bestuursrecht en het strafrecht is vanuit het gezichtspunt van publiekrechtelijke sanctiëring van meet af aan problematisch geweest.⁶¹ Op 13 juli 2015 bood de Afdeling advisering van de Raad van State een ongevraagd advies aan over de verhouding tussen de sanctiestelsels in het bestuursrecht en het strafrecht.⁶² Over de beleidsimplicaties van dat advies is nader rapport uitgebracht door de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie. De in het nader rapport genoemde beleidsvoornemens worden als volgt samengevat.⁶³ Het integraal afwegingskader (IAK) voor wetgeving dat geldt voor alle beleid en wetgeving wordt uitgebreid met een overzicht van alle relevante factoren voor het kiezen van een handhavingstelsel. Wettelijke boetemaxima in het bestuursrecht moeten op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving nu al aansluiten bij de boetecategorieën van het Wetboek van Strafrecht. Dit wordt wettelijk vastgelegd; bestaande bestuurlijke boetestelsels worden aangepast; bestaande boetecategorieën in het strafrecht kunnen indien nodig nader worden overwogen. Voor toekomstige gevallen worden wettelijke boetemaxima in het bestuursrecht zoveel mogelijk onderling afgestemd; de verplichting daartoe wordt verankerd in de Aanwijzingen. De boetehoogte in wetgeving met duale stelsels wordt zo nodig aangepast. In bestaande duale stelsels stemmen OM en bestuursorganen hun requireerbeleid,

In de wetgevingsbrief AFM van 9 april 2018 werden over deze complexe materie nadere opmerkingen gemaakt. De AFM roept de minister (van Financiën) op om op Europees niveau het voortouw te nemen bij het tot stand brengen van een gecoördineerde Europese aanpak van de risico's bij crypto's en ICO's.

57. *Kamerstukken I* 2017/18, 33 709, nr. AJ, motie van het lid Duthler c.s.

58. *Kamerstukken II* 2017/18, 33 709, nr. 14, p. 1, 2.

59. Ook niet langs de weg van artikel 12 Sv? Wel wordt vastgesteld dat het EOM een zaak die het Nederlandse OM niet wil vervolgen, aan zich kan trekken (*Kamerstukken II* 2017/18, 33 709, nr. 14, p. 1).

60. Voorts is de brief gewijd aan de kosten en geld: wie betaalt wat? De kosten van het EOM komen voor rekening van EU-begroting. De opbrengsten van boetes, btw-opbrengsten, et cetera zijn voor de lidstaat.

61. Zie bijvoorbeeld artikel 5 WED tegen de achtergrond van het tuchtrecht in de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw.

62. *Start* 2015, 30280.

63. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775 VI, nr. 102, p. 1, 2.

respectievelijk hun boetebeleid onderling op elkaar af; in toekomstige duale stelsels vindt een dergelijke afstemming eveneens plaats. Er wordt onderzoek gedaan naar de voor- en nadelen van schorsende werking in de bezwaarfase van bepaalde boetebesluiten en de effecten van voorlopige voorzieningen wegens betalingsonmacht zullen worden onderzocht. Bezien wordt of dit aanleiding geeft tot nadere voorlichting over betalingsregelingen. De verjaringstermijnen in de Algemene wet bestuursrecht worden in lijn gebracht met termijnen in het strafrecht. En, ten slotte wordt een verkenning uitgevoerd naar de mogelijkheid om opgelegde bestuurlijke boetes te betrekken bij bepaalde screenings voor een verklaring omtrent het gedrag.

De minister en staatssecretaris van Justitie en Veiligheid zijn voornemens om de uitbreiding van het IAK en de nodige wetsvoorstellen tot aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht later dit jaar op te stellen. De aanpassing van boetestelsels in de bijzondere wetten is zaak van de ministers die eerstverantwoordelijk zijn voor het desbetreffende stelsel. Dat brengt met betrekking tot de financiële sector de nodige arbeid voor de minister van Financiën met zich. De voorgenomen onderzoeken zullen in 2018 worden aanbesteed, zodat de rapportages in de loop van 2019 beschikbaar komen. Er kan in algemene zin over worden opgemerkt dat het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctiestelsel meer met elkaar in evenwicht komen te verkeren. Dat evenwicht leek de afgelopen jaren wellicht enigszins op de achtergrond geraakt.⁶⁴

Jurisprudentie: naar een Europees *ne bis idem*?

Ook op Europees niveau wordt de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering onder de loep genomen. Niet alleen in EVRM-verband met ook door het Hof van Justitie worden piketpaaltjes geslagen teneinde het probleem van de dubbele vervolging/berechting ter zake van hetzelfde feitencomplex ten gronde te ordenen. In de hiervoor in de paragraaf 'Fiscaal strafrecht' reeds genoemde zaak Luca Menci (C-524-15) heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie EU uitspraak gedaan in een prejudiciële beslissing die was verzocht door de Italiaanse rechter ter zake van overtreding van btw-voorschriften, die zowel bestuursrechtelijk konden worden afgedaan als strafrechtelijk gesanctioneerd, terwijl ook in cumulatie van sanctionering is voorzien in de Italiaanse wetgeving. Het verzoek van de Italiaanse rechter betrof de uitleg van artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gelezen in het licht van artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM. Die mogelijkheid deed zich voor nu het Unierecht van toepassing was onder verwijzing naar artikel 2, lid 1 juncto artikel 273 van de Richtlijn 2006/112 EG van de Raad betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belastingen over de toegevoegde waarde (PbEU 2006, L 347, p. 1). Hierin is bepaald wel-

ke gedragingen onder het btw-regime binnen de Unie vallen. De betrokkene, Menci, was voorwerp geweest van een administratieve procedure waarin het hem in zijn hoedanigheid van eigenaar van de gelijknamige eenmanszaak werd verweten dat hij niet binnen de bij de wet gestelde termijnen de btw had betaald die was gebaseerd op zijn jaaraangifte 2011, welke € 282.495 beliep. Dit leidde tot een besluit van de Italiaanse belastingdienst dat hem gelastte dit bedrag te betalen, plus 30% boete als administratieve sanctie. Dit besluit was onherroepelijk geworden. Vervolgens was door de Italiaanse autoriteiten voor dezelfde feiten tegen hem een strafprocedure gestart. Vast staat dat beide procedures volgens Italiaans recht onafhankelijk van elkaar kunnen worden gevoerd, maar de vraag is of een dergelijke handelwijze niet in strijd kwam met het *ne bis idem*-beginsel. De Italiaanse rechter legde deze vraag aan het Hof voor: 'Verzet artikel 50 van het Handvest, gelezen in het licht van artikel 4 van het Zevende Protocol EVRM daartegen?' De argumentatie van het Hof is glashelder. Uit de btw-regelgeving binnen de EU volgt (met name uit de artikelen 2 en 273 Richtlijn 2006/112, gelezen in verband met artikel 4, lid 3 VEU) dat de lidstaten alle wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen dienen te treffen om te waarborgen dat de btw op hun respectieve grondgebied volledig wordt geïnd en om fraude te bestrijden.⁶⁵ Bovendien moeten de lidstaten krachtens artikel 325 VWEU onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de EU worden geschaad, bestrijden met maatregelen die afschrikkend werken en doeltreffend zijn en moeten zij in het bijzonder ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, dezelfde maatregelen treffen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen belangen worden geschaad. De financiële belangen van de Unie omvatten onder meer de ontvangsten uit btw. De lidstaten zijn wel vrij in de keuze van het sanctie-arsenaal dat zij willen hanteren. Teneinde bepaalde gevallen van ernstige btw-fraude op een doeltreffende en afschrikwekkende wijze te bestrijden, kunnen strafrechtelijke sancties absoluut noodzakelijk zijn. Als zodanig vallen deze sancties onder de reikwijdte van de grondrechten van het Handvest. Artikel 52 lid 3 Handvest bepaalt dat rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, dezelfde inhoud en reikwijdte hebben als die welke door genoemd verdrag eraan worden toegekend, maar het EVRM is (zolang de Unie geen partij bij het EVRM is) geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument. Artikel 52 lid 3 Handvest beoogt te zorgen voor de nodige samenhang tussen het Handvest en de EVRM 'zonder dat dit evenwel de autonomie van het recht van de Unie of van het Hof van Justitie van de Europese Unie aantast'. Het Hof stelt vast dat onder artikel 50 Handvest niet slechts strafrechtelijke sancties, maar ook strafrechtelijk geduide bestuursrechtelijke vervolgingsmaatregelen en sancties kunnen vallen. Of daarvan sprake is, hangt af van

64. Zie nader over de verhouding van het bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctiestelsel de rapporten van Bröring en Keulen (H.E. Bröring & B.F. Keulen, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017).

65. Zie de zaak Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punt 25.

drie criteria: (1) de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationale recht, (2) de aard van de inbreuk, en (3) de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd.⁶⁶ Deze criteria staan niet op zichzelf, maar moeten in samenhang worden beschouwd. Samengevat brengt dat in casu met zich dat de vervolgingen en sanctioneringen onder het bereik van artikel 50 van het Handvest vallen. Vervolgens onderzoekt het Hof of sprake was van een en hetzelfde strafbare feit. In de beide procedures ging het om dezelfde persoon, Menci, en ook om dezelfde strafbare feiten. Deze feiten dienen in materiële zin dezelfde te zijn, in die zin dat sprake is van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en die tot de onherroepelijke rechterlijke beslissingen hebben geleid. De nationaalrechtelijke kwalificaties van de feiten en het beschermde rechtsgoed zijn irrelevant (...) omdat de omvang van de door artikel 50 Handvest geboden bescherming niet per lidstaat mag verschillen. Alles bij elkaar vormt een cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties een beperking van het door artikel 50 van het Handvest gewaarborgde grondrecht. Maar, dan volgt de relativering of ook wel de rechtvaardiging van de beperking van dit grondrecht. Daarbij is uitgangspunt dat door het evenredigheidbeginsel (tussen ernst van het feit en sanctionering) beperkingen kunnen worden gesteld aan het op artikel 50 van het Handvest gebaseerde grondrecht *'indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'* (cursivering *rh*). In dit geval staat de strijd tegen btw-fraude centraal en strekt ook de wetgeving in Italië ertoe dat het algemeen belang is gediend met een richtige en doeltreffende inning van de btw. Onder die omstandigheden mag cumulatie van vervolging en sanctionering zijn gerechtvaardigd, indien die strafrechtelijke vervolgingsmaatregelen en bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties met het oog op een dergelijke doelstelling elkaar aanvullen. De Grote Kamer van het Hof verklaart vervolgens voor recht dat:

'artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan tegen een persoon een strafvervolging kan worden ingesteld wegens het verzuimde verschuldigde belasting over de toegevoegde waarde binnen de wettelijke termijnen te betalen, terwijl die persoon voor dezelfde feiten reeds een onherroepelijke geworden administratieve sanctie van strafrechtelijke aard in de zin van dat artikel 50 is opgelegd, op voorwaarde dat die regeling een doel van algemeen belang nastreeft dat een dergelijke cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties kan rechtvaardigen, te weten de strijd tegen delicten ter zake van de belasting over de toegevoegde waarde, waarbij die vervolgingsmaatregelen en sancties elkaar aanvullende doelen moeten

hebben, regels bevat waarmee voor onderlinge afstemming kan worden gezorgd, op de extra belasting die voor de betrokken een uit een cumulatie van procedures voortvloeit, tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt, en voorziet in regels waarmee ervoor kan worden gezorgd dat de zwaarte van het geheel van de opgelegde sancties is beperkt tot het strikt noodzakelijke in verhouding tot de ernst van het delict in kwestie. Het staat aan de nationale rechter om zich, rekening houdend met alle omstandigheden van de hoofdzaak, ervan te vergewissen dat de belasting die concreet voor de betrokkene voortvloeit uit de toepassing van de nationale regeling die in hoofdzaak aan de orde is en uit de cumulatie van de vervolgingsmaatregelen en sancties die op grond daarvan is toegestaan, de ernst van het gepleegde delict niet te buiten gaat.'⁶⁷

Nu de grondrechten van Handvest van de Unie formeel geen onderdeel uitmaken van het EVRM, mag het Hof wat betreft de uitleg van het *ne bis in idem*-beginsel zijn eigen koers varen, met dien verstande dat het wel is gebonden aan het bepaalde van artikel 52 lid 3 van het Handvest. Het beginsel van het *ne bis in idem* is niet absoluut (cumulatie is onder omstandigheden toelaatbaar), maar mag worden beperkt, gelet op de grondslag van het Unierecht. Het type delict en de bescherming van de financiën van de Unie zijn daarbij in deze zaak belangrijke uitgangspunten geweest. De beperkingen die op nationaal niveau bij wet moeten zijn geregeld, zijn vervolgens (gelet op het in acht te nemen evenredigheidbeginsel) door het Hof strikt omschreven.

In een op dezelfde dag gewezen arrest van het Hof van Justitie EU betreffende marktmanipulatie verklaarde het Hof voor recht dat:

'artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus moeten worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan ten aanzien van een persoon een procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete van strafrechtelijke aard kan worden voortgezet wegens ongeoorloofde gedragingen die marktmanipulatie opleveren en waarvoor hij reeds onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld, aangezien die veroordeling, gelet op de schade die het gepleegde strafbare feit de samenleving heeft toegebracht, naar haar aard een doeltreffende, evenredige en afschrikkende bestrafing van dat strafbare feit kan zijn en (2) particulieren ontlenen aan het door artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde *ne bis in idem*-beginsel een recht dat rechtstreeks toepasselijk is in een geding als het hoofding.'⁶⁸

66. Zie de zaak Bonda, C-48/10; EU:C:2012:319, punt 37.

67. HvJ EU (Grote Kamer) 20 maart 2018, EU:C:2018:197 (Menci).

68. HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:193 (Garrison Real Estate SA in liquidatie, S. Ricucci).

De argumentatie van het Hof was dezelfde als die in de zaak-Menci, maar de toepassing van de criteria pakte anders uit. In r.o. 60 overweegt het Hof dat het blijkt dat in artikel 187terdecies van de Italiaanse wet, niet is gewaarborgd dat de zwaarte van het geheel van de opgelegde sancties beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is in verhouding tot de ernst van de inbreuk in kwestie, met name niet de cumulatie van gevangenisstraf en geldboete. R.o. 61 bevat de overweging dat de nationale (Italiaanse, *rh*) regeling verder lijkt te gaan in die zin dat nu, na de oplegging van een gevangenisstraf en de procedure met betrekking tot de bestuurlijke boete van strafrechtelijke aard wordt 'voortgezet', deze verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstelling van algemeen belang (r.o. 46), wat in dit geval inhoudt de integriteit van de financiële markten van de Unie en het vertrouwen van het publiek in financiële instrumenten te beschermen. Het is de taak van de nationale rechter dit nader te onderzoeken. Hoewel het Hof zich oriënteert langs de weg van artikel 52 lid 3 Handvest van de grondrechten op het bouwwerk dat in het kader van het EVRM inmiddels wordt opgetrokken op het terrein van de betekenis van het *ne bis in idem*-beginsel,⁶⁹ doet het Hof het anders en kiest voor een benadering van fijnzinnige onderscheidingen en strikte waarborgen. De benadering van het Hof neemt als uitgangspunt de doeleinden van de Unie. Gelet op die benadering blijft er meer overeen van een beginsel dan bij de aanpak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De uitkomst is ook vanuit de verschillende posities van de procedures niet vreemd: in Menci was sprake van eerst een onherroepelijk uitspraak in bestuursrechtelijke zin en vervolgens (daarna) het starten van een strafprocedure, terwijl dat bij Garrisson Real Estate SA net andersom het geval was. De strafrechtelijke procedure leek afgewikkeld, waarmee de zwaarste sanctie was opgelegd (de gevangenisstraf). Het doel en opdracht van de wet- en regelgeving, zowel Europeesrechtelijk gezien als vanuit Italiaans perspectief beschouwd, waren daarmee bereikt. De overheid, zo lijkt het Hof te suggereren, had daarmee haar publieke sanctioneringsrecht al geconsumeerd.

Verbod op binaire opties en CFD's

Per 1 juli 2018 is het tijdelijk verbod ingegaan op *binaire opties* met betrekking tot niet-professionele cliënten. Vanaf 1 augustus 2018 is dat verbod eveneens gaan gelden voor CFD's (contracts for difference).⁷⁰ Het zijn beide financiële instrumenten, die naar het oordeel van de ESMA⁷¹ te speculatief en te risicovol voor het grote publiek/particuliere cliënten zijn. De AFM heeft zich

reeds verschillende malen een tegenstander betoond van deze financiële instrumenten die grote – negatieve – financiële consequenties kunnen hebben. Het verbod is gebaseerd op artikel 40 van de Verordening (EU) nr. 600/2014⁷² waarin productie-interventiebevoegdheden aan de ESMA zijn toegedeeld. Op 22 mei 2018 heeft de ESMA gebruikgemaakt van haar bevoegdheid op te treden. Het verbod omvat (1) het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van binaire CFD's, en (2) het op de markt brengen, verspreiden of verkopen van binaire opties aan retailcliënten. De kennisgeving van dit Besluit (EU) 2018/795 bevat de data van inwerking-treden, per eerste dag van de maand volgend op de kennisgeving, respectievelijk twee maanden (artikel 40, lid 5 van de verordening). Deze derivaten worden beschouwd als een financieel instrument als bedoeld in artikel 1 Wft.⁷³ Zij vallen hiermee onder het toezicht van de AFM. Verrichten de in de Wft of Wwft genoemde normadressaten de in het besluit van de ESMA gewraakte gedragingen, dan kan de sanctionering zowel bestuursrechtelijk zijn als op grond van artikel 1 WED strafrechtelijk, nu sprake zal zijn van een economisch delict als bedoeld in artikel 1 WED.

Milieustrafrecht

Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans

In de eerste helft van 2018 heeft de Rechtbank Rotterdam op 15 maart een baanbrekende uitspraak gedaan door zes vennootschappen van het Seatrade-concern en twee van zijn bestuurders te veroordelen tot geldboetes van € 50.000 tot € 750.000 voor het illegaal overbrengen van vier koelschepen vanuit de Europese Unie naar India, Bangladesh en Turkije. Ook kregen de bestuurders een beroepsverbod opgelegd. Zij mogen een jaar lang het beroep van bestuurder, commissaris, adviseur of werknemer bij een rederij niet uitoefenen.

Waar ging het in deze zaak om? Om het zogenoemde 'beachen' van schepen. Die term wordt gebruikt voor de manier waarop afgeschreven schepen het strand in Pakistan, India en Bangladesh worden opgevaren teneinde te worden gesloopt. Het op die manier slopen van schepen komt veel voor. Hoewel er nauwelijks sprake is van lokale milieuregels met betrekking tot deze manier van het slopen van schepen en deze volgens lokale wet- en regelgeving veelal legaal is, is er wel een begin van internationale wetgeving. Zo is er sinds 2009 het Verdrag van Hong Kong dat ziet op het veilig en milieuvriendelijk recyclen van schepen waaronder het slopen. Het verdrag is echter nog niet in werking getreden, aangezien het verdrag door te weinig landen is geratificeerd, waaron-

69. Zie hiervoor nader J. H. Crijns & M.L. van Emmerik, 'Ne bis in idem revisited. (Over de lotgevallen van een beginsel)', *TBS&H*, 4 (2), p. 78-83.

70. Een van de aardige (juridische) aspecten hiervan was dat deze instrumenten niet in eigendom gingen toebehoren aan hen die ervan gebruikmaakten.

71. De ESMA vervult haar opdracht binnen het Europees Stelsel voor financieel toezicht (ESFS) door actief samen te werken met de Europese Bankautoriteit (EBA), de Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen (Eiopa), het Europees Comité voor systeemrisico's en

de nationale autoriteiten die bevoegd zijn toezicht te houden op effectenmarkten.

72. De verordening betreffende markten in financiële instrumenten.

73. Binaire opties kunnen worden begrepen onder artikel 1:1 Wft, '*financieel instrument*', onder e, f, g of j; CFD's zijn te rangschikken onder artikel 1:1 Wft, '*financieel instrument*', onder i.

der Nederland. Daarmee is handhaving van dit verdrag nauwelijks mogelijk.

De onderhavige zaak is dan ook uniek. Allereerst omdat dit de eerste keer is dat een dergelijke zaak werd voorgelegd aan de Nederlandse rechter, maar daarnaast ook omdat de zaak gebaseerd is op Europese regelgeving. In casu ging het om vier (koel)schepen die vanuit de EU, de havens van Rotterdam en Hamburg, naar stranden in Turkije, India en Bangladesh zijn verscheept en daar ‘gebeached’ zijn, teneinde te worden gesloopt. Dit was voordelig voor de rederij omdat het gerecyclede staal daar meer oplevert dan hier en bovendien de kosten laag zijn. Echter, vanwege de slechte arbeidsomstandigheden in die landen en het feit dat door deze manier van slopen het milieu ernstig wordt aangetast, vinden we dit onwenselijk. Het is vergelijkbaar met het dumpen van e-waste en ander afval in landen buiten de EU alsook het produceren van kleding en andere producten in derde landen.

De rederij is vervolgd wegens het overtreden van de Europese verordening inzake het overbrengen van afvalstoffen (EVOA). Implementatie van de EVOA heeft onder meer plaatsgevonden via de Wet milieubeheer (Wm). In artikel 10.60 Wm staat het verbod om afvalstoffen te vervoeren buiten Europese wateren. De kaderrichtlijn afvalstoffen definieert afvalstof als ‘elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen’ (artikel 3 lid 1).

De zaak is aan het rollen gegaan doordat het OM in een ander onderzoek stuitte op een afgetapt telefoongesprek, waarin naar voren kwam dat een schip zou worden gesloopt op het strand van India. Hierop is een onderzoek gestart en al doende ging de beerput open. Uit e-mails en verkoopovereenkomsten kon worden afgeleid dat Seatrade van plan was om vier schepen te laten slopen in Turkije, India en Bangladesh.

In deze zaak kwamen een aantal interessante rechtsvragen aan de orde. Zo stelde Seatrade zich op het standpunt dat recycling van schepen moet worden geregeld door internationale wetgeving en dat de EVOA niet van toepassing is. De rechtbank ging daarin niet mee. Zo merkt zij op dat ‘ten aanzien van elk van de vier schepen, de Spring Bear, de Spring Bob, de Spring Deli en de Spring Panda kan worden geconcludeerd dat op het moment dat deze op respectievelijk 15 april 2012, 19 april 2012, 1 mei 2012 en 9 mei 2012 de havens van Rotterdam respectievelijk Hamburg verlieten, binnen het Seatrade concern het voornemen bestond om zich van deze schepen te ontdoen. Overeenkomstig de uitleg die volgens het Hof van Justitie aan het begrip “zich ontdoen van” moet worden gegeven waren de schepen op dat moment een afvalstof in de zin van de EVOA.’⁷⁴ Verderop in haar vonnis merkt de rechtbank vervolgens op ‘dat zich complicaties kunnen voordoen bij de toepassing van de EVOA en het daarin vervatte begrip

“afvalstof” op schepen. Een belangrijke oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat het in het algemeen moeilijk is om de intentie van de houder om zich van een schip te ontdoen aan te wijzen. Door bijvoorbeeld zoals ook in de onderhavige zaken, schepen gedurende hun laatste reis nog vracht te laten vervoeren of van eigenaar te wisselen, is het voor de controlerende instanties moeilijk te definiëren wanneer een besluit tot sloop is genomen. Ook kunnen de uit de EVOA voortvloeiende verplichtingen worden omzeild, door de intentie tot sloop van een schip pas openbaar te maken wanneer dat schip zich (inmiddels) buiten het werkingsgebied van de EVOA bevindt. Daarmee is echter niet gezegd dat de EVOA en het daarin gehanteerde afvalbegrip niet van toepassing is op schepen.’⁷⁵

Al met al een zeer interessante zaak die ongetwijfeld een vervolg krijgt in hoger beroep.

De Rechtbank Rotterdam zat echter niet stil. Op dezelfde dag heeft zij ook een uitspraak gedaan in een Brzo-zaak.⁷⁶ In casu ging het om overtreding van artikel 23 lid 1 Besluit risico’s zware ongevallen (Brzo). De onderneming werd verweten als drijver van een inrichting een onderdeel van die inrichting, te weten de ‘Afvulinstallatie 1 Chemie’, in werking te houden, terwijl zij duidelijk onvoldoende maatregelen had getroffen ter voorkoming van zware ongevallen of ter beperking van de gevolgen daarvan, voor zover het betreft de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de in het bedrijf, de inrichting en/of het betrokken onderdeel daarvan werkzame werknemers. Daar waar eerder de Rechtbank Overijssel nog oordeelde dat er eerst een exploitatieverbod moet zijn opgelegd voordat artikel 23 Brzo kan worden overtreden, wordt daaraan door de Rechtbank Rotterdam geheel voorbijgegaan. Dit blijkt uit de overweging dat ‘het verweer van verdachte dat tijdens de close-out op 20 juni 2013 niet aan de vertegenwoordigers van verdachte is meegedeeld dat er duidelijk onvoldoende maatregelen door verdachte waren getroffen ter voorkoming van zware ongevallen of ter beperking van de gevolgen daarvan, naar het oordeel van de rechtbank voldoende wordt weerlegd door hetgeen verbalisante over haar bevindingen tijdens de BRZO-inspectie van 18 en 20 juni 2013 heeft gerelateerd. Dat de site-manager van oordeel was dat er geen situatie was waarbij onmiddellijk gestopt moest worden, doet hier niet aan af en geeft eerder aan dat de veiligheidsrisico’s rondom het gebruik van de afvalinstallatie ernstig onderschat werden.’⁷⁷

Andere opmerkelijke zaken waren de publicatie van een tweetal belangwekkende rapporten. Een van de Onderzoeksraad voor Veiligheid en een van de Commissie Sorgdrager. De eerste betreft *Chemie in samenwerking*, een onderzoek naar veiligheid op het industriecomplex

75. Idem.

76. Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3646.

77. Zie overweging 4. Opmerkelijk is wel dat de rechtbank in haar vonnis onder het kopje toepasselijke wetsvoorschriften (8), wel artikel 5 Brzo noemt, maar niet artikel 23 Brzo.

74. Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2215, par. 4.3.4.2.

Chemelot. Het industriecomplex Chemelot in Zuid-Limburg is een van de zes chemische clusters in Nederland. Het is een terrein van 800 hectare met meer dan 150 verschillende bedrijven en instellingen. Op dit terrein houdt een groot aantal bedrijven zich bezig met risicovolle industriële activiteiten. Onder die bedrijven zijn er elf die grootschalig werken met gevaarlijke stoffen en zich als gevolg daarvan onder meer moeten houden aan de regels voortvloeiende uit het Brzo. Het onderzoek waarvan dit rapport het resultaat is, is ingesteld naar aanleiding van het feit dat er in 2016 vier ernstige voorvallen plaatsvonden bij Brzo-bedrijven op Chemelot waarvan één met dodelijke afloop en een zwaargewonde. De andere drie betroffen emissies van gevaarlijke stoffen uit de chemische procesinstallaties. Ook in 2015 hebben zich verschillende voorvallen op het complex voorgedaan.⁷⁸

Daarnaast is Chemelot een bijzonder complex. Allereerst omdat het complex gesitueerd is in dichtbevolkt gebied, vlak naast de woongebieden van Sittard-Geleen, Stein en Beek. Voorts is Chemelot ontstaan op een plek waar voorheen slechts één bedrijf (DSM) chemische installaties exploiteerde. Nadat dat bedrijf activiteiten begon af te stoten en installaties ging verkopen, is het complex getransformeerd naar een multi-user industriecomplex met een groot aantal verschillende bedrijven. Veel van de industriële activiteiten zijn echter nog steeds nauw met elkaar verbonden waardoor de bedrijven in de loop der tijd een samenwerkingsstelsel hebben ontwikkeld. Het complex beschikt over een overkoepelende omgevingsvergunning voor alle op het complex gevestigde bedrijven. Deze vergunning zorgt ervoor dat de samenwerking tussen de op het complex gevestigde bedrijven niet vrijblijvend is aangezien daarvoor het samenwerkingsverband Chemelot Site Permit B.V. (CSP) een formele positie heeft in het geheel van bedrijven als het gaat om de naleving van de vergunning. Nergens anders in Nederland kennen we een overkoepelende vergunning voor een chemiecluster van die omvang en het vergt dan ook maatwerk van de toezichthouders.

Ten slotte bevindt zich op het industriecomplex de Chemelot campus voor chemie-gerelateerd onderzoek en onderwijs. Op deze campus werken op dit moment ongeveer 2.500 onderzoekers, ondernemers en studenten en hun aanwezigheid in de nabijheid van Brzo-bedrijven vormt een extra veiligheidsrisico.

De conclusies van het rapport komen samengevat erop neer dat er tekortkomingen zijn geconstateerd in de beheersing van de procesveiligheid. Het onderhoud is onvoldoende, de werkinstructies ontoereikend, de risico's onvoldoende geïdentificeerd en er werd te weinig geleerd uit soortgelijke, eerdere incidenten. Bovendien is sprake van verouderde chemische installaties, wat een rol heeft gespeeld bij de onderzochte voorvallen. Deze tekortkomingen moeten worden aangepakt door de par-

tijen op Chemelot. Hoewel de verantwoordelijkheid daarvoor vooraleerst berust bij de bedrijven die de installaties gebruiken, ligt er ook een taak voor het collectief van bedrijven op Chemelot. De risico's van procesveiligheid zijn gedeelde risico's die alle chemische bedrijven op Chemelot aangaan en als gevolg van het bijzondere karakter van Chemelot is veiligheidsbeheersing een gedeelde verantwoordelijkheid. Dit betekent dat de individuele bedrijven en hun georganiseerde collectief – CSP – verantwoordelijk zijn voor de beheersing van de onderlinge, gedeelde en gezamenlijke risico's.

Gezien de ambitie van Chemelot om de meest duurzame chemie- en materialensite van West-Europa te worden (Visie Chemelot 2025) is het uitspreken van een hoge veiligheidsambitie en het ontwikkelen van een proactieve houding onontkoombaar. Daarmee wordt de veiligheidsambitie immers ook zichtbaar op strategisch niveau, waardoor veiligheid ook op het tactische niveau prioriteit krijgt en aldus op operationeel niveau beter kan worden beheerst, aldus de Onderzoeksraad. De bestuurlijke omgeving van Chemelot dient deze ontwikkeling te stimuleren en met name de provincie Limburg als bevoegd gezag moet zich sterk maken om deze ambitieuze veiligheidsdoelen nadrukkelijk te verankeren in de ambities voor groei en duurzaamheid op Chemelot. Een mooi voorbeeld waarin de Onderzoeksraad nog eens laat zien dat stand verplicht. Als je een industrieel chemiecomplex als Chemelot zo nadrukkelijk benoemt in je groei en ontwikkelplannen voor een hele regio, dan brengt dat ook nadrukkelijk consequenties mee voor de veiligheid van het complex en de omgeving en dus ook voor de eigen rol als bevoegd gezag, en dat wordt in dit rapport door de Onderzoeksraad voor Veiligheid nog eens nadrukkelijk uitgesproken. We zijn erg benieuwd wat er met de aanbevelingen uit het rapport wordt gedaan door de betrokken bedrijven en het bevoegd gezag, in casu de provincie.

Ten slotte was er als uitsmijter van dit halfjaar het rapport van de Commissie Sorgdrager inzake de fipronilaffaire.⁷⁹ Deze affaire barstte in de zomer van 2017 in volle hevigheid los toen bleek dat bij honderden pluimveehouderijen de stallen waren schoongemaakt, dan wel bloedluis in de stallen werd bestreden met een middel waarin ook fipronil bleek te zitten. Deze fipronil kwam via de schoongemaakte stal in de leghennen terecht en belandde vervolgens in de eieren. Na metingen bleek dat het gehalte aan fipronil in de eieren de vastgestelde waarde overschreed, waardoor de eieren dienden te worden vernietigd. Het ging om honderden pluimveehouderijen en miljoenen eieren. De economische schade is enorm. Naar aanleiding van deze situatie is aan de Commissie Sorgdrager gevraagd om onderzoek te doen naar de vraag hoe dit heeft kunnen gebeuren. De conclusies van de commissie liegen er niet om.

Zo concludeert de commissie dat bedrijven in de eierketen, de NVWA en de ministeries van VWS en LNV

78. Chemie in samenwerking. Veiligheid op het industriecomplex Chemelot, Den Haag, juni 2018.

79. Commissie onderzoek fipronil in eieren, juni 2018. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 26 991 nr. 529.

onvoldoende voorrang hebben gegeven aan voedselveiligheid. Ook maken bedrijven in de eierketen hun wettelijke verantwoordelijkheid niet waar. Verder krijgt voedselveiligheid bij de NVWA te weinig aandacht. Bovendien is gebleken dat politiek en bestuur een te beperkte opvatting hebben over hun eigen rol ten aanzien van voedselveiligheid en komen ze pas in actie als zich een incident of crisis voordoet.

Commissievoorzitter Winnie Sorgdrager zegt erover: 'Economische en financiële belangen mogen nooit voorrang krijgen op het belang van voedselveiligheid. Voedselveiligheid moet, zowel bij de bedrijven in de eierketen, als bij de NVWA en de betrokken ministeries, prioriteit krijgen. De eiersector worstelde al jaren met het probleem van bloedluis. Ineens was er een wondermiddel. Er hadden toen bij de sector zelf alarmbellen moeten gaan rinkelen. Het duurde ook veel te lang voordat er actie kwam na de meldingen en er was te lang onduidelijkheid over de risico's voor de volksgezondheid. Dat zegt iets over hoe het in ons stelsel geregeld is. Voedselveiligheid moet goed geborgd zijn. Er zijn talloze mogelijkheden voor alle partijen om risico's op dit soort incidenten te beperken.'

Ook in dit rapport staan diverse aanbevelingen. En, ook hier geldt dat het interessant is om te volgen wat er met de aanbevelingen gebeurt. Gelukkig volgt er aan het eind van dit jaar weer een nieuwe kroniek.

Cybercrime

Verzorgd door mr. J. Boonstra-Verhaert

Wet computercriminaliteit III

Op 26 juni 2018 is het voorstel voor de Wet computercriminaliteit III ('hackwet') ook door de Eerste Kamer aangenomen. Om het in december 2015 ingediende wetsvoorstel is veel te doen geweest, met name vanwege de hackbevoegdheid en het (inmiddels vervallen) decryptiebevel. Naast de hackbevoegdheid introduceert de wet onder meer nieuwe strafbaarstellingen voor het publiceren van niet-openbare gegevens, heling van gegevens en acquisitiefraude. Daarnaast maakt de wet bij de delicten grooming en ontucht een nieuw opsporingsmiddel mogelijk in de vorm van de zogenaamde lokpuber. Deze wijzigingen hebben tevens tot doel webcamseks met minderjarigen tegen te gaan. Met de strafbaarstelling van heling van gegevens zijn er met deze wet betere mogelijkheden voor bedrijven om op te treden indien zij met de omstandigheid worden geconfronteerd dat vertrouwelijke bedrijfsgegevens elders worden aangeboden. De wet breidt daarnaast de huidige strafbaarstelling ver(der) uit tot het bezit of de verspreiding van alle vormen van wederrechtelijk verkregen gegevens. Hiermee wordt bijvoorbeeld ook de publicatie van gehackte gegevens, zoals e-mails, spreadsheets of foto's, strafbaar. Op dit moment kan dit soort handelingen niet worden vervolgd via de huidige helingbepaling, omdat gegevens niet worden aangemerkt als een 'goed' (zie

later in deze kroniek). Een derde-verkrijger kan bovendien in beginsel niet worden vervolgd voor computer-vredebreuk. Ook is, wanneer gegevens bij iemand worden aangetroffen, niet altijd te bewijzen dat diegene deze wederrechtelijk heeft verkregen. Met de strafbaarstelling worden ook situaties geadresseerd waarin personen gegevens van een computer waartoe zij rechtmatige toegang hebben, bijvoorbeeld vanwege hun positie bij een overheidsinstelling of als ICT-dienstverlener, zonder daartoe gerechtigd te zijn, voor zichzelf of voor een ander overnemen.

Cybersecuritywet

De Tweede Kamer heeft op 29 mei jongstleden met algemene stemmen de nieuwe Cybersecuritywet aangenomen en direct van de gelegenheid gebruikgemaakt om de naam van de wet te veranderen in de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen. De indieners van het wetsvoorstel achten deze naam beter passend. Ook zorgt dit ervoor dat de huidige citeertitel in de toekomst kan worden gebruikt voor wetgeving die inhoudelijk meer overeenkomt met een dergelijke titel.

Deze wet implementeert de EU-Richtlijn 2016/1148 over netwerk- en informatiebeveiliging (Nib-richtlijn) in de Nederlandse regelgeving. Doel van de richtlijn is binnen de EU meer eenheid creëren in het beleid over netwerk- en informatiebeveiliging. Hiermee wordt de (internationale) samenwerking verbeterd, digitale weerbaarheid en digitale paraatheid vergroot en de gevolgen van cyberincidenten verkleind. Met deze wet worden aanbieders van essentiële diensten (AED's) en digitale dienstverleners (DSP's), zoals drinkwaterbedrijven, banken en beheerders van gas- en elektriciteitsleidingen, verplicht maatregelen te nemen om de kansen op en de gevolgen van incidenten te verkleinen.

Ernstige incidenten moeten gemeld worden bij het ministerie van Justitie en Veiligheid. Dit ministerie is aangewezen als het *Computer Security Incident Response Team* (CSIRT) van Nederland.

Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017

Een coalitie bestaande uit twaalf partijen, waaronder de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten, heeft in kort geding gevorderd dat vijf bepalingen van de op 1 mei 2018 in werking getreden Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) buiten werking zouden worden gesteld. Deze vorderingen zijn door de voorzieningenrechter⁸⁰ afgewezen. De voorzieningenrechter overweegt dat hij terughoudendheid in acht moet nemen bij de beoordeling van de vorderingen gelet op, kort gezegd, de scheiding der machten. Daarbij komt dat in een kort geding slechts een voorlopig oordeel kan worden gegeven. Toewijzing van de vorderingen kan daarom alleen als de bepalingen overduidelijk in strijd zijn met hoger recht. Ter onderbouwing van hun standpunt dat de door hen genoemde bepalingen van de Wiv 2017 een inbreuk vormen op diverse fundamentele

80. Rb. Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7459.

privacy grondrechten, hebben de eisers onder andere een beroep gedaan op artikel 8 EVRM dat beschermt tegen willekeurige inbreuken van de overheid op het recht op respect voor privéleven. Bij de beoordeling of sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op dit recht let de voorzieningenrechter niet alleen op de (tekst van de) door de eisers genoemde bepalingen, maar op de wet als geheel. Gelet op al de waarborgen en garanties tegen misbruik die daarin zijn opgenomen, kan volgens de voorzieningenrechter niet worden geconcludeerd dat de bepalingen onmiskenbaar onverbindend zijn (zoals het juridische toetsingscriterium luidt).

Strafvorderingsrichtlijn cybercrime

De eerste strafvorderingsrichtlijn cybercrime is per 1 februari van kracht. Deze richtlijn biedt de officier van justitie handvatten voor het bepalen van een straf(eis) in (eenvoudige) cyberzaken. De richtlijn is bedoeld voor de verschillende vormen van cybercrime zoals computer-vrederebreuk, DDoS-aanval en in het bezit hebben/plaatsen van ransomware (kwaadaardige ‘gijzelingssoftware’). Aan de hand van de criteria in de richtlijn kan de officier van justitie in strafzaken een straf eisen, een transactie aanbieden of een OM-strafbeschikking opleggen. Aanleiding voor deze richtlijn is dat met de nieuwe technologie voorwerpen aangesloten zijn op het internet en gegevens worden uitgewisseld. Dit brengt veiligheidsrisico’s met zich voor burgers, bedrijven en overheid. Dankzij de technologische mogelijkheden kunnen cybercriminelen in korte tijd in principe vanaf elke plek in de wereld grote aantallen slachtoffers maken. Burgers en bedrijven kunnen slachtoffer worden van ransomware. Door DDoS-aanvallen worden websites met zwak beveiligde apparaten zoals webcams en digitale videorecorders platgelegd. Het aantal gevallen van cybercrime waarbij computers niet alleen als middel worden ingezet maar ook doelwit zijn, neemt toe.

De richtlijn is onderverdeeld in vier categorieën. Bij de eerste categorie cybercrime in de relatiesfeer gaat het om zaken waar bijvoorbeeld een ex-partner/ex-werknemer inbreekt in een account of (bedrijfs)server. Bij cybercrime met als oogmerk diefstal van vermogen onder andere om diefstal internetbankieren, het gebruik van crypto-/malware of het hacken van een server ten behoeve van phishing. Bij cybercrime met als oogmerk het overnemen van gegevens bijvoorbeeld om bedrijfsspionage of tentamenfraude. Onder de vierde categorie cybercrime met een ideologisch (niet zijnde terroristisch) oogmerk vallen zaken als DDoS-aanvallen met beperkte impact. Deze is afhankelijk van de financiële schade en in hoeverre diensten zijn getroffen. Daarnaast defacing, het wijzigen, beschadigen of vervangen van webpagina’s door hackers.

Wetsvoorstel herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen

Op 16 mei 2018 is het dit wetsvoorstel in consultatie gegaan. Het voorgestelde artikel 139h Sr zorgt onder meer voor zelfstandige strafbaarstelling van misbruik van seksueel beeldmateriaal (wraakporno). Dat misbruik

betreft de vervaardiging van het materiaal, het bezit en het verspreiden daarvan.

Verordening inzake elektronisch bewijsmateriaal

De Europese Commissie heeft door middel van een voorstel voor een verordening⁸¹ nieuwe regels opgesteld waardoor politie en justitie gemakkelijker en sneller dienen te kunnen beschikken over elektronisch bewijsmateriaal, zoals e-mails of in de cloud opgeslagen documenten, dat zij nodig hebben voor het onderzoek naar en de vervolging en berechting van criminelen en terroristen. De nieuwe regels zullen de rechtshandavingsinstanties in de EU-lidstaten beter in staat stellen aanwijzingen online en grensoverschrijdend te onderzoeken en voldoende waarborgen bieden voor de grondrechten van personen en vrijheden van alle betrokkenen.

De voorgestelde regels zullen:

- een Europees bevel tot overlegging invoeren: een justitiële autoriteit in een lidstaat kan daardoor rechtstreeks een serviceprovider die in de Unie diensten aanbiedt en in een andere lidstaat is gevestigd of wordt vertegenwoordigd, verzoeken om elektronisch bewijsmateriaal (zoals e-mails, sms’jes of app-berichten), ongeacht de plaats waar deze gegevens zijn opgeslagen. Deze serviceprovider moet dan binnen 10 dagen reageren, en binnen 6 dagen in geval van nood;
- via een Europees bevel tot bewaring voorkomen dat gegevens worden gewist: hierdoor zal een justitiële autoriteit in een lidstaat een serviceprovider die diensten in de Unie aanbiedt en in een andere lidstaat is gevestigd of wordt vertegenwoordigd, ertoe kunnen verplichten om specifieke gegevens te bewaren, zodat deze autoriteit deze informatie kan opvragen via een verzoek om wederzijdse rechtshulp, een Europees onderzoeksbevel of een Europees bevel tot overlegging;
- krachtige waarborgen en rechtsmiddelen omvatten: beide bevelen kunnen alleen worden uitgevaardigd in het kader van een strafrechtelijke procedure en alle strafrechtelijke procedurele waarborgen zijn van toepassing. De nieuwe regels garanderen een strenge bescherming van fundamentele rechten, onder meer via de betrokkenheid van justitiële autoriteiten en extra vereisten voor het verkrijgen van gegevens die tot bepaalde categorieën behoren. Er zijn ook waarborgen voor het recht op bescherming van persoonsgegevens. De serviceproviders en personen wier gegevens worden gevraagd, zullen diverse waarborgen genieten, zoals de mogelijkheid voor de provider om een toetsing te vragen wanneer het bevel bijvoorbeeld het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie kennelijk schendt;

81. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot de eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens in elektronische communicatie, en tot intrekking van Richtlijn 2002/58/EG (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

- serviceproviders ertoe verplichten om een wettelijke vertegenwoordiger in de Unie aan te wijzen: om ervoor te zorgen dat voor alle serviceproviders die diensten in de Europese Unie aanbieden dezelfde verplichtingen gelden, zelfs wanneer hun hoofdkantoor in een derde land is gevestigd, zijn zij verplicht om een wettelijke vertegenwoordiger in de Unie aan te wijzen met het oog op de inontvangstneming, naleving en handhaving van besluiten en bevelen die zijn uitgevaardigd door de bevoegde autoriteiten van de lidstaten met het oog op het verzamelen van bewijsmateriaal in strafzaken;
- ondernemingen en serviceproviders rechtszekerheid bieden: waar rechtshandavingsinstanties voor het verkrijgen van het nodige bewijsmateriaal nu nog vaak afhankelijk zijn van de welwillendheid van serviceproviders, zal de toepassing van dezelfde regels inzake de verplichting tot het overleggen van elektronisch bewijsmateriaal, autoriteiten en dienstverleners meer rechtszekerheid bieden.

Jurisprudentie

Hierna worden enkele in het oog springende cyber-gereleerde uitspraken benoemd. De eerste uitspraak heeft betrekking op een criminele organisatie die zich bezighield met de manipulatie van *e-identifiers* van ABN AMRO, die door de bank binnen haar kantoren ter beschikking werden gesteld aan klanten voor internetbankieren. Met deze gemanipuleerde *e-identifiers* zijn daarna honderden gegevens van betaalpassen van nietsvermoedende klanten van deze bank afgetapt en opgenomen. Met behulp van door de medeverdachte geprogrammeerde downloadpassen hebben de verdachte en zijn medeverdachten telkens buitgemaakte bankpasgegevens opgehaald bij de gemanipuleerde *e-identifiers* in de bankshops. Deze gegevens van de downloadpassen werden vervolgens van de downloadpassen gehaald ten behoeve van de vervaardiging van valse betaalpassen. Met deze valse betaalpassen is vervolgens door de verdachte en anderen – wereldwijd – voor meer dan € 1 miljoen ‘gecasht’. Het hof⁸² beantwoordde de vraag of een *e-identifier*, al dan niet in combinatie met een downloadpas, is aan te merken als een geautomatiseerd werk in de zin van artikel 80sexies Sr in een tweetal uitspraken bevestigend, nu uit de technische rapportages blijkt dat na manipulatie de *e-identifiers* naast de bestaande verwerkings- en overdrachtsfunctie ook over een opslagfunctie beschikken en daarmee reeds zelfstandig voldoen aan de driedelige eis uit de bepaling.

In de tweede uitspraak gaat het om een verdachte die voor het einde van zijn dienstverband een licentiecode van de e-mail van zijn werk naar zijn privémailadres had gestuurd. Na de beëindiging van het dienstverband is de verdachte bij een concurrerend bedrijf begonnen. De verdachte wordt vrijgesproken van heling van computergegevens van zijn voormalige werkgever, omdat naar het oordeel van de rechtbank⁸³ niet is gebleken dat de

licentiecode door middel van een misdrijf is verkregen. De licentiecode kan in juridische zin niet als ‘goed’ worden aangemerkt, aangezien de werkgever daarover ook zelf bleef beschikken. Derhalve heeft de verdachte de licentiecode niet door verduistering dan wel diefstal verkregen. Het enkele e-mailen door een werknemer van gegevens van zijn werkgever naar zichzelf met als doel deze gegevens vervolgens te gaan gebruiken ten behoeve van zichzelf levert aldus onder het bestaande artikel 273 lid 1 sub 2 Sr geen strafbaar feit op. De rechtbank verwijst hierbij naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Computercriminaliteit III, waarmee wordt beoogd de strafrechtelijke bepalingen uit te breiden, zodat ook wordt bestreken het geval dat sprake is van ‘verduistering’ van gegevens.⁸⁴

De derde zaak betreft een veroordeling voor onder meer belaging op social media en identiteitsfraude. De verdachte had een nepaccount aangemaakt, met de persoonlijke gegevens van het slachtoffer, en hiermee anderen benaderd waardoor het slachtoffer reputatieschade heeft opgelopen. Voor het bewijs is onder meer gebruikgemaakt van internetonderzoek door een recherchebureau, dat onder meer heeft bestaan uit het versturen van een ‘verdekte link’ aan de verdachte naar een Facebook-profiel, waarna gegevens over onder meer de gebruikte smartphone bij het klikken op die link bekend werden bij het recherchebureau.⁸⁵

Omkoping

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

Hoge transacties in corruptiezaken

E. Sikkema

In de vorige editie van dit tijdschrift werd al geschreven over de toepassing van hoge transacties in grote (buitenlandse) corruptiezaken.⁸⁶ Typerend zijn de overeenkomsten in de bekende zaken van SBM Offshore, Vimpelcom en TeliaSonera. De transactie is in Nederland de laatste jaren een belangrijk instrument geworden om omkopingsaffaires af te doen. Zoals bekend betracht het OM steeds meer openheid omtrent transacties, door middel van steeds uitgebreidere (feitenrelazen bij) persberichten. Op deze wijze wordt tegemoetgekomen aan de roep om meer openbaarheid en wordt ook de controlebaarheid en aanvaardbaarheid van transacties vergroot. In zekere zin kan zo het ontbreken van een openbare behandeling ter terechtzitting (deels) worden gecompenseerd.⁸⁷

In deze tendens past ook het persbericht dat op 14 januari 2018 werd gepubliceerd over het transactieaanbod dat werd aanvaard door het containerbedrijf

82. Hof Den Haag 16 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:33 en ECLI:NL:GHDHA:2018:32.

83. Rb. Den Haag 26 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:3396.

84. *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 327, nr. 3, p. 61-67.

85. Rb. Limburg 4 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4314.

86. F. Haijer & E. Sikkema, ‘Amerikanisering van corruptiebestrijding’, *TBS&H* 2018, nr. 2, p. 68-77.

87. Zie meer uitgebreid Haijer & Sikkema 2018, p. 72.

MOL (Europe) B.V. uit Poortugaal.⁸⁸ Dit bedrijf werd beschuldigd van betrokkenheid bij het betalen van steekpenningen aan werknemers van bedrijven (niet-ambtelijke omkoping) in Ghana en Ivoorkust in de periode 2005–2010. De steekpenningen zouden zijn betaald voor het verkrijgen van vrachten voor containerschepen. Na 2013 zouden de steekpenningen zijn afgedekt met valse facturen in de kostenadministratie (valsheid in geschrift). Uit het persbericht blijkt dat MOL Europe heeft meegewerkt aan het onderzoek en de gegevens uit haar interne onderzoek ter beschikking heeft gesteld aan het OM. De betaling van € 832.000 is volgens het OM een passende afdoening voor het bedrijf. Het geld dat MOL Europe indirect (via dividenden) heeft verdiend door de corruptie, geraamd op € 32.169, wordt ontnomen. Bij het vaststellen van de hoogte van de ‘straf’ (een ‘boete’ van € 800.000) is gekeken naar de ernst van de feiten en de persoon van de verdachte, maar is ook rekening gehouden met de omstandigheid dat MOL Europe heeft meegewerkt aan het onderzoek en de bevindingen heeft gedeeld. Het bedrijf zou willen afrekenen met het verleden en willen voorkomen dat in de toekomst weer strafbare feiten worden gepleegd. Ook op mondiaal niveau zijn binnen het concern compliance-maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat omkoopbetalingen worden beëindigd en niet worden hervat. Tot slot heeft het OM gekeken naar de mogelijkheid om natuurlijke personen te vervolgen. Dat individuele managers of werknemers zelf voordeel hadden genoten kon echter niet worden vastgesteld, terwijl van de mogelijk betrokkenen niemand de Nederlandse nationaliteit had of nog werkzaam was voor MOL Europe of in Nederland.

De overwegingen die in het persbericht met betrekking tot MOL Europe worden genoemd sluiten aan op een inmiddels bestendige beleidslijn die uit eerdere persberichten van het OM kan worden gedestilleerd. Een belangrijke factor is telkens dat het betreffende bedrijf medewerking heeft verleend aan het opsporingsonderzoek. Er heeft een intern onderzoek plaatsgevonden en de resultaten daarvan zijn met de autoriteiten gedeeld. Ook de aanscherping of meer strikte naleving van compliance-maatregelen – en daarmee het inrichten van de bedrijfsvoering op preventie van misstanden in de toekomst – is een belangrijke factor.⁸⁹ Zelfmelding wordt eveneens gezien als een belangrijke reden om een transactie aan te bieden, maar was in de zaak van MOL Europe niet aan de orde; het onderzoek werd hier gestart naar aanleiding van een melding van de Belastingdienst. Uit het persbericht blijkt evenmin dat MOL Europe publiekelijk verantwoordelijkheid heeft genomen voor de strafbare feiten en/of de schuld aan die strafbare feiten heeft erkend.

Omvangrijke transacties met bedrijven in grote corruptiezaken liggen maatschappelijk gevoelig en hebben geleid tot negatieve publiciteit en (naar aanleiding daarvan) ook tot Kamervragen.⁹⁰ In reactie daarop hebben de verantwoordelijke ministers onlangs expliciet verklaard dat alleen een hoge transactie wordt aangeboden als het bedrijf de door het OM geconstateerde feiten erkent. Die erkenning is een ‘cruciale voorwaarde’, aldus de ministers. Deze erkenning kan ook blijken uit de omstandigheid dat het bedrijf medewerking verleent aan het strafrechtelijk onderzoek en maatregelen treft om herhaling in de toekomst te voorkomen (bijvoorbeeld door een compliance-beleid). Daarbij kan het ook gaan om interne maatregelen tegen de natuurlijke personen die bij de strafbare feiten waren betrokken. De voorwaarde dat andere verdachten, waaronder natuurlijke personen, niet worden vervolgd kan geen deel uitmaken van een transactie. Ook is er volgens de ministers geen onderhandelingsruimte over de wijze van publiciteit; de verdachte wordt wel in de gelegenheid gesteld het persbericht en het feitenrelaas op feitelijke onjuistheden te controleren. In alle gevallen wordt echter een persbericht uitgebracht dat zo uitgebreid mogelijk is en dat wordt voorzien van een feitenrelaas. Ook anderszins wordt door het OM in het kader van een hoge of bijzondere transactie niet onderhandeld, aldus de ministers. Wel worden tijdens de besprekingen over de inhoud van een eventuele transactie – ‘in lijn met een behandeling ter zitting’ – zienswijzen uitgewisseld tussen het OM en de verdediging.⁹¹ Stevens heeft zich terecht afgevraagd in hoeverre een transactie nog voordelen biedt ten opzichte van een procedure voor de rechter, als een transactie alleen in beeld komt als de verdachte schuld erkent.⁹² Bovendien roept deze ontwikkeling de vraag op in hoeverre de transactie in de toekomst nog bestaansrecht heeft als afdoeningsmodaliteit naast de strafbeschikking. Deze vragen zullen de komende tijd beantwoord moeten worden in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.⁹³

Amerikaanse invloeden (op de Nederlandse handhavingspraktijk):

A. Verbruggen

De hierboven geschetste ontwikkelingen maken duidelijk dat uit de Verenigde Staten overgewaaiden praktijken geadopteerd en ingeburgerd zijn. Men denke met name aan de uitgebreide *statement of facts*, de *remedial action* en de afgedwongen vrijwillige medewerking. Ook kan erop worden gewezen dat justitie in Nederland inmid-

88. ‘MOL Europe B.V. betaalt 832.169 euro voor corruptie in Ghana en Ivoorkust’ (persbericht OM d.d. 12 januari 2018), zie <https://www.om.nl/@101661/mol-europe-betaalt/>.

89. Vgl. J.I.P. Hofstee, ‘Buitenlandse corruptie in Nederland en de VS: een geschikte aanpak?’, *TBS&H* 2017, p. 29-30.

90. Zie recent nog de uitzending van het televisieprogramma Zembla (‘Zakendoen met justitie’, 27 februari 2018) over dit onderwerp (<https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/komende-uitzending-zakendoen-met-justitie>). Naar aanleiding van deze uitzending werden onder meer Kamervragen gesteld door het lid Van Nispen (<https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/kamervragen-na-uitzending-zembla-over-schikkingen>).

91. *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 1-5; *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 3.

92. M. Stevens, ‘Liever naar de rechter dan veroordeeld door het Openbaar Ministerie’, *Het Financieele Dagblad* 2 maart 2018.

93. Vgl. Haijer & Sikkema 2018, p. 71-74.

dels de onder de voormalig *Deputy Attorney General*, Sally Yates,⁹⁴ ingevoerde *policy* zich eigen heeft gemaakt. Deze *policy* komt erop neer dat bedrijven, indien zij aan de voorwaarden voldoen, een *out-of court settlement* in enige vorm krijgen aangeboden, terwijl de natuurlijke personen, verantwoordelijk voor het corrupte gedrag, voor het hekje moeten komen. De wijze waarop de hierna te bespreken ‘mega’ Dotterbloem (en Wegdistel en Venkel) werd afgedaan, vormt hiervan een treffende illustratie.

Het loont dus de moeite om te kijken naar de ontwikkelingen aan de andere kant van de grote vijver, omdat de ervaring inmiddels leert dat deze, althans ingrediënten ervan, hun weg vinden naar de Nederlandse handhavingspraktijk. De dappere actie van Yates om openlijk te weigeren mee te werken aan Trumps *Immigration Act*⁹⁵ en die beslissing op zitting te verdedigen, kwam Yates op ontslag van Trump te staan.

Inmiddels werd Yates opgevolgd door Rod Rosenstein. Ook hij drukte inmiddels zijn stempel op het beleid voor bestrijding van (buitenlandse) corruptie. Het belangrijkste gegeven is dat hij het *FCPA Pilot Program*⁹⁶ formaliseerde. Het *FCPA Pilot Program* voorziet in een hoge korting voor ondernemingen die interne corruptieve misverstanden zelf melden bij justitie en voorts aan nog enige voorwaarden voldoen. Bondig en zakelijk samengevat, voorziet het programma in ‘*Credit for Voluntary Self-Disclosure, Full Cooperation, and Timely and Appropriate Remediation in FCPA Matters*’. Wordt aan deze voorwaarde voldaan, dan is het uitgangspunt dat de afdoening van de zaak niet door middel van vervolging plaatsvindt, maar door middel van *declination*. Aan de voorwaarde is voldaan, indien de onderneming akkoord gaat met een vrijwillige openbaarmaking van alle relevante feiten met betrekking tot de misstand(en), inclusief relevante feiten over betrokken individuen. De melding dient tijdig – binnen een redelijke tijd na de ontdekking – te worden gedaan en voordat sprake is van (een vooruitzicht van) een DOJ *investigation*, en de onderneming dient bereid te zijn volledig mee te werken met het DOJ-onderzoek. Hieronder valt het veiligstellen en delen van bewijs – ook ongevraagd – waarvan de onderneming weet, althans redelijkerwijs zou moeten vermoeden, dat dit relevant zou kunnen zijn voor het onderzoek. Ook dient de onderneming tijdige en geschikte herstelmaatregelen te nemen. De nieuwe *policy* gaat in op de beoordeling van een geschikt *compliance*- en ethiekprogramma. Hieraan dient in ieder geval een analyse van de achterliggende oorzaak ten grondslag te liggen. Het kan ook disciplinaire maatregelen tegen betrokkenen omvatten. De *presumption* kan worden geblokkeerd door verzwarende omstandigheden. Rosenstein noemde een paar van dat soort voorbeelden tijdens

zijn speech: (1) de betrokkenheid van het uitvoerend management bij de misstand(en); (2) het feit dat een aanzienlijk voordeel is behaald door de misstand(en); (3) een vaststelling dat de misstand(en) diepgaand zijn; en (4) recidive.

Drijvende kracht achter de formalisering van de nieuwe *policy* is het gewenste effect dat de *pilot* bleek te hebben op *self-reporting*, het zelf melden van misstanden bij de justitiële autoriteiten door bedrijven. Na de start van de *pilot* volgden 30 van dat soort spontane meldingen, terwijl de teller op 18 bleef steken in de voorgaande 1,5 jaar. Eerder merkten wij in dit blad op dat justitie het zelfreinigend vermogen van het bedrijfsleven zou kunnen bevorderen door een geïnstitutionaliseerde, transparante, concrete procedure van *self-disclosure*.⁹⁷

Ook overigens sprak Rosenstein, bij de bekendmaking van de nieuwe *policy*, een aantal behartigenswaardige woorden:⁹⁸

‘The new policy, like the rest of the Department’s internal operating policies, creates no private rights and is not enforceable in court. But it does promote consistency by attorneys throughout the Department. Establishing internal policies helps guide our exercise of discretion and combat the perception that prosecutors act in an arbitrary manner.

The new policy does not provide a guarantee. We cannot eliminate all uncertainty. Preserving a measure of prosecutorial discretion is central to ensuring the exercise of justice.

But with this new policy, we strike the balance in favor of greater clarity about our decision-making process.’

(...)

‘First, the FCPA Corporate Enforcement Policy states that when a company satisfies the standards of voluntary self-disclosure, full cooperation, and timely and appropriate remediation, there will be a presumption that the Department will resolve the company’s case through a declination. That presumption may be overcome only if there are aggravating circumstances related to the nature and seriousness of the offense, or if the offender is a criminal recidivist.

It makes sense to treat corporations differently than individuals, because corporate liability is vicarious; it is only derivative of individual liability.

Second, if a company voluntarily discloses wrongdoing and satisfies all other requirements, but aggravating circumstances compel an enforcement action, the Department will recommend a 50% reduction off the low end of the Sentencing Guidelines fine range. Here again, criminal recidivists may not be eligible for such credit. We want to provide an incentive for good conduct. And scrutiny of repeat visitors.

Third, the Policy provides details about how the Department evaluates an appropriate compliance

94. Bekend van het Yates Memorandum.

95. Executive Order 13769, een decreet dat een volledig inreisverbod voor burgers vanuit zeven landen naar de VS inhield.

96. Het *FCPA Pilot Program* ging van start in april 2016. De *Pilot* werd eerder besproken in: T.R. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Internationale trends in preventie, detectie en repressie van corruptie’, *Tijdschrift Sanctierecht & Onderneming*, nr. 4, p. 150-159.

97. T. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Corruptie: status quo en de toekomst’, *TBS&H* 2015, p. 225-234.

98. Speech tijdens de 43th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act, Oxford Hill, November 29, 2017.

program, which will vary depending on the size and resources of a business.

The Policy therefore specifies some of the hallmarks of an effective compliance and ethics program. Examples include fostering a culture of compliance; dedicating sufficient resources to compliance activities; and ensuring that experienced compliance personnel have appropriate access to management and to the board.’

Van belang is voorts dat DOJ buiten twijfel heeft gesteld welke eisen het stelt aan een deugdelijk ABC-programma. De relevantie van *compliance* voor het strafrecht wordt onmiskenbaar met het jaar groter. Zo werd in de hierboven aangehaalde *VimpelCom-settlement* ook door de Nederlandse autoriteiten bedongen dat een *compliance*-monitor een aantal jaren deel uit zou maken van het bedrijf en bedingen de autoriteiten steeds vaker dat bedrijven nog een tijdje rapporteren over *frauderisico*’s. In dit verband zij gewezen op de berichtgeving rond het ING-onderzoek: zonder monitoring lijkt het OM niet genegen deze zaak buiten de rechter om af te doen.⁹⁹ In andere zaken is wel volstaan met een mildere variant; bedrijven dienen dan onder bepaalde voorwaarden over hun *compliance* te rapporteren.

Uiteraard vergt dit alles dat de handhavende autoriteiten, het OM in het bijzonder, kennis hebben van *compliance*-programma’s en de wijze waarop deze in de bedrijfsvoering dienen te zijn geïmplementeerd. Eerder werd erop gewezen dat het merendeel van de omringende jurisdicties, anders dan in Nederland, inmiddels kenbaar hebben gemaakt welke eisen worden gesteld aan een dergelijk programma. Zeker nu justitie zich nadrukkelijker gaat bemoeien met *compliance*, lijkt het in de rede te liggen daarop zelf een visie te hebben.

Zaak Dotterbloem

Onder de codenaam Dotterbloem werd een ‘mega’-onderzoek naar omkoping door de automobiellindustrie en -handel van ambtenaren die invloed konden uitoefenen op het aankoopbeleid van de overheid, onderzocht. Het (voor)onderzoek was veelomvattend en nam vele jaren in beslag.¹⁰⁰ De zaak werd afgedaan naar Amerikaans model: de zaken tegen de ondernemingen werden buitengerechtelijk afgedaan met miljoenentransacties, een *statement of facts* en een persbericht.¹⁰¹ Een groot aantal natuurlijke personen, in de ogen van het OM hoofdverantwoordelijk, werd gedagvaard.¹⁰² Van een elftal werd het vonnis gepubliceerd.¹⁰³

99. I. Bökkerink & V. van der Boon, ‘OM eist zicht op nieuwe *frauderisico*’s bij ING’, *Het Financieele Dagblad* 27 februari 2018.

100. Het (voor)onderzoek is in december 2012 aangevangen, terwijl de meeste eindvonnissen in februari 2018 werden gewezen.

101. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@96362/pon/>; <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@98008/renault-betaalt/>; <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@98008/peugeot-betaalt/>.

102. De rechtspraak wijdde er een aparte pagina aan: <https://www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/dotterbloem>.

103. Rb. Rotterdam 22 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1332; ECLI:NL:RBROT:2018:1333; ECLI:NL:RBROT:2018:1334; NL:RBROT:

In de vorige kroniek gaven wij aan dat enige beperking van een wel zeer ruim omschreven delictsomschrijving wenselijk is, waarbij nadrukkelijker het verband tussen de gift en de te verwachten contraprestatie, naar Amerikaans voorbeeld, wordt gelegd. Onder de uitspraken in Dotterbloem bevindt zich een behoorlijk aantal uitspraken, waarbij de Rechtbank Rotterdam het bestanddeel oogmerk zo uitlegt, dat deze beperking plaatsvindt. De rechtbank overwoog:

‘(...) bij het beoordelen van de beschuldiging aan het adres van de verdachte (...) is de vraag of er sprake is geweest van een gift gericht op (kort gezegd) het verkrijgen van een tegenprestatie.

(...) De omkopingsgedraging moet immers worden verricht met het oogmerk om de ambtenaar te bewegen in zijn bediening iets te doen of na te laten. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is voorwaardelijk opzet niet voldoende voor het bewijs van het oogmerk.’

In het licht van dit oogmerk acht de rechtbank diverse gedragingen van de verdachten, hoewel de ambtenaar bevoordelend, niet ondubbelzinnig genoeg om die vragen bevestigend te beantwoorden en spreekt de verdachten daarom vrij. Opmerking verdient dat in deze kwestie de contraprestatie diffuus was. Weliswaar werden auto’s van de desbetreffende merken of de importeur in kwestie betrokken; de vraag is evenwel of dat het gevolg was van de gift, dan wel de uitkomst van de niet beïnvloede tender.

In de zaak van de wethouder Roermond¹⁰⁴ besteedde de rechtbank met name aandacht aan de voorkant en de achterkant van omkoping, om zo tot een afbakening van de ruime delictsomschrijving te komen; de Rechtbank Rotterdam doet het over de band van het oogmerk. Interessant is of de Hoge Raad zich zal kunnen vinden in deze vorm van materiële rechtsbescherming.

Bijzondere wetgeving

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

Drank- en Horecawet

In de meeste gevallen gaan zaken die betrekking hebben op de Drank- en Horecawet (DHW) over vergunningen die zijn geweigerd of ingetrokken op grond van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob).¹⁰⁵ In januari 2018 zijn twee uitspraken verschenen die betrekking hebben op de toepassing van de Wet Bibob in het kader van de DHW. In een van deze zaken heeft de burgemeester van Utrecht

2018:1335; ECLI:NL:RBROT:2018:1337; ECLI:NL:RBROT:2018:1339; ECLI:NL:RBROT:2018:1373; ECLI:NL:RBROT:2018:1374; ECLI:NL:RBROT:2018:1878; ECLI:NL:RBROT:2018:1879; ECLI:NL:RBROT:2018:1880.

104. Die wij bespraken in de kroniek omkoping tweede helft 2017.

105. A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2018, p. 311.

bij besluit van 17 december 2015 geweigerd om een drank- en horecaverunning te verlenen voor een restaurant en een hotel. Deze weigering is gebaseerd op een advies van het Landelijk Bureau Bibob van 4 november 2015. Uit dit advies blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar dat de aangevraagde vergunningen mede zullen worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. Hier is sprake van de toepassing van de 'b-grond'. De kern van deze weigering kan worden gevonden in het bestaan van een zakelijk samenwerkingsverband tussen de appellante en een persoon A. Deze laatstgenoemde persoon kan worden aangeduid als de 'rotte appel'. Uit het advies van het Landelijk Bureau Bibob blijkt dat hij op 5 november 2007 door het gerechtshof is veroordeeld tot een werkstraf van 160 uren wegens het nalaten van het verstrekken van verplichte gegevens in verband met een uitkering, hetgeen strafbaar is gesteld in artikel 227b Sr. Ook blijkt uit politiemutaties en verklaringen dat de 'rotte appel' vermoedelijk betrokken is geweest bij het exploiteren van een seksinrichting zonder vergunning, wat een overtreding van artikel 3:4 lid 1 APV Utrecht inhoudt. Deze strafbare feiten hangen volgens de burgemeester samen met de aangevraagde vergunningen.¹⁰⁶ De uitkomst van deze uitspraak van de Afdeling is dat het door de appellante ingestelde hoger beroep ongegrond wordt verklaard. Deze uitspraak is vooral illustratief ten aanzien van de vraag wanneer antecedenten, die worden gebruikt ter motivering van de 'b-grond', samenhangen met de activiteiten waarvoor de vergunning is aangevraagd. Uit deze uitspraak blijkt dat sprake is van voldoende samenhang.¹⁰⁷

Uit de tweede uitspraak uit januari 2018 blijkt dat de burgemeester van Amstelveen bij besluit van 26 april 2016 heeft geweigerd een drank- en horecaverunning en een exploitatievergunning voor een restaurant te verlenen aan de appellante. Deze weigering van de burgemeester is gebaseerd op een advies van het Landelijk Bureau Bibob. Uit dit advies blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar voor misbruik, waarbij sprake is van de aanwezigheid van de 'a-grond' en de 'b-grond'. In de casus zijn vooral persoon A en bedrijf A de 'rotte appels'. Er is sprake van een zakelijk samenwerkingsverband, omdat persoon A in persoon en als bestuurder van de appellante betrokken is bij het restaurant waarvoor de vergunning is aangevraagd. Daarnaast is persoon A enig bestuurder en aandeelhouder van bedrijf A. Het zakelijke samenwerkingsverband wordt in deze zaak niet ontkend. Uit het advies van het Landelijk Bureau Bibob blijkt dat zowel persoon A als bedrijf A antecedenten op hun naam hebben staan. De Belastingdienst heeft op grond van de AWR met betrekking tot de kansspelbelasting en vennootschapsbelasting naheffingsaanslagen en vergrijpboetes opgelegd aan bedrijf A. Deze aanslagen en boetes zijn onherroepelijk. Volgens het Landelijk Bureau Bibob is sprake van een ernstig vermoeden dat

bedrijf A zich schuldig heeft gemaakt aan overtredingen van de AWR. Ook is volgens het Landelijk Bureau Bibob een groot financieel voordeel behaald met die overtredingen. De naheffingsaanslag kansspelbelasting is € 123.645 en de vergrijpboete € 132.045. De naheffingsaanslag vennootschapsbelasting en de vergrijpboete bedragen € 19.263 respectievelijk € 2.220. Op deze bedragen is, exclusief de heffingsrente, slechts € 975 afbetaald. Deze antecedenten worden niet ontkend.¹⁰⁸ Door de appellante wordt betoogd dat ten aanzien van de antecedenten niet is voldaan aan het samenhangcriterium. Door de Afdeling wordt een onderscheid gemaakt tussen het vermoeden dat persoon A in strijd heeft gehandeld met de Opiumwet, het vermoeden dat persoon A in strijd heeft gehandeld met de AWR (kansspelbelasting) en het vermoeden dat persoon A in strijd heeft gehandeld met de AWR (vennootschapsbelasting). Volgens de Afdeling ontbreekt de vereiste samenhang tussen het vermoedelijk gepleegde Opiumwetdelict ('achterdeurproblematiek' coffeeshop) en de activiteiten waarvoor de vergunning is aangevraagd. Deze samenhang ontbreekt ook ten aanzien van het vermoedelijk in strijd handelen met de AWR (kansspelbelasting) en de activiteiten waarvoor de vergunning is aangevraagd. Er bestaat wel een samenhang tussen het vermoedelijk in strijd handelen met de AWR (vennootschapsbelasting) en de vergunningaanvraag. Volgens de Afdeling dient bij de exploitatie van een restaurant immers een betrouwbare administratie te worden gevoerd in verband met de aangifte vennootschapsbelasting. De Afdeling is derhalve van oordeel dat sprake is van een ernstig gevaar van misbruik, zoals bedoeld in de 'a-grond' en de 'b-grond', en dat de vergunning terecht is geweigerd.¹⁰⁹ In een andere uitspraak staat het aanleveren van informatie centraal. De appellante heeft op 14 april 2015 een aanvraag ingediend voor een drank- en horecaverunning. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft op 8 mei 2015 een gesprek plaatsgevonden tussen de appellante en de behandelende ambtenaren. De uitkomst van dit gesprek is dat de appellante nog ontbrekende gegevens dient te overleggen om de vergunningaanvraag in behandeling te kunnen nemen. Met enige vertraging zijn de stukken van de appellante door de burgemeester ontvangen. Een nader gesprek heeft plaatsgevonden op 9 juni 2015. Uit een opgemaakte interne memo blijkt dat de appellante nog ontbrekende stukken uiterlijk op 16 juni 2015 zou moeten overleggen. Een afschrift van deze memo is niet ontvangen door de appellante en er is geen schriftelijke bevestiging van de gemaakte afspraken door de burgemeester verzonden. Op 17 juni 2015 zijn de nadere stukken overgelegd door de appellante. De burgemeester heeft bij besluit van 6 juli 2015 de aanvraag buiten behandeling gesteld, omdat de appellante onvoldoende informatie heeft overgelegd om de aanvraag te

106. Zie de tweede opmerking in de annotatie van B. van der Vorm onder ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:216, AB 2018/130.

107. Zie over deze uitspraak ook B. van der Vorm, 'Jurisprudentiële ontwikkelingen over het samenhangcriterium van de "b-grond" in de Wet Bibob', *TBS&H* 2018, p. 107.

108. Zie de tweede opmerking in de annotatie van Van der Vorm onder ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:215, AB 2018/147.

109. Zie de vierde opmerking in de annotatie van Van der Vorm onder ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:215, AB 2018/147.

kunnen beoordelen.¹¹⁰ Uit de uitspraak blijkt dat de burgemeester niet betwist dat alle door de ‘Regeling aanvraaggegevens en formulieren Drank- en Horecawet 2013’ vereiste gegevens door de appellante zijn overgelegd. De burgemeester heeft echter eveneens om gegevens verzocht met betrekking tot het bedrijfsplan en de financiering van de onderneming. Volgens de burgemeester zijn deze gegevens nodig voor een Bibob-toetsing, die onderdeel is van de aanvraagprocedure voor een drank- en horecaverunning. De Afdeling overweegt dat uit de Regeling aanvraaggegevens en formulieren Drank- en Horecawet 2013 niet kan worden afgeleid dat de burgemeester niet om andere gegevens kan verzoeken dan de gegevens uit de bedoelde regeling. Ook ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat het opvragen van gegevens over de financiële integriteit onredelijk zou zijn.¹¹¹

Tot slot blijkt uit twee recente uitspraken van de Afdeling enerzijds dat, indien het bestuursorgaan van oordeel is dat de intrekingsgrond van de Wet Bibob niet kan worden toegepast, het onder omstandigheden kan terugvallen op andere intrekingsgronden, zoals het bepaalde in artikel 31, eerste lid, DHW.¹¹² Anderzijds blijkt uit een uitspraak dat informatie uit het Bibob-vragenformulier niet valt onder de reikwijdte van artikel 27, eerste lid, aanhef en onder b, DHW.¹¹³

Ten aanzien van de handhaving van de Drank- en Horecawetgeving is het zeker niet altijd noodzakelijk dat de Wet Bibob wordt ingezet. Zo kan worden gewezen op een zaak waar bij besluit van 21 december 2015 de burgemeester heeft besloten tot afwijzing van het verzoek van de SlijtersUnie om handhavend op te treden tegen Vomar vanwege het overtreden van artikel 24 DHW. Tegen dit besluit wordt door de SlijtersUnie beroep ingesteld. De rechtbank verklaart het beroep gegrond. Vomar stelt hoger beroep in tegen deze uitspraak. Vomar exploiteert een supermarkt en slijterij in Amsterdam. Het staat ter discussie of Vomar in strijd met de DHW het slijterijgedeelte van de supermarkt voor het publiek geopend houdt, terwijl daar geen leidinggevende aanwezig is die op de DHW-vergunning staat vermeld en of het college daartegen dan handhavend moet optreden. Volgens de Afdeling heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat ook op het moment dat geen leidinggevende achter de balie aanwezig is, de slijtlokaliteit voor het publiek geopend is en dat door het niet aanwezig zijn van een leidinggevende, artikel 24, eerste lid, DHW is overtreden. Volgens de Afdeling blijkt dat tijdens controles een overtreding van de DHW is geconstateerd, omdat de leidinggevende niet aanwezig was. Het hoger beroep van Vomar is ongegrond.¹¹⁴

110. Zie de tweede opmerking in de annotatie van Van der Vorm onder ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:407, AB 2018/161.

111. Zie de derde opmerking in de annotatie van Van der Vorm onder ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:407, AB 2018/161.

112. ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1839.

113. ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1947.

114. ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1280. Voor een vergelijkbare zaak wordt verwezen naar ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1461. In de laatstgenoemde zaak heeft de rechtbank volgens de Afdeling terecht geoordeeld dat Sligro geen sterke drank aan particulieren ver-

Wet op de kansspelen

In twee belangrijke uitspraken heeft de Afdeling overwogen dat de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit onvoldoende heeft gemotiveerd dat het niet in strijd is met het vereiste van horizontale consistentie dat voor lotto's en goeddoelenloterijen verschillende stelsels gelden. Naar het oordeel van de Afdeling moet de Kansspelautoriteit in een nieuw besluit beter motiveren waarom zij een éénvergunningstelsel hanteert voor lotto's, terwijl zo'n beperking in het aantal vergunningen niet geldt voor goeddoelenloterijen.¹¹⁵

In het verband van de handhaving van de Wet op de kansspelen (Wok) kunnen hoge bestuurlijke boetes worden opgelegd. Gewezen kan worden op een zaak, waarbij de Kansspelautoriteit bij besluit van 11 februari 2014 aan de appellante een bestuurlijke boete heeft opgelegd van € 200.000, omdat zij zonder vergunning online kansspelen heeft aangeboden. Bij besluit van gelijke datum heeft de Kansspelautoriteit besloten tot openbaarmaking van het boetebesluit. Het betoog van de appellante dat de rechtbank ten onrechte is voorbijgegaan aan hetgeen zij in eerste aanleg heeft aangevoerd over de strijdigheid van het kansspelbeleid met artikel 56 VWEU faalt, omdat de appellante niet in de Europese Unie, maar in Antigua en Bermuda is gevestigd. Voorts komt het prioriteringsbeleid van de Kansspelautoriteit de Afdeling niet onredelijk voor. De rechtbank heeft volgens de Afdeling terecht overwogen dat de appellante het bepaalde in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, Wok heeft overtreden. Voorts is de hoogte van de bestuurlijke boete volgens de Afdeling niet onevenredig hoog. Tot slot is de openbaarmaking van het boetebesluit niet onrechtmatig, omdat het belang van de bescherming van de consument onder deze omstandigheden zwaarder weegt dan dat van de appellante bij niet openbaarmaking.¹¹⁶

Opiumwet

Veel bestuursrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de Opiumwet heeft betrekking op de sluitingsbevoegdheid van de burgemeester.¹¹⁷ Het uitgangspunt dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet geen ‘criminal charge’ oplevert, staat nog steeds overeind.¹¹⁸ Los van deze discussie kan worden gewezen op jurisprudentie over het ‘daartoe aanwezig zijn’ van drugs. Er kan in dit verband worden gewezen op de volgende zaak: bij besluit van 17 juni 2016 heeft de burgemeester onder aanzegging van bestuursdwang gelast de woning op het adres te Sprang-Capelle voor de duur van drie maanden te sluiten en afgesloten te houden. In eerste aanleg wijkt

koopt en derhalve niet in hetzelfde marktsegment als de leden van SlijtersUnie werkzaam is en heeft SlijtersUnie terecht niet-ontvankelijk verklaard. Het hoger beroep van de SlijtersUnie is in ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1134, ongegrond verklaard.

115. ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466 en ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1467.

116. ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:155.

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

118. ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1151 en ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:853.

de rechtbank af van vaste rechtspraak en ziet de rechtbank geen grond om bij een hoeveelheid van meer dan 0,5 gram harddrugs zonder meer ervan uit te gaan dat die bestemd zijn voor verkoop, verstrekking of aflevering, behoudens tegenbewijs. De Afdeling gaat niet mee met de rechtbank en ziet geen aanleiding om af te wijken van de bestendige jurisprudentielijn, dat bij de aanwezigheid van een hoeveelheid harddrugs in een pand die groter is dan 0,5 gram in beginsel, dat wil zeggen behoudens tegenbewijs, aannemelijk is dat die drugs zijn bestemd voor verkoop, aflevering of verstrekking.¹¹⁹

In een andere zaak wordt de burgemeester, gebruikmakend van de bevoegdheid van artikel 13b Opiumwet, in eerste aanleg door de rechtbank in het ongelijk gesteld. Volgens de rechtbank heeft de burgemeester niet deugdelijk gemotiveerd dat hij op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet bevoegd was om met betrekking tot de woning een last onder bestuursdwang op te leggen. De Afdeling gaat hierin niet mee. De Afdeling volgt het standpunt van de burgemeester dat het gehele complex als een samenhangend geheel moet worden beschouwd en dat de horecaruimte annex woning daarvan niet los kan worden gezien.¹²⁰ De burgemeester wordt door de Afdeling in het gelijk gesteld.

Soms wordt de burgemeester door de Afdeling in het ongelijk gesteld. De burgemeester van Amsterdam heeft bij besluit van 16 december 2015 de onmiddellijke sluiting voor onbepaalde tijd bevolen van een café in Amsterdam. Volgens appellant heeft de rechtbank niet onderkend dat de burgemeester ten onrechte artikel 5:31, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht aan de sluiting ten grondslag heeft gelegd. Er was naar de mening van de appellant geen spoedeisendheid aanwezig om het café onmiddellijk te sluiten, zodat geen aanleiding bestond om bestuursdwang zonder last toe te passen. De Afdeling gaat mee in dit betoog: de burgemeester heeft, in het licht van het tijdsverloop tussen het incident en de sluiting (vijf weken) zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat in verband met de spoedeisendheid artikel 5:31, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht grondslag bood om bestuursdwang zonder voorafgaande last toe te passen en dat hij mocht afzien van het stellen van een begunstigingstermijn. Het stellen van een nieuwe begunstigingstermijn wordt door de Afdeling echter niet zinvol geacht, zodat de burgemeester geen nieuw besluit op bezwaar hoeft te nemen.¹²¹

Wet wapens en munitie

In de vorige kroniek werd melding gemaakt van het arrest van de Hoge Raad over de zogenoemde ‘creditcardmesjes’.¹²² Volgens de Hoge Raad vallen deze (als gadgets bedoelde voorwerpen) onder categorie I van de Wet wapens en munitie. Opmerkelijk is het vrijsprekend arrest Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2018, ECLI:

NL:GHSHE:2018:1972. Het hof oordeelt dat het enkele feit dat het mesje in opgevouwen toestand ongeveer dezelfde lengte en breedte heeft als een pasje, onvoldoende is om aangemerkt te worden als een blank wapen dat uiterlijk lijkt op een ander voorwerp dan een wapen. Evenmin, zo overweegt het hof, is daarvoor voldoende dat het lemmet ‘geheel binnen de afmetingen van de behuizing valt’. Het praktische karakter van een dergelijk mesje is nu juist dat het snijvlak niet continu aanraakbaar is, net zoals bijvoorbeeld een zakmes of een stanleymes.

In een andere wapenwetzaak ging het om een minirevolver *Xythos* dat als sierhanger aan de zonneklep van een auto was aangetroffen. Hof Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:613, sprak de verdachte vrij omdat het ging om een zeer klein formaat, het revolvertje voor iedereen zichtbaar was en niet was geladen, zodat niet kon worden gezegd dat de verdachte zich min of meer bewust is geweest van de aard en de eigenschappen van het voorwerp. Ook dit arrest lijkt niet in te passen in de lijn die de Hoge Raad voorstaat (HR 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:827, inzake het minipistooltje Berloque).

Het belangrijkste wapenwetarrest is HR 6 februari 2018 waarin de Hoge Raad zich uitlaat over wat moet worden verstaan onder de ‘sprekende gelijkenis’ bij luchtdrukwapens.¹²³ In r.o. 3.4.3. zegt hij wat daaronder moet worden verstaan, namelijk wanneer een (luchtdruk)wapen wat betreft vorm en afmetingen niet of nauwelijks van een echt vuurwapen is te onderscheiden. De Hoge Raad laat het aan de feitenrechter over om vast te stellen of het luchtdrukwapen min of meer een exacte kopie is van een vuurwapen. Daarbij lijken de in eerdere rechtspraak benadrukte zogenoemde niet-functionele onderdelen op het luchtdrukwapen niet (langer) meer dominant. De Hoge Raad kiest niet voor de door het OM voorgestane abstracte benadering. Bij die benadering wordt gezien of het voorwerp een sprekende gelijkenis vertoont met een vuurwapen in het algemeen. In deze benadering kijkt men niet naar een (letterlijke) sprekende gelijkenis met een bepaald vuurwapen, maar bijvoorbeeld hoe een slachtoffer bij een bedreiging op het voorwerp heeft gereageerd of zou kunnen reageren. Op grond van de wetgeschiedenis zou de keuze voor de abstracte toetsing volgens de Hoge Raad tot een te vergaande juridisering leiden. Dat heeft de wetgever niet gewild en daarom ligt volgens de Hoge Raad een ruime uitleg van de sprekende gelijkenis niet voor de hand. Die ‘... zou immers ertoe kunnen leiden dat met het oog op de beoefening van de schietsport met luchtdrukwapens alsnog een door de wetgever niet gewild stelsel van speciale ontheffingsgronden in het leven moet worden geroepen.’

Voor wat betreft het legale wapenbezit wordt het in juni 2018 ingediende wetsvoorstel 34 984 gesignaleerd, strekkende tot wijziging van de Wet wapens en munitie in verband met de Richtlijn (EU) 2017/853 van het

119. ABRvS 11 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:835. Zie ook 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:738, AB 2018/213, m.nt. J.G. Brouwer & L.M. Bruijn. Zie ook Hartmann & Sackers 2018, p. 312 e.v.

120. ABRvS 11 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1193.

121. ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1131.

122. HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2641, NJ 2017/417.

123. HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:153, NJ 2018/218, m.nt. Sackers.

Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 91/477/EEG van de Raad inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens (PbEU 2017, L 137/22).

Varia

Verzorgd door mr. dr. J.S. Nan

Opzet in het bijzonder strafrecht; niet bijzonder?

De regel in het bijzondere strafrecht is dat het opzet van de verdachte wel moet zijn gericht op de gedragingen die hem worden verweten, maar niet (ook) op het strafbare van zijn gedrag. Opzet is nog altijd ‘kleurloos’ en hoeft in beginsel niet ‘boos’ te zijn. Wie opzettelijk de verboden gedraging verricht, pleegt dus een economisch misdrijf. Daarmee is het verschil tussen de economische overtredingsvariant en de misdrijfvariant veelal flinterdun. Men handelt in het maatschappelijk c.q. economisch verkeer al snel opzettelijk (of men laat opzettelijk na), zonder dat men zich ervan bewust is dat daarmee de wet wordt overtreden. Nu het opzet niet gericht hoeft te zijn op het overtreden van het geldende voorschrift, is al snel sprake van een misdrijf omdat men wel opzettelijk de gedraging zal hebben verricht. Het is uiteindelijk de redactie van de delictsomschrijving (en van de tenlastelgging) die bepaalt waarop het opzet moet zien.

Flora- en faunawet

In HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:782 ging het om overtreding van artikel 13 lid 1 Flora- en faunawet (zie thans de Wet natuurbescherming). Dat was een economisch delict via artikel 1a sub 1 WED. Deze inmiddels vervallen bepaling luidde: ‘Het is verboden: a. (...) dieren (...) behorende tot een beschermde inheemse of beschermde uitheemse diersoort (...) onder zich te hebben.’ Via artikel 2 WED was dat een misdrijf als dat delict opzettelijk werd begaan. Het verbod gold op grond van artikel 5 Besluit vrijstelling beschermde dieren plantensoorten onder meer niet voor gefokte vogels behorende tot een beschermde inheemse diersoort, als aan een aantal voorwaarden was voldaan (waaronder het voorzien zijn van een pootring en registratie).

Aangaande deze strafbaarstelling was sprake van een misdrijf als de verdachte *opzettelijk* dieren behorende tot een beschermde inheemse of beschermde uitheemse diersoort onder zich heeft. Zo was dat ook ten laste van de verdachte bewezenverklaard: hij heeft opzettelijk vogels behorende tot een beschermde inheemse diersoort onder zich gehad. Zijn verweer was – kort gezegd – dat hij er bij de koop van het gevogelte op mocht vertrouwen dat deze op de juiste wijze waren geringd. In cassatie werd tevergeefs kennelijk betoogd dat voor de misdrijfvariant ‘niet alleen is vereist dat de verdachte opzettelijk dieren behorende tot een beschermde diersoort als in die bepaling bedoeld onder zich had, maar ook dat zijn opzet erop was gericht dat hij (aldus) in strijd met die bepaling handelde en dat de

in artikel 5 van voornoemd Besluit opgenomen uitzondering op het verbod van artikel 13 Flora- en Faunawet (oud) niet van toepassing was.’ Die opvatting is volgens de Hoge Raad onjuist. Hij houdt dus vast aan zijn vaste jurisprudentie. De onrechtmatigheid van het handelen wordt niet bestreken door de opzeteis. Het niet-opgaan van een uitzondering/vrijstelling evenmin.

Niet voldoen aan een vordering

In artikel 26 WED is strafbaar gesteld het opzettelijk niet voldoen aan een vordering, krachtens enig voorschrift van die wet gedaan door een opsporingsambtenaar. In HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:901 en 902 stonden de rechtspersoon als eigenaar van een vaartuig en de schipper terecht omdat zij opzettelijk niet zouden hebben voldaan aan de vordering om de visnetten te dreggen. Met het oog op een naderende controle waren de netten bewust gevierd. Toen de vordering kwam, bleek dat het schip geen lijnen meer had om de netten te dreggen. De controlerende opsporingsambtenaren hadden het nakijken. Volgens het hof hadden de verdachten zich echter zelf in de positie gebracht dat aan de vordering geen gehoor kon worden gegeven, zodat van het opzettelijk daaraan niet voldoen sprake was. Deze *dolus in causa-redenering* was de Hoge Raad te kort door de bocht. Dat de verdachten de lijnen bewust hadden gevierd om een controle te vermijden, is niet afdoende om aan te kunnen nemen dat zij opzet hadden op het niet-voldoen aan de daarna pas gegeven vordering tot het opdreggen van de visnetten.

Ne bis in idem

In de voormelde zaak tegen de rechtspersoon (2018:901), oordeelde de Hoge Raad voorts, anders dan het hof, dat het bestuursrechtelijk schorsen van de visvergunning voor de duur van vier weken als gevolg van het gebeuren en de daaruit volgende schade van € 88.275, nog niet maakten dat haar een beroep op artikel 50 Handvest EU toekwam. Het daarin neergelegde *ne bis in idem*-beginsel houdt in dat niemand opnieuw wordt berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet. Die bepaling was van toepassing omdat het recht van de Unie ten uitvoer werd gebracht (artikel 51 Handvest EU). Het hof meende dat hierdoor het OM geen recht tot strafvervolgning meer had. Maar van een dubbele bestraffing was volgens de Hoge Raad geen sprake omdat de schorsing van de vergunning niet repressief van aard was en de geleden schade dat niet anders maakte. Zie over dit onderwerp ook J. Crijns & M. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht’, *NJB* 2018/749.