

Jurisprudentie

Kroniek Ondernemingsstrafrecht

Eerste helft 2019

Prof. mr. H.J.B. Sackers (red.), mr. A.A. Feenstra, mr. A.C.M. Klaasse, prof. mr. M. Nelemans, mr. K.M.T. Helwegen, mr. dr. E. Sikkema, mr. dr. drs. B. van der Vorm en mr. dr. J.S. Nan

Inleiding

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

Het eerste half jaar van 2019 kenmerkt zich op het gebied van het ondernemingsstrafrecht door een betrekkelijke rust. Natuurlijk blijft het Brexit-dossier een schaduw vooruitwerpen en is ook de strijd tegen de ondermijning bepaald niet geluwd. Op dat laatste onderwerp is inmiddels een conceptwetsvoorstel in consultatie gegaan waarin wijzigingen worden voorgesteld in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering, de Opiumwet, de Wet wapens en munitie, de Wet op de economische delicten en de Wet misbruik chemicaliën, ‘in verband met versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit’. In het oog springt de introductie van een nieuwe strafrechtelijke maatregel, namelijk een veroordeling in de kosten van het door de overheid vernietigen van aan het verkeer onttrokken goederen. Verder maakt het conceptwetsvoorstel een wat magere indruk, wellicht als gevolg van het recente advies van de Raad van State waarin weinig enthousiasme doorklonk over de eerdere inzake de strijd tegen de ondermijning uitgebrachte ‘Proeve van wetgeving’.¹ In die strijd is ook de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Bibob) geworpen. Aanhangig is een wijziging waarmee het versterken van de toepassingsmogelijkheden van deze wet is beoogd, evenals een uitbreiding van de eigen onderzoeksmogelijkheden van de bestuursorganen.² Ondertussen verloopt de behandeling van het

wetsvoorstel bestuurlijk verbod ondermijnende organisaties volgens plan.³

In het voorjaar bereikte ook een (ander) wetsvoorstel de Tweede Kamer, namelijk de Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn de Tweede Kamer.⁴ In april 2019 was dit voorstel voorafgegaan door de met die anti-witwasrichtlijn samenhangende Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten.⁵ Beide voorstellen worden hierna besproken in de paragraaf ‘financieel strafrecht’.

Ook een ander terrein vraagt aandacht. Langzaam maar zeker komt de omvangrijke stelselwijziging in het omgevingsrecht naderbij. In de zomer van 2019 werd een wetsvoorstel ingediend met daarin een grootschalige wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Omgevingswet en een aantal andere wetten in verband met die stelselwijziging, die strekt tot de bundeling en uniformering van het omgevingsrecht door middel van de nieuwe Omgevingswet en de codificatie en harmonisatie van het nadeelcompensatierecht via de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.⁶ Misschien is het geen toeval dat juist het omgevingsrecht verantwoordelijk is voor de meest ingrijpende uitspraak in het afgelopen half jaar: de zogenoemde PAS-uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-

1. Afdeling Advisering van de Raad van State, De rol van de gemeente in de bestuurlijke en integrale aanpak van ondermijning, Den Haag 2019.
2. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 152, nrs. 1-3.

3. *Kamerstukken I 2018/19*, 35 079, nr. 8 (Verslag).

4. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 245, nrs. 1-3.

5. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 179, nrs. 1-3.

6. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 256, nrs. 1-3 (Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht). Het gaat om enkele wetten die ook al gewijzigd worden met het wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet (*Kamerstukken 34 986*).

spraak van 29 mei 2019.⁷ Het Programma Aanpak Stikstof (PAS) mag van de Afdeling niet (langer) als basis voor toestemming voor activiteiten worden gebruikt. In 2017 stelde de Afdeling vragen aan het Europese Hof van Justitie over het PAS, omdat zij twijfelde of het programma voldeed aan de voorwaarden van de Europese Habitatrichtlijn. Het Hof oordeelde in november 2018 dat ook bij het PAS de positieve gevolgen van de maatregelen die in dat programma zijn opgenomen, vooraf vast moeten staan. Eerst dan mag de overheid een nieuwe activiteit toestaan. Omdat het PAS niet aan die voorwaarde bleek te voldoen, mag het niet als toestemmingsbasis voor nieuwe activiteiten worden gebruikt. Bovendien wordt in het PAS ook toestemming voor activiteiten gegeven op basis van maatregelen in natuurgebieden die nodig zijn voor het voorkomen van achteruitgang van die gebieden. Ook dat mag niet. De conclusie van de Afdeling is, kort en bondig samengevat, dat de onderbouwing van het PAS niet deugt.

Van andere aard is het initiatiefwetsvoorstel dat gelijke beloning voor vrouwen en mannen wil afdwingen.⁸ De initiatiefnemers stellen de invoering van een certificeringssysteem voor als bewijs dat vrouwen en mannen in een onderneming met meer dan vijftig werknemers gelijk loon ontvangen voor arbeid van gelijke waarde. Als sprake is van ongelijke beloning, dan krijgt de werkgever de kans de situatie te verbeteren. Indien daaraan geen gevolg wordt gegeven volgen bestuurlijke boetes. De Inspectie SZW wordt de toezichthoudende instantie.

Tot slot nog even iets over de Drank- en Horecawet. Over deze wet is in het voorjaar van 2019 een conceptwetsvoorstel in consultatie geweest dat uitvoering wil geven aan het Nationaal Preventie Akkoord ('Naar een Gezonder Nederland'). Met dit conceptwetsvoorstel worden de volgende wijzigingen voorgesteld. Prijsacties met meer dan 25% korting zullen niet langer meer zijn toegestaan. Er komen regels voor de verkoop van alcohol op afstand. Volwassenen die alcohol doorgeven aan minderjarigen worden zelfstandig strafbaar. Om de wet (beter) te handhaven mogen testkopers worden ingezet (dus een uitzondering van de strafbaarstelling voor 16- en 17-jarige testkopers in het kader van toezicht). Een uitzondering van andere aard betreft 14- en 15-jarige VMBO leerlingen in het kader van horecastage. En, dan de meest opmerkelijke wijziging: de naam van de wet wordt veranderd in Alcoholwet.

De veelzijdigheid aan strafrechtsgebieden die het ondernemingsstrafrecht kleurt, dwingt bij het aanbieden van de kroniek over de eerste helft van 2019 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 bewust ervan 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 zou misstaan, doch in de beperking van de omvang van de kroniek niet aan bod kunnen komen.⁹

Fiscaal strafrecht

Verzorgd door mr. A.A. Feenstra en mr. A.C.M. Klaasse

Wetsvoorstel implementatie Mandatory Disclosure Richtlijn ingediend bij Tweede Kamer

In de vorige twee kronieken kwam reeds de Mandatory Disclosure Richtlijn van 25 mei 2018 en het consultatiewetsvoorstel aan de orde. Op 12 juli 2019 is het wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁰ Naar aanleiding van de elf reacties op het voorontwerp heeft Staatssecretaris Menno Snel nader overleg gevoerd met de verschillende belangenorganisaties.¹¹ Dit heeft geleid tot een nadere toelichting van de gehanteerde begrippen uit de Richtlijn. Tevens wordt aangekondigd dat er een leidraad zal worden opgesteld door een zogenoemd MDR-team (een landelijk coördinatieteam), waarin de verschillende verplichtingen worden verduidelijkt, zowel voor de intermediairs als de belastingplichtigen. Goed om te lezen is dat in de memorie van toelichting, in tegenstelling tot de concept toelichting, nader wordt ingegaan op de strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹² Strafrechtelijke vervolging wordt nodig geacht voor 'ernstige gevallen'. Een overtreding van één van de verplichtingen kan worden bestraft met een geldboete van de derde categorie of met hechtenis van ten hoogste zes maanden. Het opzettelijk niet-nakomen van een verplichting kan worden bestraft met een geldboete van de vierde categorie of een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren. Hiermee is het strafrechtelijke boetemaximum beduidend lager dan het maximum van de bestuurlijke boete voor grofschuldig of opzettelijk over-

9. Dit neemt niet weg dat hier kan worden gewezen op HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, een overzichtsarrest inzake de vorderingen van benadeelde partijen. De Hoge Raad bespreekt aan de hand van zijn eerdere jurisprudentie ten behoeve van de rechtspraak enige aandachtspunten die bij beoordeling van een vordering van een benadeelde partij een rol kunnen spelen. Daarbij wordt onder meer ingegaan op het begrip 'rechtstreekse schade', de schade die voor vergoeding in aanmerking komt (waaronder vermogensschade, immateriële schade, affectieschade en verplaatste schade), de wettelijke rente, de hoofdelijke aansprakelijkheid, de proceskosten, en ten slotte de beoordeling en beslissing van de rechter en schadevergoedingsmaatregel.

10. Wijziging van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de implementatie van 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, L 139) (Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies), *Kamerstukken II* 2018/19, 35 255, nrs. 1-3.

11. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 255, nr. 3, p. 18.

12. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 255, nr. 3, p. 47.

7. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019/309 m.nt. Backes.

8. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 157, nrs. 1-3 (Wet gelijke beloning van vrouwen en mannen).

treden van de verplichtingen (een boete van de zesde categorie, oftewel € 830.000).

In een noot onder de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat degene die de belastingaangifte verzorgt, niet automatisch als een (hulp)intermediair kwalificeert. Met andere woorden, het doen van een belastingaangifte voor een ander betekent niet het (behulpzaam zijn bij) het bedenken, aanbieden, opzetten, beschikbaar maken of beheren van een grensoverschrijdende constructie. Tot slot wordt ook duidelijk gemaakt dat enkel de beroepsbeoefenaren zoals vermeld in artikel 53a van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen zich op hun verschoningsrecht kunnen beroepen.¹³ Het informele verschoningsrecht, zoals erkend door de Hoge Raad, wordt niet gehonoreerd en staat daarmee niet aan de meldingsplicht van belastingadviseurs en accountants in de weg.

Niet-ontvankelijkheid OM

Twee vermeldingswaardige uitspraken waarin het openbaar ministerie – overigens om uiteenlopende redenen – niet-ontvankelijk werd verklaard, betreft het vonnis van Rechtbank Overijssel van 4 maart 2019 en het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 4 juni 2019.¹⁴ In navolging van het eerder in deze kronieken besproken arrest van het Bossche hof van 12 juni 2018 verklaarde de Rechtbank Overijssel het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging van het opzettelijk niet, onjuist of onvolledig verstrekken van gegevens of inlichtingen. Het feitencomplex was vergelijkbaar met de Bossche zaak. Het verdachte bedrijf had nagelaten de verzochte klantdossiers aan de fiscus te verstrekken. In de fiscale procedure waren informatiebeschikkingen uitgevaardigd, waartegen bezwaar en vervolgens beroep was ingesteld. De beroepsprocedure was nog niet afgerond, zodat de informatiebeschikkingen nog niet onherroepelijk vaststonden. Hangende de beroepsprocedure ging de FIOD wel over tot doorzoeking ter inbeslagname van de desbetreffende klantdossiers. De rechtbank overwoog, onder verwijzing naar het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, dat er in beginsel geen verplichting bestaat om de informatie alsnog te verstrekking zolang de informatiebeschikkingen niet onherroepelijk zijn. In dat licht had het openbaar ministerie geen opsporingsbevoegdheden mogen aanwenden met het enkele doel de klantdossiers alsnog te verkrijgen. De rechtbank licht toe dat onder bepaalde omstandigheden een uitzondering op dit uitgangspunt kan worden gemaakt. Als voorbeeld noemt de rechtbank een verdenking van een strafbaar feit anders dan het niet verstrekken van gegevens, misbruik van procesrecht of gevaar dat de opgevraagde informatie weg wordt gemaakt. Bij haar oordeel woog de rechtbank mee dat niet duidelijk was waarom de klantdossiers van belang zijn voor de belastingheffing van het verdachte bedrijf. Tevens merkte de rechtbank op dat het verdachte bedrijf heeft meegewerkt aan het boekenonderzoek en de verzochte informatie heeft verstrekt, met gemotiveerde uitzondering van de klantdos-

siers. Met het vonnis van de Rechtbank Overijssel wordt bevestigd dat opsporingsbevoegdheden niet voor een ander doel mogen worden gebruikt. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid worden de concrete omstandigheden van het geval betrokken die ook kunnen nopen tot een uitzondering op het uitgangspunt.

Het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 4 juni van dit jaar concludeerde eveneens tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, maar dan vanwege het una via-beginsel. In deze zaak had de B.V. van de verdachte ten onrechte geen aangiften omzetbelasting gedaan. De Belastingdienst had naheffingsaanslagen opgelegd, samen met verzuimboetes (van € 50 respectievelijk € 65) wegens het niet betalen en het niet (tijdig) indienen van de aangifte omzetbelasting van het eerste kwartaal van 2015. De strafrechtelijke vervolging zag op het feitelijk leidinggeven aan het opzettelijk niet (tijdig) indienen van diezelfde omzetbelastingaangifte. Tevens was tenlastegelegd het opzettelijk onjuist dan wel onvolledig doen van aangiften omzetbelasting van andere jaren en kwartalen. De vraag of sprake is van dezelfde feiten beantwoordde het hof bevestigend. Het hof verwees zowel naar het standaardarrest van de Hoge Raad uit 2011 als naar jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en concludeert dat het feitsbegrip ruim moet worden geïnterpreteerd. Ten aanzien van de boete wegens het niet (tijdig) doen van aangifte, overwoog het hof dat deze verzuimboete “zonder enige twijfel” hetzelfde feit betreft als het onder één tenlastegelegde. In onze optiek oordeelt het hof terecht dat sprake is van dezelfde feiten, ondanks dat de vervolging ziet op het opzettelijk niet (tijdig) doen van een aangifte en opzet voor de verzuimboete niet is vereist.¹⁵ Ook de verzuimboete vanwege het niet (tijdig) betalen van de btw staat aan strafvervolging in de weg, aldus het hof. De heffing van de omzetbelasting is namelijk zodanig ingericht dat het doen van aangifte in rechtstreeks verband staat tot de betalingsverplichting. Aangifte en betaling vinden in de regel tegelijkertijd plaats, omdat alleen het aangegeven bedrag moet worden betaald. Het hof concludeerde dat de strekking van beide feiten niet wezenlijk verschilt en dat aan de feiten dezelfde gedraging ten grondslag ligt.

Een beroep op artikel 255 Sv kan de advocaat-generaal niet baten. Artikel 255 Sv bepaalt dat een verdachte vanwege hetzelfde feit opnieuw in rechte kan worden betrokken als sprake is van nieuwe bezwaren. De vereiste machtiging van de rechter-commissaris, op grond waarvan de nieuwe bezwaren kunnen worden onderzocht, ontbrak echter.

Opvallend is dat het hof niet expliciet aandacht besteedt aan het feit dat de verzuimboetes waren opgelegd aan de B.V. en de vervolging ziet op de natuurlijke persoon, als feitelijk leidinggever aan de strafbare gedragingen van de B.V. Door het feitencomplex van het doen van aangifte en het betalen van de btw als één geheel te beschouwen, vormt dit geen obstakel voor de toepassing van het una via-beginsel. Op deze wijze wordt in onze

13. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 255, nr. 3, p. 42.

14. Rb. Overijssel 4 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1013; Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2120.

15. Vergelijk HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5699, NJ 2008/357.

optiek recht gedaan aan de ratio van het una via-beginsel.

Opvragen gegevens bij belastingdienst

In HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:856, had de politie naar aanleiding van onder meer informatie van de Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE) inkomensgegevens bij de Belastingdienst opgevraagd. Op grond van deze inkomensgegevens is de verdenking van witwassen ontstaan. De verdachte is vervolgens vervolgd en veroordeeld voor het medeplegen van gewoontewitwassen, waarbij de inkomensgegevens als bewijs zijn gebruikt.

De inkomensgegevens waren opgevraagd op grond van het 'Handhavingsconvenant regio IJsselland', een convenant gesloten tussen de politie, het parket Zwolle-Lelystad, gemeenten en de Belastingdienst. In cassatie wordt aangevoerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de inkomensgegevens konden worden opgevraagd op grond van het convenant in plaats van artikel 126nd Sv. De Hoge Raad oordeelt dat het opvragen van inkomensgegevens bij de Belastingdienst niet uitsluitend hoeft te geschieden op grond van artikel 126nd Sv. Immers, de Belastingdienst is bevoegd de gegevens te verstrekken op grond van de AWR en de Uitvoeringsregeling AWR. Het bestaan van een verdenking staat niet in de weg aan deze bevoegdheid.

Dat politie en justitie ruime mogelijkheden hebben om informatie uit te wisselen met de Belastingdienst, wordt met dit arrest bevestigd. Het blijft onverminderd belangrijk om ervoor te waken dat de rechten van de verdachte blijven gewaarborgd.

Vrijspraak in hoger beroep georganiseerde belastingfraude: Niet alles wat ethisch verwerpelijk is, is strafbaar

In tijden dat belastingontwijking en belastingontduiking steeds vaker op één hoop worden gegooid, is het toe te juichen dat het onderscheid tussen deze twee begrippen duidelijk wordt gemarkeerd. Dat wordt gedaan door het Hof Den Haag in een arrest van 28 juni 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:1772). In die zaak was aan de verdachte tenlastegelegd dat hij had deelgenomen aan een criminele organisatie met het oogmerk op onder meer het opzettelijk doen van onjuiste belastingaangiften. De verdachte is fiscalist, met ruime ervaring bij verschillende advies- en advocatenkantoren. Hij adviseert zijn klanten hoe zij hun belastingdruk kunnen verminderen, niet zelden met behulp van complexe, internationale structuren. De verdenking ziet op een samenwerkingsverband dat de fiscalist is aangegaan met twee anderen, met als expliciet doel belastingverrijdeling van in totaal ruim acht miljoen euro. De verdachte heeft verklaard dat hij weliswaar doelbewust scherp aan de wind gezeild heeft, maar zeker geen opzet had op onjuiste belastingaangiften. Het hof leidt uit de feiten af dat de activiteiten van het samenwerkingsverband uitsluitend door fiscale motieven waren ingegeven. Tevens concludeert het hof dat een deel van de ingediende aangiften onjuist zijn. Het hof oordeelt echter ook dat geen sprake is van oogmerk op deze onjuistheid. Daartoe acht

het hof de verklaring van de verdachte relevant, maar ook het feit dat de boekhouding van de verdachte volledig en uitgebreid was en dat hij meerdere deskundigen heeft geraadpleegd.

Het oordeel van het hof is strafrechtelijk zeer zuiver. Hoewel het handelen van de verdachte, en het samenwerkingsverband, moreel en ethisch laakbaar was, leidt dit niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid omdat het oogmerk ontbreekt.

Straftoemeting en het BBBB

Straftoemeting is bij uitstek voorbehouden aan feitenrechtters. Slechts wanneer het oordeel in onbegrijpelijk is gemotiveerd of in strijd is met de wet kan worden gecasseerd. In HR 26 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:435, werd de motivering van het hof aan de kaak gesteld. De verdachte was veroordeeld vanwege het opzettelijk doen van onjuiste aangifte inkomstenbelasting. Het hof had een geldboete van € 100.000 opgelegd. Bij het opleggen van deze geldboete had het hof uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij het boetebeleid van de fiscus, zoals volgt uit het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB). Het hof overwoog dat sprake was van een belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang van € 400.000, waarover geen belasting was betaald. Het hof neemt het bedrag aan € 400.000 als uitgangspunt en komt uit op een geldboete van € 100.000, zijnde 25% van dit bedrag. De Hoge Raad stelt vast dat fiscale vergrijpboetes worden berekend als percentage van het bedrag aan ten onrechte niet betaalde belasting. Indien sprake is van opzet wordt in beginsel een vergrijpboete van 50% opgelegd. Bij strafverzwarende omstandigheden kan de vergrijpboete worden verhoogd tot 100%. De Hoge Raad gaat in op twee mogelijke redeneringen van het hof. De Hoge Raad acht het oordeel van het hof in beide gevallen onbegrijpelijk. Als het hof heeft bedoeld dat een boete moet worden opgelegd van 25% van het verzwegen inkomen, dan heeft het hof miskend dat fiscale vergrijpboeten worden berekend over het bedrag aan ten onrechte niet betaalde belasting. In het geval het hof uit is gegaan van het bedrag aan ten onrechte niet betaalde belasting, is een boete van € 100.000 niet zonder meer begrijpelijk. Immers, de niet betaalde belasting bedraagt € 100.000, zodat een vergrijpboete van € 100.000 neerkomt op een boete van 100%. Een fiscale vergrijpboete van 100% wordt slechts opgelegd in het geval strafverzwarende omstandigheden aan de orde zijn.

In deze zaak wordt voor de straftoemeting expliciet aansluiting gezocht bij de hoogte van fiscale vergrijpboetes. Op deze wijze fungeert het BBBB als aanvulling op de LOVS richtlijnen. Hoewel uniformiteit tussen het fiscale strafrecht en fiscale boeterecht in beginsel valt toe te juichen, moet ervoor worden gewaakt dat de boete automatisch op een bepaald percentage van de niet betaalde belasting wordt gesteld. Straftoemeting is en blijft maatwerk.

Artikel 69a AWR

Met het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 februari 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:1244) is het eerste arrest gewezen ten aanzien van het op 1 januari 2014 in werking getreden artikel 69a AWR. Artikel 69a AWR stelt het opzettelijk niet betalen van verschuldigde belasting strafbaar. Voor de inwerkingtreding van artikel 69a AWR kon een dergelijk nalaten slechts bestuurlijk worden beboet. Omdat de wetgever het als een leemte ervoer dat het niet betalen enkel op grond van bijvoorbeeld valsheid in geschrifte kon worden vervolgd, is met artikel 69a AWR de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging geïntroduceerd. Aan de verdachte was tenlastegelegd dat hij als feitelijk leidinggever van dan wel als medepleger met een B.V. in de periode van 1 januari 2014 tot en met 18 mei 2016 de verschuldigde loonbelasting en omzetbelasting niet had afgedragen. In de tenlastegelegde periode had de verdachte wel zijn werknemers en accountants betaald. Tevens had de verdachte een oude belastingschuld voldaan en een bedrag van € 100.000 geïnvesteerd in een ander bedrijf. De verdediging betoogde dat de verdachte niet opzettelijk had gehandeld, omdat de verdachte in een zodanige benarde financiële situatie verkeerde dat er simpelweg geen middelen waren om de aanslagen te voldoen. Hoewel het hof opzet weldegelijk bewezen acht, slaat het hof acht op de bedoeling van de wetgever van artikel 69a AWR. Het hof overweegt onder meer:

‘De wetgever heeft bij de invoering van artikel 69a AWR het oog gehad op kwaadwillende belasting-schuldigen die opzettelijk hun activa uit het zicht van de Belastingdienst brengen om belastingbetaling te vermijden en zich ten koste van de gemeenschap te verrijken.

Het hof ziet in het geval van verdachte geen aanwijzingen dat er sprake is van kwaadwillendheid noch dat hij zichzelf heeft verrijkt.’

Bovendien overweegt het hof dat de Belastingdienst voldoende is geëquipeerd om belastingschuldigen aan te pakken, waarbij een voortvarend en adequaat optreden mag worden verwacht. Het hof wijst daarbij op het ultimatum remedium karakter van het strafrecht. Al bij al komt het hof tot een schuldigverklaring zonder strafoplegging.

Vrijspraken in fiscale strafzaken in de media

Op 4 en 5 april heeft de Rechtbank Amsterdam vonnis gewezen in twee opvallende strafzaken (Rb. Amsterdam 4 april 2019 ECLI:NL:RBAMS:2019:2459 en Rb. Amsterdam 5 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2494). Het vonnis van 4 april betreft een bekende vastgoedhandelaar die een uitgaanscomplex in Enschede had aangekocht voor ruim € 2.300.000. De aankoop ging vooraf door twee taxatierapporten. Het openbaar ministerie stelde dat deze taxatierapporten valselijk waren opgemaakt en slechts schijn waren, zodat het uitgaanscomplex voor een te lage prijs was aangekocht. Aan de vastgoedhandelaar was tenlastegelegd het feitelijk lei-

dinggeven aan het doen van een onjuiste aangifte overdrachtsbelasting en witwassen van aandelen. De rechtbank sprak de vastgoedhandelaar integraal vrij. Wat betreft het fiscale feit merkte de rechtbank op dat het enkele feit dat andere waardes mogelijk zijn en zijn vastgesteld, niet de conclusie rechtvaardigt dat de rapporten vals zijn. Omdat het getaxeerde bedrag niet substantieel afwijkt van het bedrag in de aangifte, is ook niet bewezen dat de aangifte onjuist is. Het verwijt van witwassen betreft de aankoop van aandelen met een geldbedrag dat afkomstig was uit de verkoop van het uitgaanscomplex. De rechtbank herhaalde dat de onzakelijkheid van de koopovereenkomst niet kan worden vastgesteld, zodat het aankoopbedrag niet uit misdrijf afkomstig is.

Het vonnis van 5 april ziet op de bouw van het KPMG-kantoor in Amstelveen. Hoewel de tenlastelegging uitsluitend was toegespitst op witwassen, betrof het in de kern een fiscale kwestie. De bedragen die waren genoemd met een inbouw pakket en een realisatievergoeding waren als kosten opgenomen in de aangiften vennootschapsbelasting. Het openbaar ministerie was de mening toegedaan dat deze bedragen verkapte winstuitdelingen betroffen. Om die reden was de overeenkomst die ten grondslag lag aan de realisatievergoeding vals, aldus het openbaar ministerie, zodat het geldbedrag afkomstig zou zijn uit valsheid in geschrift. De rechtbank ziet zich voor de vraag gesteld of de realisatievergoeding een zakelijke vergoeding was. De rechtbank kwam tot de conclusie dat het dossier hiervoor te weinig aanknopingspunten bood.

Deze twee zaken doen denken aan de strafzaken tegen de oud-bestuurder van Achmea en NS (Rb. Midden-Nederland 5 juli 2017, ECLI:NL:2017:3333 en Rb. Oost-Brabant 21 december 2017, ECLI:NL:2017:6647). Ook in die zaken trok het openbaar ministerie civiele overeenkomsten in twijfel door te stellen dat deze valselijk waren opgemaakt. De twee zaken uit april van dit jaar bevestigen dat onethische fiscale motieven nog niet maken dat er sprake is van een schijnhandeling dan wel valsheid in geschrift.

Wij volstaan ten slotte met de vermelding dat nog een aantal andere uitspraken die de aandacht trekken, die echter omwille van de omvang van deze rubriek niet verder uitgewerkt kunnen worden. Dit betreft Hof ‘s-Hertogenbosch 4 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2102, over een onjuiste suppletie die niet als een belastingaangifte in de zin van artikel 69 AWR kan worden aangemerkt; Rb. Rotterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5997, over una via en verzuimboetes; een artikel 81 RO-uitspraak van HR 21 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:775, over witwassen en het bevorderen de inkeer van een ander; Rb. Amsterdam 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9893, gepubliceerd in februari 2019 met een geslaagd beroep op het strekkingsvereiste, en Rb. Amsterdam 4 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3997, met een vrijspraak voor het indienen onjuiste aangiften omzetbelasting, valsheid in geschrifte en het niet melden van ongebruikelijk transacties.

Financieel strafrecht

Verzorgd door prof. mr. M. Nelemans

Inleiding

Het financieel strafrecht vormt een eclectisch geheel. Niettemin is geprobeerd een zekere lijn aan te brengen bij de beschrijving van een aantal ontwikkelingen in de eerste helft van 2019. De te bespreken onderwerpen zijn recente ontwikkelingen (achtereenvolgens) op het gebied van: de bestrijding van witwassen, informatie-uitwisseling bij de aanpak van btw-fraude, het nemo tenetur-beginsel in het financieel strafrecht, hoge en bijzondere transacties, en het Europees openbaar ministerie.¹⁶

De bestrijding van witwassen

Het eerste onderwerp is het bestrijden van witwassen. Op 25 juli 2018 traden de Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn, het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en de Implementatieregeling vierde anti-witwasrichtlijn in werking.¹⁷ Dit was ter implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn van 20 mei 2015.¹⁸ Daarmee werden de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft¹⁹) en enkele andere wetten aangepast. Kort daarvoor werd de vijfde anti-witwasrichtlijn uitgevaardigd, namelijk op 30 mei 2018. Lidstaten dienen deze richtlijn uiterlijk 10 januari 2020 te hebben geïmplementeerd.¹⁹ Sindsdien zijn er verschillende nieuwe ontwikkelingen geweest. Het navolgende is hoofdzakelijk beperkt tot ontwikkelingen in de eerste helft van 2019, en daar waar dit nuttig is zijn deze ontwikkelingen ingebed in de ruimere ontwikkelingen vanaf 2018.

De eerste ontwikkelingen zijn van nationale aard en betreffen de voorbereidingen voor de implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn. Op 11 december 2018 werd een conceptwetsvoorstel ter consultatie voorgelegd. Op 3 juni 2019 volgde het advies van de Raad van State die commentaar had op de voorgestelde vergunningplicht voor aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees. Op 2 juli 2019 heeft de Minister van Financiën een voorstel voor een Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn (Implementatie vijfde anti-witwasrichtlijn) aangeboden aan de Tweede Kamer. Op advies van de Raad van State is de voorgestelde vergunningplicht aangepast in een registratieplicht voor voornoemde aanbieders. Het wetsvoorstel is thans nog in behandeling in de Tweede Kamer.

Terwijl de lidstaten nog bezig zijn met de implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn, heeft de Europese wetgever reeds een aantal nieuwe vergezichten ontwik-

keld en op schrift gesteld. Zo heeft de Europese Commissie op 24 juli 2019 een communiqué gestuurd aan het Europees Parlement en de Raad met een aantal bevindingen over het huidige Europese anti-witwasraamwerk.²⁰ Deze bevindingen staan meer uitvoerig beschreven in vier rapporten:

A supranational risk assessment of the money laundering and terrorist financing risks affecting the Union;²¹

A report assessing the framework for Financial Intelligence Units' ("FIUs") cooperation with third countries and obstacles and opportunities to enhance cooperation between Financial Intelligence Units within the EU;²²

A report assessing the conditions and the technical specifications and procedures for ensuring secure and efficient interconnection of central bank account registers and data retrieval system;²³ en

A report assessing recent alleged money-laundering cases involving EU credit institutions.²⁴

Op basis van dit communiqué en de onderliggende rapporten lijkt verdere harmonisering slechts een kwestie van tijd te zijn. De Europese Commissie geeft al enige mogelijke voorzetten:

‘Consideration could be given to further harmonising the anti-money laundering/countering the financing of terrorism rulebook. One option would be the transformation of the Anti-Money Laundering Directive into a Regulation, which would have the potential of setting a harmonised, directly applicable Union regulatory antimoney laundering framework. Different alternatives could also be envisaged in order to ensure high quality and consistent anti-money laundering supervision of the financial sector, which may require conferring specific anti-money laundering supervisory tasks to a Union body. Moreover, the assessments show a need for a stronger mechanism to coordinate and support cross-border cooperation and analysis by Financial Intelligence Units.’²⁵

Ook op andere deelonderwerpen is de Europese wetgever actief geweest. Zo heeft Europees commissaris Vera Jourova in augustus 2019 aangekondigd dat de EU bezig is met een aangepaste zwarte lijst van landen voor wat betreft witwasrisico's die is gebaseerd op een set van nieuwe criteria.²⁶

Niet alleen de Europese wetgever kijkt vooruit. Ook de Nederlandse wetgever heeft een vergezicht ontwikkeld en op schrift gesteld. Op 30 juni 2019 hebben de ministers van Justitie en Veiligheid en de van Financiën een gemeenschappelijk plan van aanpak in de strijd tegen

16. Deze bijdrage bouwt deels voort op een eerdere bijdrage: M. Nelemans, Enkele Europese ontwikkelingen in het financieel strafrecht, *Strafblad*, 2018(6), 40-43.

17. Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn, *Stb.* 2018, 239; Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, *Stb.* 2018, 241, 2018; Implementatieregeling vierde anti-witwasrichtlijn, *Stcrt.* 2018, 40948.

18. Richtlijn (EU) 2015/849.

19. Richtlijn (EU) 2018/843.

20. COM(2019) 360 final.

21. COM(2019) 370 final.

22. COM(2019) 371 final.

23. COM(2019) 372 final.

24. COM(2019) 373 final.

25. COM(2019) 360 final, p. 5.

26. Financial Times, Brussels plans to revive money laundering blacklist, 18 August 2019.

witwassen voorgesteld.²⁷ Daarin zijn voorstellen opgenomen om de volgende doelen te bereiken: het bewerkstelligen van meer transparantie ten aanzien van juridische entiteiten en constructies, onder meer via de UBO-registers vanaf 2020; het invoeren van een verbod op contante betalingen van € 3.000 of meer, voor handelaars vanaf 2021; jet op Europees niveau bewerkstelligen van afschaffing van het € 500-biljet;

het verder reguleren van crypto-aanbieders vanaf 2020; het aanscherpen van het wettelijk anti-witwasraamwerk BES-eilanden vanaf 2021; en het doorlopend monitoren en in beeld brengen van nieuwe risico's en waar mogelijk het aanpakken hiervan voor de evaluatie door de FATF in 2021.

Een overkoepelend thema in het plan van aanpak is het versterken van de samenwerking tussen toezichthouders, opsporingsautoriteiten, FIU-Nederland, het openbaar ministerie en de sector.²⁸

Door elkaar snel opvolgende richtlijnen, voorstellen, implementatiewetten en nieuwe agenda's heeft de anti-witwasregelgeving soms kenmerken van een kluwen. In het navolgende wordt daarom kort een aantal relevante wijzigingen in de Wwft aangestipt, en wordt daarbij aangegeven op welk vlak mogelijk meer veranderingen in het verschiet liggen (op basis van de vijfde anti-witwasrichtlijn en het Nederlandse plan van aanpak). Dit gebeurt aan de hand van de volgende onderwerpen: verruiming van de groep personen die onder de Wwft vallen; uitbreiding van de risicobeoordeling; betere informatie en informatie-uitwisseling; en financiële toezichthouders.

Verruiming van de groep personen die onder de Wwft vallen

Vanaf 25 juli 2018 is de reikwijdte van de Wwft vergroot door zowel de toevoeging van nieuwe personen waarop de wet van toepassing is als de aanpassing van enkele definities van personen. Zo vallen nu ook natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen die zich beroeps- of bedrijfsmatig bezighouden met het aanbieden van kansspelen onder de Wwft.²⁹ Verder is de drempelwaarde voor handelaars in dure goederen verlaagd van € 15.000 naar € 10.000 waardoor nu meer personen en transacties onder de reikwijdte van de Wwft vallen en in voorkomend geval een melding moet worden gedaan. Op grond van het Nederlandse plan van aanpak is de intentie om vanaf 2021 voor handelaars een verbod in te voeren op contante betalingen vanaf € 3.000. Daarmee zou de meldgrens voor contante betalingen, die thans van toepassing is bij contante betalingen van € 10.000 of meer voor beroeps- of bedrijfsmatig handelende kopers of verkopers van goederen, dan weer komen te vervallen.

Met de vijfde anti-witwasrichtlijn zal de groep personen die onder de Wwft vallen verder worden uitgebreid met onder meer wisselplatforms voor virtuele valuta en met

aanbieders voor bewaarportemonnees.³⁰ Na de implementatie zullen deze dienstverleners ook onder de Wwft vallen en gelden onder meer de verplichting tot het doen van cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties. Uit het Nederlandse plan van aanpak volgt dat de Nederlandse wetgever meer anti-witwasmaatregelen rondom virtuele valuta en ICO's nodig acht, waarbij de voorkeur wordt gegeven aan een verdergaande Europese aanpak gebaseerd op de FATF-standaarden.³¹

Uitbreiding van de risicobeoordeling

Een andere relevante wijziging in de Wwft is dat het cliëntenonderzoek nog nadrukkelijker dient te worden gebaseerd op een risicobeoordeling. Met de wijzigingen in de Wwft zijn er minder *hard- en fast rules* voor de uitvoering van het cliëntenonderzoek en zullen ondernemingen nog meer op een eigen risicobeoordeling moeten gaan varen. Verder zal meer aandacht aan uiteindelijk belanghebbenden ('UBO's') en politiek prominente personen ('PEPs') moeten worden besteed. De definitie van UBO's is ruimer geworden doordat 25% eigendom of zeggenschap niet langer automatisch de ondergrens is voor UBO's en omdat ook hoger leidinggevend personeel van de vennootschap als UBO kan worden aangemerkt.³² De definitie van PEPs is eveneens verruimd doordat geen verschil meer wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse PEPs en dus ook bij Nederlandse PEPs een verscherpt onderzoek moet plaatsvinden. Ten slotte zullen instellingen gedragslijnen, procedures en maatregelen dienen op te stellen om de risico's op witwassen en het financieren van terrorisme alsmede de risico's die zijn geïdentificeerd in de meest recente versies van de (supra)nationale risicobeoordelingen te beperken en effectief te beheersen.³³

De vijfde anti-witwasrichtlijn zal nadere eisen stellen aan het verscherpte cliëntenonderzoek naar zakelijke relaties en transacties in derde landen met een hoog risico. Het betreft dan vooral verplichtingen om aanvullende informatie in te winnen en de relatie te monitoren.³⁴ In het voorstel voor een Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn zijn deze verplichtingen als volgt uitgewerkt: a. verzamelen van aanvullende informatie over de cliënten en uiteindelijk belanghebbenden; b. verzamelen van aanvullende informatie met betrekking tot het doel en de aard van de zakelijke relatie; c. verzamelen van informatie over de herkomst van de fondsen die bij de zakelijke relatie of transactie gebruikt worden en de bron van het vermogen van de cliënten en van de uiteindelijk belanghebbenden; d. verzamelen van informatie over de achtergrond van en beweegredenen voor de voorgenomen of verrichte transacties van de cliënten; e. verkrijgen van goedkeuring van het hoger leidinggevend personeel voor het aangaan of voortzetten van de zakelijke relatie; en f. verrichten van verscherpte

27. Aanbiedingsbrief plan van aanpak witwassen, 30 juni 2019.

28. Bijlage kamerbrief plan van aanpak witwassen, 30 juni 2019, p. 2.

29. Artikel 1a lid 4 sub i Wwft.

30. Artikel 1 lid 1 Richtlijn (EU) 2018/843.

31. Aanbiedingsbrief plan van aanpak witwassen, 30 juni 2019, p. 6.

32. Artikel 3 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

33. Artikel 2c Wwft.

34. Artikel 1 lid 11 Richtlijn (EU) 2018/843.

controle op de zakelijke relatie met en de transacties van de cliënten, door het aantal controles en de frequentie van actualiseringen van gegevens over de cliënten en de uiteindelijk belanghebbenden te verhogen en door transactiepatronen te selecteren die nader onderzocht moeten worden. Daarnaast kan in aanvulling worden bepaald dat een instelling tevens één of meer aanvullende risico-beperkende maatregelen toepast.³⁵

Betere informatie en informatie-uitwisseling

Een derde relevante wijziging in de Wwft is betere informatie en informatie-uitwisseling.

Zo hebben lidstaten een plicht om een UBO-register aan te leggen waarin vennootschappen en andere juridische entiteiten informatie over hun UBO's dienen te registreren. Op 4 april 2019 is door de Minister van Financiën kenbaar gemaakt dat het Nederlandse UBO-register vanaf januari 2020 in werking zal treden. Het UBO-register zal onderdeel worden van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Het voorstel voor een Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten ligt op dit moment voor behandeling bij de Tweede Kamer. Nadere invulling van deze wet verloopt via een implementatiebesluit. Een concept voor het implementatiebesluit registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten is tot 1 juli 2019 ter consultatie voorgelegd aan belanghebbenden.

Voorts biedt de Wwft enkele maatregelen die dienen te leiden tot een verbeterde uitwisseling van informatie tussen de FIU's in lidstaten. Zo is in de Wwft neergelegd dat de FIU's, uit eigen beweging of op verzoek, alle informatie uitwisselen die relevant kan zijn voor de verwerking of de analyse van informatie in verband met witwassen of terrorismefinanciering en de betrokken natuurlijke of rechtspersonen. Dit gebeurt ook indien op het tijdstip van de uitwisseling nog niet is vastgesteld welk type basisdelict daarbij is betrokken, of wanneer de definitie van een betrokken misdrijf van fiscale aard in de andere lidstaat anders is dan naar Nederlands recht omschreven.³⁶

De vijfde anti-witwasrichtlijn zal onder meer de toegang tot informatie over de UBO uitbreiden,³⁷ en FIUs meer toegang geven tot bankrekeningen en betaalgegevens.³⁸ In lijn hiermee hebben de Europese Centrale Bank en de nationale banktoezichthouders een akkoord bereikt over een samenwerkingsverband en het delen van bankgegevens, zoals op 14 januari 2019 kenbaar gemaakt door de Europese Commissie.³⁹ Een vergelijkbare focus op samenwerking is ook te zien in het Nederlandse plan van aanpak. Een aantal speerpunten daarin zijn: het verbeteren van de informatiepositie van opsporingsautori-

teiten en FIU's, ruimere mogelijkheden om toezichtinformatie te delen met de FEC-partners en meer toegang tot bankgegevens.⁴⁰

Financiële toezichthouders

Er zijn verschillende Wwft-toezichthouders. Iedere toezichthouder heeft eigen leidraden ontwikkeld over hoe om te gaan met de Wwft binnen het specifieke domein. Hier wordt dit beperkt tot de financiële toezichthouders. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 25 juli 2018 een herziene leidraad Wwft gepubliceerd. De Nederlandsche Bank (DNB) volgt nu ook. Op 17 juli 2019 is DNB een consultatie gestart met betrekking tot een geactualiseerde Leidraad Wwft en Sanctiewet. De aanleiding hiervoor is de implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn. De consultatie liep af op 16 september 2019. In de leidraad legt DNB uit hoe instellingen bijvoorbeeld invulling kunnen geven aan de inrichting van de bedrijfsvoering, risicoanalyses, cliëntenonderzoek en transactiemonitoring.

De financiële toezichthouders hebben ook meer aandacht voor witwassen aan de dag gelegd. In de AFM agenda 2019 is één van de speerpunten van de AFM een extra focus op het tegengaan van witwassen en andere financieel-economische criminaliteit. In dat licht zal de AFM met name:

controleren op naleving van de Wwft en Sanctiewet door beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en financiële dienstverleners; toetsen op betrouwbaarheid van (mede) beleidsbepalers en de integere en beheerste bedrijfsvoering bij vergunninghouders op grond van de Wet op het financieel toezicht en de Wet toezicht accountsorganisaties; en controleren op naleving van de meldplicht van beleggingsondernemingen en instellingen van ongebruikelijke transacties en het gebruik van de systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) bij vergunninghouders.⁴¹

Ook DNB heeft financiële instellingen gewezen op hun verantwoordelijkheden. Volgens DNB zouden banken meer aandacht moeten hebben voor hun poortwachtersfunctie.⁴²

Informatie-uitwisseling bij de aanpak van btw-fraude

Een derde onderwerp is informatie-uitwisseling bij de aanpak van btw-fraude. Op 15 mei 2019 heeft de Europese Commissie een nieuwe *tool*, de Transaction Network Analysis (TNA) tool, aangekondigd om lidstaten beter in staat te stellen om btw-informatie met elkaar uit te wisselen en daarmee btw-fraude beter te kunnen bestrijden.⁴³ Dit volgt op een verordening die op 2 oktober 2018 door de Raad is aangenomen om btw-fraude beter te kunnen bestrijden.⁴⁴ In de verordening zijn

35. Artikel 9 lid 1 en 2 Wwft in het voorstel voor een Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn, *Kamerstukken II* 2018/19, 35 245, nr. 2.

36. Artikel 13a lid 3 Wwft.

37. Artikel 1 leden 15-17 Richtlijn (EU) 2018/843.

38. Artikel 1 lid 19 Richtlijn (EU) 2018/843.

39. EC, persbericht, 14 januari 2019 (te vinden op https://europa.eu/rapid/press-release_MEX-19-381_en.htm).

40. Aanbiedingsbrief plan van aanpak witwassen, 30 juni 2019, p. 5.

41. AFM, Toezicht in transitie. AFM agenda 2019, januari 2019, p. 7.

42. NRC 28 maart 2019, 'DNB: banken moeten meer doen tegen witwassen', (te vinden op www.nrc.nl).

43. EC, persbericht, 15 mei 2019 (te vinden op https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2468_en.htm).

44. Verordening (EU) 2018/1541. Zie verder Europese Raad, persbericht, 2 oktober 2018 (te vinden op <https://www.consilium.europa.eu/nl/>).

onder meer de volgende maatregelen opgenomen: versterking van de samenwerking tussen lidstaten door het opzetten van een online informatiesysteem binnen Eurofisc, een netwerk van nationale instanties die zich bezighouden met het bestrijden van belastingfraude; uitbreiding van de informatie-uitwisseling tussen nationale belastingdiensten met Europese organisaties zoals Europol, de European Anti-Fraud Office en het Europees openbaar ministerie; en verruiming van de informatie-uitwisseling tussen belasting- en douanediensten ten aanzien van importgoederen en autoregistraties. Deze verordening is een onderdeel van een breder pakket aan maatregelen om richting een ‘single EU VAT area’ te groeien.⁴⁵ Tegen deze achtergrond en gezien de *modus operandi* van de Europese wetgever is het te verwachten dat er in de nabije toekomst verdergaande maatregelen zullen komen om btw-fraude nog beter te kunnen bestrijden. Dit is volgens ramingen van de EU een grote kostenpost en derhalve een speerpunt. Het zou gaan om een totaalbedrag van ongeveer 50 miljard euro dat lidstaten jaarlijks door fraude mislopen.⁴⁶

Het nemo tenetur-beginsel in het financieel strafrecht

In het hoger beroep van een bank tegen een door de AFM opgelegde boete wegens niet-duidelijke en misleidende reclame-uitingen, lag de vraag voor of een schending van het nemo tenetur-beginsel diende te worden vastgesteld. De AFM had op basis van een inlichtingen-vordering de beschikking gekregen over onder meer gemiddelde cumulatieve rendementen van klanten. Om deze gegevens te verstrekken had appellante niet slechts vaststaande gegevens moeten invoeren in een systeem om een gemiddeld cumulatief rendement te berekenen. Appellante had een rekenmethode ontwikkeld en gebruikt om ontbrekende cijfers bij benadering te reconstrueren om vervolgens op basis daarvan de cumulatieve gemiddelde rendementen te berekenen. Deze rekenkundige handelingen en databewerkingen zorgden ervoor dat er geen sprake was van wilsonafhankelijk materiaal. Er werd een schending vastgesteld van het nemo tenetur-beginsel.⁴⁷ Zie hierover verder de paragraaf ‘Varia’ aan het slot van deze kroniek.

Hoge en bijzondere transacties

In een brief van 9 april 2019 aan de Tweede Kamer heeft de Minister van Justitie en Veiligheid nadere toelichting gegeven op het beleid rondom hoge en bijzondere transacties en enkele aanverwante onderwerpen. De brief biedt een descriptief overzicht van recente transacties. Er wordt niet nader ingegaan op de voorgenomen regeling voor rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van hoge en bijzondere transacties,

press/press-releases/2018/10/02/vat-fraud-council-adopts-measures-to-boost-administrative-cooperation/).

45. Zie ook https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/action-plan-vat_en.

46. EP, persbericht, 3 oktober 2018 (te vinden op <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180926IPR14409/green-light-for-vat-overhaul-to-simplify-system-and-cut-fraud>).

47. CBB 7 mei 2019, *NJB* 2019/1224.

behalve dan dat hierover wordt gesproken met het openbaar ministerie en de rechtspraak. Verder geeft de minister aan dat erkenning van de geconstateerde feiten een cruciale voorwaarde is voor een transactie: “Een cruciale voorwaarde voor het Openbaar Ministerie om een hoge of bijzondere transactie aan een verdachte aan te bieden is erkenning door de verdachte van de geconstateerde feiten. Deze erkenning kan ook worden afgeleid uit de omstandigheid dat de verdachte meewerkt aan het strafrechtelijk onderzoek en – indien nodig – maatregelen treft, zoals (verbeteringen ten aanzien van) een compliance-beleid om herhaling in de toekomst te voorkomen.”⁴⁸

Het Europees Openbaar Ministerie (EOM)

De Minister van Justitie en Veiligheid heeft een consultatie uitgevoerd ten aanzien van het wetsvoorstel Invoeringswet EOM en de ontwerp Memorie van Toelichting Invoeringswet EOM. Deze consultatie liep van 12 april 2019 tot 25 mei 2019. Er zijn thans nog geen reacties gepubliceerd. Aangezien de Verordening EOM⁴⁹ directe werking heeft, zullen relatief weinig aanpassingen in de nationale wetgeving hoeven te worden doorgevoerd.

Cybercrime

Verzorgd door mr. K.M.T. Helweggen

Ontwikkelingen in de regelgeving

Ter bestrijding van de computercriminaliteit is met ingang van 1 maart 2019 de Wet Computercriminaliteit III in werking getreden.⁵⁰ In dit kader is het voor de praktijk van belang dat digitale opsporingsmogelijkheden en het vergaren van digitaal bewijsmateriaal niet uitsluitend een rol spelen bij cybercrimedelicten en ernstigere commune delicten.⁵¹ Uit het Besluit Onderzoek in een geautomatiseerd werk volgt namelijk dat de (heimelijke) hackbevoegdheid voor aangewezen misdrijven kan worden ingezet als het opsporingsonderzoek dat dringend vordert.⁵² Om flexibel in te kunnen spelen op de snelle ontwikkelingen in de criminaliteit zijn misdrijven bij AMvB aangewezen. Hieruit vloeit voort dat zelfs bij een verdenking van valsheid in geschrift, het deelnemen aan een criminele organisatie, corruptie, fraude en witwassen (opzet variant) een geautomatiseerd werk kan worden binnengedrongen om onderzoekshandelingen te verrichten.⁵³ De praktijk leert dat bij fraudedelicten veelvuldig commune delicten zoals witwassen en/of valsheid in geschrift op de tenlastelegging prijken, waar-

48. Brief Moties hoge transacties, 9 april 2019, p. 4.

49. Verordening (EU) 2017/1939.

50. *Stb.* 2019, 67.

51. Ter illustratie: Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:2508, p. 19-22. Het hof weegt de door de verdachte gebruikte zoektermen en de resultaten van het onderzoek op de digitale gegevensdragers van de verdachte mee.

52. *Stb.* 2018, 340.

53. Onder geautomatiseerd werk wordt verstaan een inrichting die bestemd is om langs elektronische weg gegevens op te slaan, te verwerken en over te dragen ex artikel 80sexies Sr.

door de heimelijke hackbevoegdheid in beeld kan komen.

De doelen van de inzet van de hackbevoegdheid kunnen erin zijn gelegen om bepaalde kenmerken (zoals identiteit en locatie) van het geautomatiseerde werk of de gebruiker vast te leggen. Maar, kunnen zelfs zien op het vastleggen of ontoegankelijk maken van gegevens, het uitvoeren van stelselmatige observatie of het opnemen van communicatie of van vertrouwelijke communicatie (direct af luisteren).⁵⁴ Zodra is binnengedrongen in een geautomatiseerd werk kunnen met behulp van software verschillende functionaliteiten worden ingezet. Denk hierbij aan het opnemen van geluid, het maken van screenshots, het vastleggen van toetsaanslagen⁵⁵, het doorzoeken van bepaalde bestandsmappen of het op afstand installeren van software op een smartphone om een gps-functie te activeren.⁵⁶

Regelgeving voor kwalificaties opsporingsambtenaren en keuring technische hulpmiddelen

De inzet van de hackbevoegdheid kan slechts worden toegepast onder strikte waarborgen. Vanuit het OM geldt als waarborg een voorafgaande toetsing van de voorgenomen inzet door de Centrale Toetsingscommissie van het OM (CTC). Voorts is een voorgaande schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris vereist die de proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet zal toetsen. In het beste scenario vormt de inzet van de hackbevoegdheid slechts een inmenging in het privéleven van de verdachte. De vraag is echter of een geautomatiseerd werk dat heimelijk wordt binnengedrongen slechts in gebruik is bij de verdachte.⁵⁷ Het blijft dan ook een schone taak om burgers te beschermen tegen (willekeurige) inmenging door de overheid in privélevens, mede gelet op het ingrijpend karakter van de opsporingsmethodes. Niet voor niets gelden er deskundigheidseisen voor opsporingsambtenaren die lid zijn van een technisch team.⁵⁸ Verder wordt een technisch hulpmiddel, dat wordt ingezet ter uitvoering van een bevoegdheid, voorafgaand aan het gebruik gekeurd door een keuringsdienst.⁵⁹

Aanwijzing voor de internationale aspecten van de inzet van de hackbevoegdheid

Vanwege het wijdverbreide gebruik van geautomatiseerde werken blijft het voor de rechtsmacht relevant om te bepalen waar een geautomatiseerd werk dat wordt binnengedrongen zich bevindt. Een inbreuk op de soevereiniteit van enig ander land moet worden voor-

komen. Zonder instemming van een staat mag derhalve niet zomaar van de indringende hackbevoegdheid gebruik worden gemaakt om daarmee toegang te verschaffen tot geautomatiseerde gegevens die zich in een andere staat bevinden. In dit kader is op 26 februari 2019 ten aanzien van de grensoverschrijdende inzet van de hackbevoegdheid een Aanwijzing voor de internationale aspecten gepubliceerd.⁶⁰

Als blijkt dat gegevens zich niet op Nederlands territorium bevinden en bekend is wat de locatie van de gegevens is, vormt het uitgangspunt dat een rechtshulpverzoek wordt gedaan aan de bevoegde autoriteit van die staat. De aanwijzing biedt waarborgen in die gevallen waar de locatie van geautomatiseerd verwerkte gegevens juist niet op voorhand duidelijk is of zelfs onbekend blijft. In uitzonderingssituaties zal het belang van het onderzoek zorgvuldig moeten worden afgewogen tegen de mogelijke schending van de soevereiniteit van die andere staat (of staten).

Uit de aanwijzing volgt dat bij het (te lang) uitblijven van een reactie van een andere staat op een rechtshulpverzoek de grensoverschrijdende inzet van de hackbevoegdheid onder omstandigheden toelaatbaar kan worden geacht. Ingeval de locatie in het buitenland tijdens het onderzoek wel bekend wordt, zal alsnog een rechtshulpverzoek worden gedaan. In afwachting van de reactie op het rechtshulpverzoek zullen opsporingshandelingen worden gestaakt. In bepaalde gevallen wordt de inzet van de bevoegdheden opvallend genoeg toch voltooid. Of de opsporingshandelingen worden gestaakt of doorgezet zal dan afhankelijk zijn van de afwegingscriteria die worden genoemd in de aanwijzing. Dit kan per concreet geval verschillen. Ingeval de locatie van de gegevens met een redelijke inspanning zelfs niet kan worden vastgesteld, wordt ervan uitgegaan dat de gegevens in Nederland staan.

Richtlijn strafvordering Oplichting

De richtlijn is per 1 maart 2019 in werking getreden en aangepast met artikel 326e Sr, dat ziet op online handelsfraude (de zogenoemde marktplaatsfraude).⁶¹ Online handelsfraude wordt alleen strafbaar gesteld voor partijen die een beroep of gewoonte ervan hebben gemaakt om goederen of diensten aan te bieden.⁶²

Uit de richtlijn strafvordering Oplichting volgt dat onderscheid wordt gemaakt tussen veelvoorkomende vormen van oplichting en online handelsfraude. Voor online handelsfraude wordt een aparte tabel met uitgangspunten qua strafeis geraadpleegd, waarbij expliciet rekening wordt gehouden met het aantal slachtoffers en het financiële schadebedrag. Als strafverzwarende omstandigheden wegen onder andere de consequenties voor slachtoffers of derden en de mate van professionaliteit mee. Overigens valt op dat bij de mate van professionaliteit als voorbeeld het gebruik maken van Payment Service Provider zoals iDEAL wordt genoemd. Het voorbeeld van iDEAL is in die zin opvallend, aangezien

54. De artikelen 126nba, 126uba en 126zba Sv.

55. Een voorbeeld waarin een verdachte gebruik heeft gemaakt van keyloggers om op grote schaal inloggegevens van studenten te verzamelen en veroordeeld is voor oplichting en het aftappen van gegevens is Rb. Noord-Nederland, 14 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:637.

56. *Kamerstukken II 2015/16*, 34 372, 3, p. 19-25.

57. B.W. Newitt, 'Wet computercriminaliteit III', *TSO 2019*, nr. 1, en J.J. Oerlemans, 'De Wet computercriminaliteit III: meer handhaving op internet', *Strafblad 2017*, p. 350-359.

58. *Stb. 2019*, 10910.

59. *Stb. 2019*, 10713.

60. *Stb. 2019*, 10277.

61. *Stb. 2019*, 10294.

62. *Kamerstukken II 2015/16*, 34372, nr. 3, p. 92-93.

dit slechts een online betaalmethode betreft. Een Payment Service provider maakt het mogelijk dat een betaalmethode kan worden aangeboden, waarbij kan worden gedacht aan Adyen, Buckaroo of Molly.

Jurisprudentie

• *Digitale opsporing*

In een zaak waarbij de officier van justitie inzage in de gesprekshistorie van de Telegram-Account van de verdachte wil, werd duidelijk dat Telegram niet aan de vordering ex artikel 126ng, tweede lid, Sv, zou voldoen.⁶³ Een inhoudelijk begrijpelijke vorm zou feitelijk niet beschikbaar zijn. De Rechtbank Rotterdam oordeelt dat de officier van justitie in beginsel gerechtigd is kennis te nemen van die gegevens. Hierbij wordt het doorbreken van de vertrouwelijkheid van het berichtenverkeer van belang geacht. Indien toegang tot de account van de verdachte wordt verkregen, acht de rechtbank de bemoeienis van de rechter-commissaris dan ook aangewezen. Op grond van artikel 177 Sv kan de rechter-commissaris dan opdracht geven tot het veiligstellen en kopiëren van de inhoud en de gesprekshistorie van de Telegram-account van de verdachte. Concreet heeft dit tot gevolg dat kennis mag worden genomen van gegevens die aanwezig waren op de datum van indiening van de vordering bij de rechter-commissaris. Bijzonder is overigens dat de raadkamer op dat moment nog niet in werking getreden wetgeving van belang acht:

‘(..) na invoering van de aankomende wetgeving ter zake aanvullende bijzondere opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving – na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris – nog veel verstrekkender vormen van onderzoek toegelaten zullen zijn.’

Deze route werd eerder bestempeld als het omzeilen van een in de wet neergelegde, en door de wetgever genormeerde, bijzondere opsporingsbevoegdheid.⁶⁴

• *Onderzoek aan de telefoon*

In een zaak die voorlag bij de Rechtbank Noord-Holland is de verdachte veroordeeld voor diefstal, medeplegen van computervrederebreuk en voor het deelnemen aan een criminele organisatie die tot doel had misdrijven te plegen die verband houden met een vorm van fraude die bekend staat als phishing.⁶⁵ In deze zaak is bepaald dat het plaatsen van de duim van verdachte op de Iphone, zonder zijn toestemming/medewerking, niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.⁶⁶ Verder volstaat de rechtbank met de enkele constatering van een

vormverzuim ten aanzien van het daaropvolgende onderzoek aan de smartphone.⁶⁷

• *Darkweb en cryptovaluta*

Rechtbank Rotterdam behandelde een zaak waarbij de verdachte is veroordeeld tot het medeplegen van witwassen, waarbij bitcoins zijn omgezet in Linden Dollars en vervolgens in euro's, die op verschillende bankrekeningen werden gestort en contant zijn opgenomen.⁶⁸ Een groot deel van bitcoins zou afkomstig zijn van één handelaar van Silk Road (een inmiddels gesloten online marktplaats op het darkweb).⁶⁹ De rechtbank betreft in haar overweging dat het een feit van algemene bekendheid is dat Silk Road veelal gebruikt werd voor criminele transacties.⁷⁰ De verdachte heeft verder een cruciale rol gehad in een witwasconstructie, waarbij meerdere rekeningen op zijn naam zijn geopend, terwijl hij wist wat daarvan het doel was. Van belang is dat de verdachte zelf heeft verklaard dat hij het vermoeden had dat het geld afkomstig was van drugs. Hij had zelf nauwelijks legale inkomsten en ontving wekelijks € 800.

In een strafzaak waar sprake is van een gerechtvaardigd witwasvermoeden blijft de verdachte zich op zijn zwijgrecht beroepen, terwijl een verklaring van de verdachte mag worden verlangd voor de herkomst van het geld.⁷¹ Dit betekent niet dat het aan de verdachte is om aannemelijk te maken dat de geldbedragen niet van misdrijf afkomstig zijn. In deze zaak trad de verdachte gedurende een jaar op als ‘money mule’ en ontving in die hoedanigheid grote hoeveelheden geld op zijn bankrekening. Het betrof uitbetalingen door het ‘cryptocurrency exchange’-bedrijf Kraken, waar de bijschrijvingen op de bankrekeningen steeds onder de meldplicht van de banken bleef. Vervolgens werden de geldbedragen overgemaakt naar familieleden of contant opgenomen zonder kennelijke legale economische noodzaak of verklaring. Het totaal van de bijschrijvingen stond in geen verhouding tot de inkomsten uit arbeid van de verdachte. De verdachte is uiteindelijk veroordeeld voor het medeplegen van gewoontewitwassen. Opvallend is dat de rechtbank overwoog dat het een feit van algemene bekendheid is dat bitcoins dikwijls worden gebruikt in het criminele circuit, onder meer in de drugshandel. Mogelijk is hier sprake van contaminatie.⁷² Het feit van algemene bekendheid lijkt al dan niet bewust opgerecht te worden naar een breder omvattend begrip. Als er al sprake is van een feit algemene bekendheid in dit kader, is het de vraag of dit een extensievere uitleg betreft en zo ja, in hoeverre dit terecht is.

63. Rb. Rotterdam 22 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2712.

64. Rb. Rotterdam 1 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10895.

65. Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568 (onderzoek Cyber007). Zie ook ECLI:NL:RBNHO:2019:1600 en ECLI:NL:RBNHO:2019:1572.

66. Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, TBS&H 2019-2 m.nt. Nan.

67. Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568 r.o. 3.4.1.3.3. en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584.

68. Rb. Rotterdam 18 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11321, r.o. 4.1.3.

69. 72.605 bitcoins.

70. Zie ook Rb. Rotterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4291, voetnoot 40 waarin wordt verwezen naar een proces-verbaal van verhoor van deskundige Van Wegberg en een Europol rapport.

71. Rb. Rotterdam 13 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2408, r.o. 4.1.

72. Zie in dit kader: Rb. Rotterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4291 en voetnoot 38 waarin wordt verwezen naar een proces-verbaal van verhoor van deskundige Van Wegberg en een Europol rapport.

In twee andere voorbeelden waarbij sprake is van een gerechtvaardigd witwasvermoeden wordt er wel een verklaring gegeven over de herkomst van het geldbedrag.⁷³ Zowel de verdachte als de partner van de verdachte zijn veroordeeld voor het medeplegen van witwassen. In de onderhavige zaken gaat het onder andere over geld dat wordt opgenomen met een bitcoin debitkaart of bitcoin prepaid creditkaart. De ontvangen bitcoins zijn volgens de verdachte niet afkomstig uit misdrijf maar uit liefdadigheid. De verdachte heeft verklaard zijn vermogen te danken te hebben aan onbekenden die hem bitcoins hebben geschonken uit liefdadigheid, na een door hem op het darkweb geplaatste advertentie. Dit zou neer moeten komen op duizenden anonieme wel-doeners, terwijl niet is toegelicht waarom zoveel onbekenden hem op het darkweb geld zouden doen toekomen. De verklaring wordt bestempeld als volslagen onwaarschijnlijk. Wel overweegt de rechtbank dat de stelling omtrent het bestaan van advertenties op het darkweb en bitcoin transacties in beginsel te verifiëren is. Pogingen om de verklaring van de herkomst verifieerbaar te maken zijn door de verdachte echter uitgebleven. In deze uitspraak valt overigens op dat een eigen onderzoek wordt aangehaald waarbij een bedrijf – dat geanonimiseerd blijft in het vonnis – heeft geconstateerd dat met vrijwel alle uitgekeerde bitcoins – direct dan wel indirect – eerdere transacties hebben plaatsgevonden ten aanzien van zogenaamde mixingservices of darkwebmarktplaces.

Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog dat geldbedragen die zijn verduisterd en vervolgens zijn omgezet in cryptovaluta worden gekwalificeerd als het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van de geldbedragen.⁷⁴ De gedragingen worden gezien als twee verschillende verwijten: verduistering en witwassen, waardoor in casu sprake is van meerdaadse samenloop.

In een arrest van het Hof Den Haag heeft de verdachte zich schuldig gemaakt aan zowel het medeplegen van witwassen als aan overtreding van de Opiumwet. Ook in deze zaak waren de geldbedragen grotendeels afkomstig van 'darkwebmarkt' Silk Road. Via een platform voor de handel in virtuele valuta werd in kleine hoeveelheden geld bijgeschreven op de bankrekeningen van twee 'money mules'. Vervolgens werden de gelden contant opgenomen. De verdachte had zowel toegang tot de internetbankieromgevingen van de medeverdachten als toegang tot het platformaccount van een van de medeverdachte. In de onderhavige zaak kon met de inkomensgegevens van de verdachte geen verklaring worden gevonden voor een legale herkomst van het geld. Volgens de verdachte zouden de gelden toebehoren aan twee Nederlandse mannen die gelden uit een bedrijf naar Nederland willen halen maar zelf niet beschikken over een mogelijkheid hiervoor.⁷⁵ Het hof oordeelt dat

de verklaring die de verdachte heeft gegeven geen reëel tegenwicht biedt aan het vermoeden van witwassen.

- *Oplichting en phishing praktijken*

De Rechtbank Noord-Holland neemt het de verdachte kwalijk dat hij zijn kennis van de digitale wereld heeft misbruikt. De verdachte heeft onder andere via gehackte e-mailaccounts de inloggegevens van meerdere personen bij de webshops van Bol.com en Wehkamp.nl verkregen, waarna hij op naam van deze personen goederen uit de webshops heeft besteld.⁷⁶ De goederen werden met behulp van een door de verdachte vervalst paspoort opgehaald en weer doorverkocht. Daarnaast heeft de verdachte een valse website gemaakt die sterk overeenkwam met de website van de ABN AMRO Bank. Via deze phishing-website werden slachtoffers via marktplaats.nl gevraagd om ter verificatie één eurocent over te maken. De verdachte werd vervolgens in staat gesteld om in de internetbankieren omgeving van de slachtoffers gelden over te maken naar de bankrekeningen van katvangers. De rechtbank overweegt dat de verdachte via cybercriminaliteit het vertrouwen dat iedereen moet kunnen hebben in het gebruik van een persoonlijke internetaccount, alsmede het elektronische betalingsverkeer, ernstig heeft geschaad. Het oordeel luidt dan ook dat een forse onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende straf noodzakelijk is.

Bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is een verdachte vrijgesproken van grootschalige marktplaatsfraude. De enkele omstandigheid dat iemand zich voor doet als bonafide verkoper en in staat en voornemens is om de gekochte goederen te leveren, maar dit uiteindelijk niet doet, kan niet worden veroordeeld ter zake van oplichting in de zin van artikel 326 Sr. Daarvoor moet namelijk vast komen te staan dat het slachtoffer bewogen is tot afgifte van geld onder invloed van een valse naam of valse hoedanigheid.⁷⁷

Een veroordelend vonnis voor oplichtingspraktijken is te vinden in een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland. In deze zaak heeft de verdachte zich samen met de medeverdachte in georganiseerd verband schuldig gemaakt aan grootschalige computervrederebreuk, bestaande uit het ontfutselen van inloggegevens en oplichting via marktplaats.nl. Dit laatste door op 'gehackte', betrouwbaar ogende, accounts goederen te koop aan te bieden en deze na betaling van een geldbedrag vervolgens niet te leveren.⁷⁸

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft zich mogen buigen over grootschalige phishing praktijken. Kort gezegd komt het neer op de volgende werkwijze. In groten getale werden misleidende e-mails verstuurd uit naam van een bank dan wel een andere instelling, met daarin een link naar een 'phishing website'. Op deze website werd vervolgens verzocht om gegevens achter te laten, waarmee de verdachte en de medeverdachten toegang verkregen tot de online bankieren omgeving van de

73. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:2897 en ECLI:NL:RBZWB:2019:2898.

74. Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2019, ECLI:NL:GHSE:2019:965.

75. Hof Amsterdam 26 juni 2019, ECLI:NL:GHDA:2019:1725.

76. Rb. Noord-Holland 21 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:402.

77. Rb. Zeeland-West-Brabant 22 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:208.

78. Rb. Midden-Nederland 18 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:609 en ECLI:NL:RBMNE:2019:627.

slachtoffers. Er werden nieuwe pinpassen aangevraagd die uit de brievenbussen van de slachtoffers werden gevist, waarna vervolgens de rekening van de slachtoffers middels overboekingen naar ‘money mules’ werden leeggehaald. De rechtbank heeft, gelet op het feit dat de criminele organisatie op zeer professionele wijze opereerde, forse gevangenisstraffen opgelegd.⁷⁹

In een andere phishingzaak waarbij op slinkse wijze de beschikkingsmacht werd verkregen over bankrekeningen van Rabobank-klanten, die vervolgens werden gebruikt om kostbare horloges en dure auto’s aan te schaffen, werden ook gevangenisstraffen opgelegd voor oplichting en voor deelname aan criminele organisatie.⁸⁰ Door op een link in de e-mail te klikken kwamen slachtoffers op een website van ogenschijnlijk de Rabobank terecht. Vervolgens werden via telefoongesprekken de inlog- en signercodes van de online omgeving van het internetbankieren verkregen. De rechtbank omschrijft het als een organisatie die zich gedurende een langere periode, op grote schaal en op professionele wijze, bezighield met phishingfraude.

Ook het verzenden van phishingmails om inloggegevens van Instagram te bemachtigen met als doel om op de accounts in te loggen, wijzigingen door te voeren, advertenties te posten of zelfs hele accounts te verkopen, heeft geleid tot veroordelingen voor onder andere het medeplegen van oplichting, computervredbreuk en de aantasting van computergegevens.⁸¹

• *Computervredbreuk*

De Hoge Raad wees arrest in een zaak waarbij duidelijk werd dat de enkele omstandigheid dat met behulp van een scan-programma de website van de aangever werd onderzocht, waarvan het niet ondenkbaar is dat er een geslaagde aanval heeft plaatsgevonden, niet voldoende is om te kwalificeren als het binnendringen in een deel van geautomatiseerd werk. Het komt erop neer dat uit de bewijsmiddelen niet blijkt dat het gebruik van de scan-programma’s een voltooid binnendringen in een geautomatiseerd werk heeft opgeleverd of dat het bij een poging daartoe is gebleven.⁸²

Verder twee strafzaken waar de inloggegevens van een politiestelsel zijn gebruikt voor doeleinden die ver buiten de grenzen van de autorisatie vallen, waardoor onbevoegd gebruik is gemaakt van de servers van de politie. Ook dit wordt gezien als het opzettelijk en wederrechtelijk binnendringen in een geautomatiseerd werk.⁸³

• *DDoS-aanvallen*

Tot slot heeft de Rechtbank Den Haag in een strafzaak geoordeeld over het voorhanden hebben en het aanbieden van een Mirai botnet en het al dan niet tezamen met anderen uitvoeren van DDoS-aanvallen op verschillende websites.⁸⁴ Een Mirai botnet is kort gezegd een netwerk van met een virus geïnfecteerde ‘internet of things’-apparaten. Ter verduidelijking licht het vonnis toe dat een Mirai botnet met behulp van een zogenoemd ‘Command en Control Centre’ wordt aangestuurd vanaf de computer van de dader. Dit is in de onderhavige zaak eveneens gebeurd. Vervolgens zijn op verschillende websites DDoS-aanvallen uitgevoerd. De verdachte heeft bitcoins geëist om de DDoS-aanvallen te laten stoppen. Daarnaast is de server van zijn school gehackt en heeft de verdachte daarbij persoonlijke informatie overgenomen en gedeeld. Volgens de rechtbank zijn door de DDoS-aanvallen niet alleen storingen veroorzaakt bij de getroffen websites, maar is bovendien schade toegebracht aan de bedrijven achter die websites. Bij de DDoS-aanvallen maakte de verdachte gebruik van botnets, waarmee dus ook schade is toegebracht aan de geïnfecteerde computers en andere apparaten. De websites en servers worden onbruikbaar gemaakt en vervolgens moeten er maatregelen worden genomen om de aanval(len) af te slaan en de websites en servers te herstellen. Een DDoS-aanval is daarom een vorm van cybercriminaliteit die naar het oordeel van de rechtbank zonder meer kan worden gekwalificeerd als geweld in de zin van artikel 317 Sr. De verdachte is veroordeeld tot 377 dagen jeugddetentie, waarvan 360 dagen voorwaardelijk en een taakstraf van 120 uur, waarvan 60 uur voorwaardelijk. De jeugdige verdachte zal als bijzondere voorwaarde gedurende zijn toezicht meewerken aan de ‘Hack Right-interventie’.⁸⁵ Oerlemans merkt in zijn lezenswaardige noot overigens op dat de rechtbank te kort door de bocht gaat als zij stelt dat een DDoS-aanval kan worden gekwalificeerd als overtreding van artikel 138ab Sr en artikel 138b Sr. Hij legt uit waarom een DDoS-aanval niet direct leidt tot overtreding van het delict computervredbreuk ex artikel 138a Sr, aangezien het een geautomatiseerd werk ontoegankelijk maakt en geen sprake is van het binnendringen in een geautomatiseerd werk. Voor het creëren van een botnet ligt dit overigens weer anders, aangezien hiervoor wel computervredbreuk moet worden gepleegd.

79. Rb. Zeeland-West-Brabant 17 mei 2019, ECLI:NL:RNZWB:2019:2195. Zie ook: ECLI:NL:RBZWB:2019:1-3, ECLI:NL:RBZWB:2019:2205, ECLI:NL:RBZWB:2019:2200, ECLI:NL:RBZWB:2019:2190, ECLI:NL:RBZWB:2019:2196, ECLI:NL:RBZWB:2019:2197, ECLI:NL:RBZWB:2019:2210, ECLI:NL:RBZWB:2019:2223, ECLI:NL:RBZWB:2019:2224 (onderzoek Vari/willis).

80. Rb. Den Haag 29 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4232. Zie ook ECLI:NL:RBDHA:2019:4229, ECLI:NL:RBDHA:2019:4230, ECLI:NL:RBDHA:2019:4231.

81. Rb. Rotterdam 11 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1832 en ECLI:NL:RBROT:2019:1833.

82. HR 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:560, r.o. 2.4.

83. Rb. Midden-Nederland, 20 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1151. Zie ook Rb. Gelderland 26 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1316.

84. Rb. Den Haag 7 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2116, *Computerrecht* 2019/93 m.nt. Oerlemans.

85. Het betreft een aanvullend straftraject voor jongeren die voor het eerst van een cyberdelict worden verdacht. Als bedrijf meedoen aan de Hack Right interventie kan via: https://www.politie.nl/themas/hack_right.html?sid=4cd8d2d2-ef51-480e-9043-c79ac04954f1 (online publiek, geraadpleegd op 1 juni 2019).

Omkoping

Verzorgd door mr. dr. E. Sikkema

De voormalig wethouder van Roermond in cassatie

De strafzaak rondom de voormalig wethouder van Roermond is in deze kroniek al eerder aan de orde geweest. Op 9 juli 2019 heeft de Hoge Raad uiteindelijk arrest gewezen in deze zaak.⁸⁶ Op 14 mei 2019 had A-G Vegter de Hoge Raad al in overweging gegeven om het cassatieberoep te verwerpen.⁸⁷ De Hoge Raad verwerpt het beroep in de zaak van de ex-wethouder inderdaad, zodat diens veroordeling nu definitief is geworden. De zaak van de medeverdachte – de projectontwikkelaar die door het hof was veroordeeld ter zake van de actieve omkoping van twee wethouders in de gemeente Roermond – nam een bijzonder dramatische wending. Uitgerekend in de nacht voordat de Hoge Raad uitspraak zou doen overleed de medeverdachte, waarmee aan de vervolging in diens zaak uiteraard een einde kwam.

Inhoudelijk leverde het cassatieberoep weinig nieuwe inzichten op. De 17 (!) cassatiemiddelen die namens de verdachte ex-wethouder werden ingediend bevatten veelal klachten over de toereikendheid van de motivering van de bewezenverklarde feiten. In verband met de bewezenverklarde corruptiedelicten wordt onder meer geklaagd dat de bezoeken en bijeenkomsten/ontmoetingen die de verdachte heeft aangenomen of gevraagd niet kunnen worden aangemerkt als een gift. A-G Vegter merkt terecht op dat de bewijsoverweging van het hof naadloos aansluit bij de definitie die de Hoge Raad hanteert van het begrip ‘gift’: elk overdragen aan een ander van iets dat voor deze ander waarde heeft.⁸⁸ Verder wordt geklaagd over de motivering van de bewezenverklaring voor zover deze inhoudt dat de verdachte heeft gehandeld ‘in strijd met zijn plicht’ (in de zin van artikel 363 Sr, zoals dat luidde tot 2015). De A-G wijst wederom op de jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit blijkt dat het door giften en beloften streven naar een voorkeursbehandeling strijd met de ambtsplicht oplevert, ongeacht of deze behandeling ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd.⁸⁹ Een volgend cassatiemiddel lijkt te willen suggereren dat artikel 363 Sr onverbindend is, aangezien deze bepaling zo vaag is dat niet of onvoldoende duidelijk is wat is verboden (artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM). Het middel is echter zodanig moeilijk te doorgronden, dat de A-G zich primair op het standpunt stelt dat een stellige en duidelijke klacht ontbreekt. Dat is in zekere zin jammer, omdat over de vage omschrijving en ruime reikwijdte van artikel 363 Sr wel

degelijk een en ander valt op te merken.⁹⁰ Dat een dergelijk betoog tot een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod en daarmee tot onverbindendheid zou kunnen leiden, lijkt gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad overigens hoogst onwaarschijnlijk.⁹¹ Alle hier besproken cassatiemiddelen worden door de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 RO verworpen.

Wel wijdt de Hoge Raad interessante overwegingen aan de gestelde onbevoegdheid van rechtbank en hof vanwege de toepasselijkheid van de bijzondere procedure van artikel 119 Grondwet en artikel 76 RO. Voor zover de verdachte een ambtsmisdrijf zou hebben begaan in zijn hoedanigheid van lid van de Eerste Kamer, zou hij namelijk in eerste en hoogste ressort terecht moeten staan voor de Hoge Raad, na een opdracht tot vervolging bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer. Van een ambtsmisdrijf is in dat verband ook sprake als de ambtenaar een bijzondere ambtsplicht heeft geschonden of gebruik heeft gemaakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken (artikel 44 Sr).⁹² Artikel 44 Sr verwijst volgens de Hoge Raad mede naar het geval dat het ambt de ambtenaar de praktische mogelijkheid biedt het feit te plegen. Indien voldoende aanwijzingen bestaan dat de verdachte als (gewezen) ambtsdrager door het begaan van de tenlastegelegde gedragingen een bijzondere ambtsplicht heeft geschonden (enzovoort), dient de rechter nader te onderzoeken of zich een geval voordoet als in artikel 119 Grondwet bedoeld. Dit geldt ook indien de tenlastelegging niet met zoveel woorden is toegesneden op de in artikel 44 Sr bedoelde strafverzwarende omstandigheid. In casu kon het hof oordelen dat een nader onderzoek niet noodzakelijk was, omdat van dergelijke aanwijzingen niet was gebleken. Er was door de verdediging namelijk slechts aangevoerd dat de verdachte bij het schenden van zijn ambtsgeheim gebruik had gemaakt van een telefoontoestel van de Eerste Kamer. Voor de omkopingsbepaling van artikel 363 Sr zijn deze overwegingen overigens niet rechtstreeks van belang, nu het hier per definitie gaat om een ambtsmisdrijf en de strafverzwarende omstandigheid van artikel 44 Sr om die reden niet van toepassing kan zijn.⁹³ Voor dit ambtsmisdrijf geldt de bijzondere procedure van artikel 119 Grondwet in alle gevallen waarin de verdachte de omkoping heeft gepleegd in zijn (huidige of vroegere) hoedanigheid van lid van de Staten-Generaal, minister of staatssecretaris.

In de zaak van de projectontwikkelaar werd nog geklaagd over het ontbreken van een specificatie; welke gift strekte ter beweging tot toekomstig gedrag (artikel 177 Sr lid 1 onder 1 Sr) en welke gift kan worden gezien als beloning voor vroeger gedrag (artikel 177 lid 1 onder 2 Sr)? De A-G ziet echter niet in waarom beide varian-

86. HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1135.

87. ECLI:NL:PHR:2019:482 en ECLI:NL:PHR:2019:483.

88. Zie bijvoorbeeld HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2157, NJ 2018/481 (inzake artikel 379 SrNA). Dit arrest werd besproken in de vorige editie van deze kroniek.

89. Zie onder andere HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3584, NJ 2006/380 over artikel 177 Sr (oud).

90. Zie ook E. Sikkema, ‘Omkoping in ontwikkeling: wetgeving, toepassing en handhaving’, O&A 2018/50, p. 154-156.

91. Zie de jurisprudentie die wordt genoemd in voetnoot 35 bij de conclusie van A-G Vegter.

92. Zie over artikel 44 Sr: E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht*, Den Haag 2005, p. 83 e.v.

93. Sikkema 2005, p. 89.

ten in die zin exclusief zouden zijn. Een gift kan zowel tot oogmerk hebben toekomstig gedrag te bevorderen en tegelijkertijd een beloning zijn voor gedrag uit het verleden: ‘een beloning mede ter voortzetting van de geslaagde samenwerking’. Door het overlijden van de verdachte heeft de Hoge Raad zich niet over deze kwestie kunnen uitlaten. Mij lijkt het inderdaad niet noodzakelijk om bij elke gift in de bewezenverklaring een keuze te maken tussen één van deze alternatieven (omkoping vooraf dan wel achteraf), nu dat voor het toepasselijke strafmaximum ook geen verschil maakt.

Omkoping bij verkiezingen in Sint Maarten

Op 4 juni 2019 deed de Hoge Raad uitspraak in twee samenhangende zaken die draaiden om de uitleg van het begrip ‘omkopen’ in artikel 132 SrNA, een bepaling die grote gelijkenis vertoont met het Nederlandse artikel 126 Sr.⁹⁴ In beide artikelen is de omkoping tot het niet of op een bepaalde wijze uitoefenen van het kiesrecht strafbaar gesteld. Opvallend is dat deze bepalingen, anders dan artikel 363 Sr, niet spreken over het aannemen of vragen van een gift, belofte of dienst. In plaats daarvan richten zij zich tot degene die ‘zich door gift of belofte tot een of ander laat omko(o)pen’. Dit verschil in terminologie doet uiteraard de vraag rijzen wat de consequenties daarvan zijn voor de reikwijdte van de strafbaarheid van deze vorm van omkoping.

De verdachte van passieve omkoping had – via een medeverdachte – geld aangenomen van een vertegenwoordiger van een politieke partij (de verdachte van actieve omkoping), in ruil voor een stem op die partij. Volgens het cassatiemiddel is van een voltooide omkoping slechts sprake als de omgekochte de gift rechtstreeks heeft aangenomen van de omkoper. Deze opvatting is volgens de Hoge Raad onjuist.⁹⁵ Datzelfde geldt voor de opvatting dat voor bewezenverklaring van het zich laten ‘omkopen’ uit de bewijsvoering dient te volgen dat (de gemachtigde van) een kiezer uitdrukkelijk heeft toegezegd of zich anderszins uitdrukkelijk heeft verplicht in ruil voor de gift het kiesrecht op een bepaalde wijze uit te oefenen. Indien (de gemachtigde van) een kiezer een gift aanneemt en daarbij, gelet op de concrete omstandigheden van het geval, de redelijke verwachting wekt dat hij zijn kiesrecht op een bepaalde wijze zal uitoefenen, kan volgens de Hoge Raad worden bewezenverklaard dat hij zich heeft laten omkopen als bedoeld in artikel 132 SrNA.

Deze benadering van de Hoge Raad is in lijn met oude jurisprudentie over het Nederlandse artikel 126 Sr. Op grond daarvan is niet vereist dat de kiezer door de gift is overgehaald om op een andere kandidaat te stemmen dan hij aanvankelijk van plan was. Bovendien hoeft het beoogde resultaat – het (op een bepaalde wijze) uitoefenen van het stemrecht – niet te zijn bereikt. Het delict is voltooid wanneer de partijen tot een verbintenis (wils-

overeenstemming) zijn gekomen. Wel is in het geval van actieve omkoping in de zin van artikel 126 Sr noodzakelijk dat de gift of belofte daadwerkelijk door de ander is aangenomen. In dit verband verschilt artikel 126 Sr dus van artikel 177 Sr, waar de term ‘omkoping’ juist is vermeden om reeds het enkele aanbieden van een gift strafbaar te stellen. Als de aangeboden gift niet door de kiezer wordt aangenomen, zal in relatie tot artikel 126 Sr daarentegen slechts sprake kunnen zijn van een strafbare poging.⁹⁶

Uit de arresten van 4 juni 2019 blijkt dat het vereiste van wilsovereenstemming niet meebrengt dat de kiezer zich uitdrukkelijk moet hebben verplicht het kiesrecht op een bepaalde wijze uit te oefenen, als hij maar de redelijke verwachting heeft gewekt dat hij dat zou doen. Overigens kan men zich afvragen waarom de wetgever in artikel 126 Sr en artikel 132 SrNA niet ‘gewoon’ spreekt over het doen of aannemen van een gift (enzovoort). Dat zou de duidelijkheid en consistentie van de omkopingsbepalingen ten goed komen, terwijl een inhoudelijke rechtvaardiging voor het verschil in formulering ontbreekt.

Bijzondere wetgeving

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

Drank- en Horecawet

In verreweg de meeste gevallen worden geschillen omtrent de toepassing van de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) in hoger beroep voorgelegd aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling). Soms is in hoger beroep het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) de bevoegde rechter. Op 12 maart 2019 heeft dit rechtscollege overwogen dat het ingestelde hoger beroep tegen de intrekking van een verleende communautaire vergunning op grond van de Wet Wegvervoer Goederen door het bestuursorgaan (Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie) ongegrond is.⁹⁷ Uitspraken van het CBB over de toepassing van de Wet Bibob zijn niet zeldzaam, maar komen ook niet jaarlijks voor. Het is vooral de toepassing van deze wet ten aanzien van de horeca, waarover in hoger beroep wordt geklaagd. In dergelijke situaties is de Afdeling de bevoegde rechter in hoger beroep. Recentelijk heeft de Afdeling zich gebogen over een zaak, waarin de burgemeester van Amsterdam bij besluit van 6 juli 2016 de gevraagde exploitatievergunningen voor Best Western Premier Hotel Couture en Golden Tulip Amsterdam West heeft geweigerd, de gevraagde drank- en horecaverunningen voor Best Western Premier Hotel Couture en Best Western Blue

94. HR 4 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:844, NJ 2019/242 en HR 4 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:844.

95. Vergelijk ten aanzien van omkoping door middel van een tussenpersoon in het kader van artikel 177 Sr: T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptielicten*, Deventer 2016, p. 60-61.

96. Zie Sikkema 2005, p. 407-412, alsmede de conclusies van A-G Harteveld voor de arresten van 4 juni 2019 (ECLI:NL:PHR:2019:590 en ECLI:NL:PHR:2019:592).

97. CBB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:107, AB 2019/280 m.nt. Van der Vorm.

Tower Hotel eveneens heeft geweigerd en de voor Golden Tulip Amsterdam West en appellante E verleende drank- en horecaverunningen heeft ingetrokken. Daarnaast heeft de burgemeester in die zaak een last onder bestuursdwang opgelegd, inhoudende om de exploitatie van de horeca-activiteiten in de bovengenoemde hotels binnen vier weken te beëindigen en beëindigd te houden. Dit besluit is gebaseerd op adviezen van het Landelijk Bureau Bibob. Het hoger beroep van de appellanten wordt door de Afdeling ongegrond verklaard.⁹⁸

In een andere zaak is door de burgemeester van Eindhoven op grond van een advies van het Landelijk Bureau Bibob de aanvraag van wederpartij voor een exploitatievergunning voor niet-alcoholverstrekkende horeca in Eindhoven afgewezen. De wederpartij is door de rechtbank in eerste aanleg in het gelijk gesteld. Tegen deze uitspraak is door de burgemeester hoger beroep ingesteld. De casus is als volgt: de wederpartij, waarvan A en B de vennoten zijn, exploiteerde vanaf 16 september 2014 een bakkerij in Eindhoven. Zij wilde een deel van de bakkerij inrichten als lunchroom. Om deze reden hebben zij op 6 november 2014 een aanvraag ingediend voor een exploitatievergunning voor niet-alcoholverstrekkende horeca. Bij brief van 9 december 2014 heeft de officier van justitie de burgemeester in overweging gegeven een advies te vragen bij het Landelijk Bureau Bibob (OM-tip), hetgeen de burgemeester ook heeft gedaan. Het Landelijk Bureau Bibob heeft op 28 april 2015 advies uitgebracht. In dat advies wordt geconcludeerd dat er een ernstig gevaar is dat de aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. De burgemeester heeft deze conclusie overgenomen en de aanvraag afgewezen. In hoger beroep overweegt de Afdeling dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat ernstig gevaar bestaat dat de vergunning mede zal worden gebruikt voor het plegen van strafbare feiten. Het incidenteel hoger beroep van de wederpartij is daarom volgens de Afdeling gegrond. De rechtbank heeft het beroep van wederpartij terecht gegrond verklaard en het besluit van 14 juli 2016 terecht vernietigd. Zij heeft de burgemeester echter ten onrechte opgedragen een nieuw besluit te nemen op het door wederpartij tegen het besluit van 9 oktober 2015 gemaakte bezwaar. Daarnaast is de rechtbank ten onrechte niet overgegaan tot het herroepen van het besluit van 9 oktober 2015. Omdat de wederpartij de exploitatie van de bakkerij inmiddels heeft overgedragen, heeft zij geen belang meer bij een nieuwe vergunning. Zij heeft dus ook geen belang meer bij een nieuw besluit op haar aanvraag van 6 november 2014. De Afdeling bepaalt daarom dat de burgemeester geen nieuw besluit op de aanvraag hoeft te nemen.⁹⁹

In tweede andere zaken die gerelateerd zijn aan de Wet Bibob wordt – ten onrechte – geklaagd over de voorwaarden die zijn verbonden aan de vergunningverle-

ning¹⁰⁰ en heeft de burgemeester terecht de aanvraag om verlening van een vergunning voor de exploitatie van een coffeeshop afgewezen.¹⁰¹

Los van de Wet Bibob zijn in de eerste helft van 2019 uitspraken verschenen, waar onder andere aandacht is besteed aan het begrip ‘slecht levensgedrag’. Zo heeft de Afdeling overwogen dat uit artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, Drank- en Horecawet (hierna: DHW), blijkt dat leidinggevend en aan de eis dat zij niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn, moeten voldoen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:377, is in het Zedelijkheidsbesluit, dat is vastgesteld krachtens artikel 8, tweede lid, DHW, geen nadere omschrijving gegeven van de eis dat leidinggevend niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn. Derhalve zijn geen beperkingen gesteld aan de feiten of omstandigheden die bij de beoordeling van het levensgedrag mogen worden betrokken.¹⁰² Daarnaast kan worden gewezen op een zaak, waarin door de burgemeester – terecht – een clubhuis is gesloten, omdat in strijd met artikel 3 DHW alcohol werd verkocht zonder vergunning en vanuit het clubhuis criminele activiteiten hebben plaatsgevonden, waaronder het verkopen en verstrekken van drugs, het aanwezig hebben van wapens en bedreiging en afpersing.¹⁰³

De intrekking van een vergunning¹⁰⁴, omdat appellant niet meer voldoet aan het in artikel 8 DHW neergelegde vereiste dat leidinggevend van een horecabedrijf niet van slecht levensgedrag zijn, speelde een rol in een andere zaak.¹⁰⁵ Wegens een incident op 16 september 2016, waarbij de appellant verdacht is van mishandeling van twee politieagenten en een vervolging plaatsvond voor een op 11 januari 2017 gepleegde diefstal, kon volgens de burgemeester de vergunning worden ingetrokken. De intrekking is volgens de burgemeester overeenkomstig de Beleidsregels Brabants Alcohol- en Horecasanctiebeleid (hierna: de Beleidsregels) en de bijbehorende sanctietabel. De Afdeling ging hierin niet mee, onder andere omdat in de artikelen 1:6 en 1:8 van de APV Meierijstad het levensgedrag van een exploitant als zodanig niet als intrekkinggrond staat vermeld. De intrekking van de APV-vergunningen op grond van deze artikelen kon dus niet worden gebaseerd op het levensgedrag van de appellant. De intrekking kon evenmin worden gebaseerd op artikel 2.28, derde lid, APV Meierijstad alleen al omdat dit artikel uitsluitend ziet op de weigering en niet op de intrekking van een vergunning.¹⁰⁶

100. ABRvS 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1439.

101. ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1360.

102. ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1931.

103. ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1343.

104. In ABRvS 20 februari, ECLI:NL:RVS:2019:482, is een vergunning afgewezen, omdat niet werd voldaan aan de mechanische vereisten van artikel 10 DHW in samenhang met artikel 5 Besluit inrichtingen Drank- en Horecawet.

105. In ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1099, BA 2019/169 speelde het slecht levensgedrag eveneens een belangrijke rol bij de afwijzing van de gevraagde vergunningen.

106. ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1451.

98. ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1471, JB 2019/111.

99. ABRvS 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1644.

Naast intrekkingen van vergunningen kunnen eveneens andere bestuurlijke sancties worden opgelegd wegens overtreding van de DHW. In een zaak zijn wegens overtreding van artikel 3, eerste lid, DHW en artikel 2:27, eerste lid, APV Groningen 2009, lasten onder bestuursdwang en een bestuurlijke boete (artikel 20, eerste lid, DHW) opgelegd. De Afdeling gaat akkoord met deze bestuurlijke sanctie.¹⁰⁷

Soms worden zogenoemde ‘mystery guests’ ingezet om te controleren dat geen alcoholhoudende drank wordt verstrekt aan personen die nog niet de leeftijd van achttien jaren hebben bereikt.¹⁰⁸ In een zaak is alcoholhoudende drank verkocht in een sportkantine aan een bezoeker van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Dit levert strijd op met het bepaalde in artikel 20, eerste lid, DHW, waardoor de burgemeester een bestuurlijke boete heeft opgelegd van € 1.360. Deze bezoeker was als ‘mystery guest’ ingezet door het gemeentebestuur. Aan de in bezwaar gehandhaafde boete heeft de burgemeester een op ambtseid opgemaakt rapport van 8 november 2016 (hierna: het boeterapport) ten grondslag gelegd. Uit het boeterapport volgt dat toezichthouders van de gemeente in de kantine een jongen hebben gezien die niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt en dat hij een slok uit een glas bier nam. Desgevraagd heeft die jongen aan de toezichthouders geantwoord dat hij het bier zelf heeft gekocht en dat daarbij naar zijn leeftijd en zijn identiteitskaart niet is gevraagd. Het boetebedrag is overeenkomstig het Besluit bestuurlijke boete Drink- en Horecawet (hierna: het Besluit) vastgesteld. De rechtbank heeft de boete niet rechtmatig geacht. De Afdeling overweegt evenwel dat de bestuurlijke boete rechtmatig is opgelegd en geen sprake is van een schending van het ondervragingsrecht, zoals bedoeld in artikel 6, derde lid, onder d, EVRM. Ook was er geen reden om de barmedewerker te wijzen op zijn zwijgrecht.¹⁰⁹

De Wet op de kansspelen

In de afgelopen periode zijn enkele uitspraken van de Afdeling verschenen die handelen over de handhaving van de Wet op de kansspelen (hierna: Wok). De Afdeling heeft in een zaak overwogen dat de kansspelautoriteit op goede gronden een last onder bestuursdwang heeft opgelegd wegens overtreding van het bepaalde in artikel 30h, eerste lid, Wok.¹¹⁰ Uit een andere uitspraak blijkt dat, indien geen sprake is van een vergunde alcoholhoudende horeca-inrichting, de burgemeester overeenkomstig artikel 30e, eerste lid, onder a, gelezen in samenhang met artikel 30c Wok, terecht de aanwezigheidsvergunning voor twee kansspelautomaten heeft geweigerd.¹¹¹ Ook blijkt uit jurisprudentie dat een

persbericht van de kansspelautoriteit, inhoudende een mededeling dat een bedrijfspand en twee woningen zijn doorzocht, omdat er signalen waren over een mogelijk nieuwe variant op de gokzuil Cash Centers, geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb.¹¹²

De Opiumwet

Blijkens staande jurisprudentie dient de toepassing van artikel 13b Opiumwet in beginsel te worden aangemerkt als een bestuurlijke herstelsanctie.¹¹³ Zo heeft de Afdeling recentelijk weer overwogen dat de sluiting van een woning op grond van artikel 13b Opiumwet in het algemeen niet als een bestraffende sanctie wordt aangemerkt.¹¹⁴ In dat licht is het ook niet verwonderlijk dat Afdeling heeft overwogen dat de uitwerking van een bestuurlijke boete en een woningsluiting op grond van artikel 13b Opiumwet niet met elkaar botsen. De bestuurlijke boete is in casu niet opgelegd met als doel de woning weer toe te voegen aan de woningvoorraad, maar met het doel de appellant te straffen omdat hij de woning heeft onttrokken aan de woningvoorraad. Het college mocht hierbij van belang achten dat met het opleggen van een bestuurlijke boete een signaal wordt afgegeven dat tegen het onttrekken van een woning zonder vergunning wordt opgetreden. Het doel dat de burgemeester wilde bereiken met de sluiting was het voorkomen dat de woning nog langer zou worden gebruikt ten behoeve van het drugscircuit. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat de uitwerking van deze bestuurlijke sancties met elkaar botsen en is met de rechtbank van oordeel dat de burgemeester en het college in redelijkheid beide sancties konden opleggen.¹¹⁵

Het feit dat de burgemeester bevoegd is om toepassing te geven aan artikel 13b Opiumwet, betekent niet noodzakelijkerwijze dat de burgemeester zijn besluit tot sluiting ook in redelijkheid heeft kunnen nemen.¹¹⁶ Soms wordt de burgemeester door de rechtbank – ten onrechte – onbevoegd verklaard om artikel 13b Opiumwet toe te passen.¹¹⁷ Ook kan het voorkomen dat de burgemeester het sluitingsbesluit onvoldoende heeft gemotiveerd.¹¹⁸ Op 28 augustus 2019 deed de Afdeling uitspraak in een zaak waarin de burgemeester van Maastricht een woning had gesloten. De Afdeling greep deze zaak aan om een overzichtsuitspraak te doen, waarin zij haar eerdere rechtspraak verdisconteerde. Met de overzichtsuitspraak geeft de Afdeling meer duidelijkheid

107. ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1032, AB 2019/327 m.nt Van Mill.

108. Zie verder A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek: Bestuursstrafrecht’, DD 2019, p. 289-290.

109. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:195, JIN 2019/113 m.nt. Sackers. Zie verder: J.P. Heinrich, M.L. Batting & R.W. Veldhuis, ‘Kroniek: Handhaving van bestuursrecht’, NTB 2019, p. 63-64.

110. ABRvS 2 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:11.

111. In ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1099, BA 2019/169.

112. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1779, JB 2019/126.

113. B. van der Vorm, ‘De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie’, PROCES 2019, p. 40-52.

114. ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:627, JB 2019/67.

115. ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1018, Gst. 2019/109, m.nt. M.H.W. Bodelier.

116. ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:794, JOM 2019/469. Zie ook ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1930. In ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:113, JB 2019/32 overwoog de rechtbank dat de burgemeester niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot sluiting gebruik had kunnen maken. De Afdeling ging hierin niet mee.

117. ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:730.

118. ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1310, JOM 2019/554.

over de manier waarop zij besluiten van de burgemeester over het sluiten van woningen toetst.¹¹⁹

Tot slot kan in dit verband nog worden gewezen op de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven over de gedoogbeschikking.¹²⁰

De Wet wapens en munitie

De Wet van 15 mei 2019, houdende regels voor de inzet van gewapende particuliere maritieme beveiligers aan boord van Nederlandse koopvaardij schepen (Wet ter Bescherming Koopvaardij), waarbij Nederlandse koopvaardij schepen bij de doorgang van gevaarlijke zeegebieden gebruik kunnen maken van gewapende particuliere maritieme beveiligers indien niet in militaire bescherming kan worden voorzien, verscheen inmiddels in het Staatsblad. De inwerkingtreding is nog open.¹²¹ Wel in werking trad op 1 mei 2019 de verplichting van het openbaar ministerie om de korpschef te informeren over bij het openbaar ministerie bekende maatregelen opgelegd onder de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen aan houders van een wapenvergunning of jachttakte.¹²²

Bij Wet van 5 juni 2019 traden diverse wetswijzigingen in werking in verband met de Richtlijn (EU) 2017/853 die weer strekt tot wijziging van Richtlijn 91/477/EEG inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens (PbEU 2017, L-137/22).¹²³ Door de terreuraanslagen in Europa (zoals in Parijs in 2016) waarbij onder andere gebruik werd gemaakt van vuurwapens die op enig moment onbruikbaar waren gemaakt, maar weer gebruiksklaar konden worden gemaakt, werd in Europees verband de urgentie van deze herziening benadrukt. In de eerste plaats zijn op voet van de richtlijn een aantal nieuwe definities aan de wet toegevoegd, te weten onder andere een omschrijving van de 'Europese vuurwapenpas', van 'essentiële onderdelen van vuurwapens', van 'onbruikbaar gemaakte vuurwapens' en van de 'Richtlijn (EEG) 91/477'. Aan artikel 3 is toegevoegd dat de bepalingen over wapens ook van toepassing zijn op de essentiële onderdelen van vuurwapens in de zin van de Vuurwapenrichtlijn. Om te voorkomen dat de regels over (vuur)wapens kunnen worden omzeild door een wapen te demonteren is de wet in artikel 3 eveneens van toepassing verklaard op onderdelen van wapens. Vuurwapenmagazijnen zijn als 'hulpstukken' gedefinieerd. Verder zijn nadere regels opgenomen over (museale) verzamelingen (artikel 4 leden 3 en 4), over het verenigingslidmaatschap van verlofhouders (artikel 6b), en over een afzonderlijk verlof

voor magazijnhouders (artikel 7 lid 5). De verbodsbepaling van artikel 9 is uitgebreid met een verbod op het onderhandelen over of regelen van transacties voor de aankoop, verkoop of levering van wapens of munitie of het organiseren van de overbrenging van wapens of munitie binnen, naar of vanuit een lidstaat van de Europese Unie. Tevens bepaalt artikel 9 dat een erkenning niet strekt tot de ombouw of aanpassing van een wapen van categorie II, sub 6°, of van categorie III, sub 2° of sub 4°, tot een vuurwapen. Een nieuw artikel 9a legt op de houder van een erkenning of de beheerder een meldplicht op bij verdachte transacties rond de verwerving van munitie. De wijzigingen van de artikelen 14, 28, 31 en 32 zien op aanscherpingen van legaal wapenbezit. De markeringsplicht (de artikel 32a en 32b) is herzien en de nieuwe artikelen 35, 36 en 37 bevatten registratieverplichtingen en bij de registratie in acht te nemen voorschriften. Ten slotte is een minder relevante wijziging aangebracht in de tekst van artikel 41 en is in het nieuwe artikel 43 de korpschef aangewezen als de bevoegde autoriteit voor de controle op onbruikbaar gemaakte vuurwapens.

Nadat in het kader van de deregulering van de wapenregelgeving bij de invoering van de herziene wet in 1997 was besloten het toenmalige Besluit Wapens en Munitie in te trekken en zijn bepalingen waar nodig te verspreiden in de regeling en/of de circulaire, deed de regelgever in 2019 wederom een Besluit wapens en munitie het licht zien.¹²⁴ Officieel gaat het om het Besluit van 15 juli 2019 ter implementatie van de Richtlijn (EU) 2017/853 van het 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). Deze richtlijn was al voor een belangrijk deel geïmplementeerd door middel van de wetswijzigingen die de Wet van 5 juni 2019 (Stb. 2019, 267) teweeg had gebracht, maar kennelijk was voor een verdere aanvulling een afzonderlijk besluit nodig. Het Besluit wapens en munitie bestaat uit elf artikelen en opent met een aantal definities (artikel 1). Dan volgens twee bepalingen over erkenningen (voor musea in artikel 2, en voor verzamelaars in artikel 3), een bepaling over het verplichte lidmaatschap van een erkende vereniging, noodzakelijk voor het verkrijgen van een verlof tot het voorhanden hebben van een vuurwapen van categorie A, onderdelen 6 of 7, in bijlage I van de Richtlijn (artikel 4), en een volgend artikel over de invulling van het 'redelijk belang'-criterium onder andere bestaande uit het blijf geven van voldoende training in schietvaardigheid (artikel 7). Voorschriften over het beheer van wapens bij een erkende vereniging zijn opgenomen in artikel 5. Van andere aard is artikel 6. Deze bepaling omschrijft de 'verdachte munitietransactie' in de zin van artikel 9a, eerste lid, WWM. Onder een verdachte transactie wordt volgens deze bepaling in ieder geval verstaan een transactie van een of meerdere aankopen voor munitie binnen een week waarbij de koper meer dan 10.000

119. ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912.

120. ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:86, BA 2019/79.

121. Stb. 2019, 186.

122. Besluit van 23 april 2019 tot vaststelling van de tijdstippen van gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet van 29 mei 2017 tot wijziging van de Wet wapens en munitie, de Flora- en faunawet en de Wet natuurbescherming in verband met de versterking van het stelsel ter beheersing van het legaal wapenbezit (Stb. 2017, 242), Stb. 2019, 172. In een aanvullende wijziging is voorzien in *Kamerstukken I* 2018/19, 35 087, nr. A (Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten).

123. Wet van 5 juni 2019 (Stb. 2019, 257) inwerkingtreding 23 juli 2019 (Stb. 2019, 267), *Kamerstukken* 34 984.

124. Stb. 2019, 268.

patronen heeft aangeschaft, of een transactie waarbij degene die munitie aanschaft naar het oordeel van de houder van een erkenning of de beheerder niet vertrouwd lijkt te zijn met het gebruik van de munitie, dan wel niet overtuigend kan aangeven waarvoor hij de munitie gaat gebruiken.

In de zomer van 2019 is een conceptwetsvoorstel ingediend ter versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit. Met dit voorstel krijgt de wet een nieuwe paragraaf 13 met één artikel (artikel 56a), dat voorziet in de mogelijkheid de veroordeelde te verplichten kosten die (na toepassing van artikel 36b Sr) met de vernietiging van de voorwerpen gepaard gaan, op zich te nemen.

In tegenstelling tot de activiteiten van de wet- en regelgever is het op het domein van de Wet wapens en munitie relatief rustig geweest in de afgelopen periode. De discussie over de (on)toelaatbaarheid van nepwapens en de Speelgoedrichtlijn lijkt definitief beslist door de Hoge Raad.¹²⁵ Zoals feitenrechters de aan- of afwezigheid van een zogenoemde CE-markering al hadden gerelativeerd, wordt dit nu ook door de Hoge Raad gedaan. Gelet op het bewijs (waaronder de vaststelling van het hof dat het voorwerp naar vorm, afmeting en kleur een sprekende gelijkenis vertoont met een vuurwapen van het merk Beretta) houdt de Hoge Raad het ervoor dat de verdachte een imitatie van een echt vuurwapen voorhanden had. Indien een imitatie van een echt vuurwapen is vervaardigd voor verzamelaars, en dat voorwerp (of de verpakking ervan) is voorzien van een zichtbare en leesbare aanduiding dat zij is bestemd voor verzamelaars van veertien jaar en ouder, kan dat voorwerp reeds op grond van artikel 2, eerste lid tweede volzin, van de Speelgoedrichtlijn in verbinding met Bijlage I, sub 2 aanhef en onder e, niet worden beschouwd als speelgoed. Kort gezegd: imitaties van echte vuurwapens kunnen niet als speelgoed in de zin van de richtlijn worden beschouwd. Daarbuiten geldt dat een voorwerp slechts dan als speelgoed kan worden aangemerkt in het geval dat het is ontworpen of bestemd om door kinderen jonger dan veertien jaar bij het spelen te worden gebruikt. De Hoge Raad trekt een grens tussen enerzijds speelgoedwapens en anderzijds imitaties van echte vuurwapens. Van een imitatie is volgens de Hoge Raad sprake zodra het voorwerp niet of nauwelijks van een echt vuurwapen is te onderscheiden. Wat een tikje lijkt de wringen zijn de woorden ‘vervaardigd voor verzamelaars’. Is een 14-plusser met één neppistool een verzamelaar? Kennelijk wel, al lijkt de tekst van de geciteerde bepaling uit de Bijlage van de richtlijn eerder te wijzen op het hebben van een collectie ‘bestaande uit imitaties van echte vuurwapens’. Wat daarvan zij, de Hoge Raad heeft de situatie teruggebracht zoals die bestond voordat de Speelgoedrichtlijn werd geïmplementeerd. Nepwapens, imitaties van echte vuurwapens, vallen dus onder wapencategorie I. Hoewel de opsporingspraktijk na de periode van enigszins verwarrende

feitenrechtspraak verheugd op het arrest zal hebben gereageerd, resteert één lastig puntje. Het blijft uiteindelijk aan de feitenrechter om in een concreet geval vast te stellen of een nepwapen aan de hand van de uiterlijke kenmerken ‘niet of nauwelijks van een echt vuurwapen’ is te onderscheiden. Hoe die dat doet, maakt niet uit. Artikel 3 Regeling wapens en munitie is daarbij het probleem niet, die bepaling is volgens de Hoge Raad voldoende duidelijk.

Was in de vorige afleveringen van deze kroniek veel te doen over de als gadget op de markt gebrachte ‘creditcard-mesjes’, het afgelopen half jaar duiken ineens zogenoemde boksbeugeltassen op (op boksbeugels gelijkende voorwerpen die als een handvat op een tas zijn gemonteerd). De Rechtbank Oost-Brabant overwoog dat die tassen in hun geheel, noch de handgreep afzonderlijk, als wapen zijn ontworpen en niet tot doel hebben als wapen te worden gebruikt, en ook niet als wapen kunnen worden gebruikt, gelet op het materiaal waarvan de handgreep is vervaardigd, de onmogelijkheid met die tassen een harde stoot uit te delen en de grote kans die aanwezig is dat de gebruiker van een boksbeugeltas bij het uitdelen van een stoot zelf letsel oploopt. De rechtbank is van oordeel dat de boksbeugeltassen geen wapens in de zin van de Wet wapens en munitie zijn.¹²⁶ Ook een telefoonhoesje, dat weliswaar uiterlijke kenmerken van een boksbeugel vertoonde, werd (gezien het materiaal waarvan het is vervaardigd) ongeschikt geacht om daadwerkelijk als zodanig te worden gebruikt. Het voorwerp werd dan ook niet worden beschouwd als een wapen.¹²⁷

Het in de vorige aflevering van de kroniek besproken HR 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2091, verscheen daarna als NJ 2019/93 m.nt. Sackers. Dit arrest (over het lex certa-beginsel in relatie tot artikel 3 Regeling wapens en munitie) werd bevestigd in HR 5 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:177.

Varia

Verzorgd door mr. dr. J.S. Nan

Nemo tenetur en het bereken van rendementen

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft zich deze zomer gebogen over het nemo tenetur-beginsel, zoals dat geldt op basis van artikel 6 EVRM. De AFM had een bank in het vizier ten aanzien van onduidelijke en misleidende reclame aangaande de rendementen van financiële diensten (beleggingsproducten).¹²⁸ De AFM trad in contact met de bank en heeft in totaal drie informatievorderingen gedaan, waarbij de bank onder meer aan de hand van een door haar speciaal

125. HR 20 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2153, NJ 2019/83, m.nt. Sackers.

126. Rb. Oost-Brabant 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2554.

127. Hof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1731.

128. Artikel 4:19 lid 2 Wft schrijft wat dat betreft voor: ‘De door een financiële onderneming aan cliënten verstrekte of beschikbaar gestelde informatie, waaronder reclame-uitingen, ter zake van een financieel product, financiële dienst of nevendienst is correct, duidelijk en niet misleidend.’

daarvoor opgesteld rekenmethode, de rendementen van diverse voorbeeldportefeuilles heeft uitgezocht. Ook moest de bank op door haar verschaft informatie op sommige punten een toelichting geven. De bank heeft hieraan voldaan. Uiteindelijk legde de AFM de bank een aanzienlijke bestuurlijke boete op. De reclameuitingen waren onduidelijk (de daadwerkelijke portefeuilles waren veel diverser) en misleidend (de getoonde rendementen waren structureel hoger). Na een tevergeefs beroep bij de rechtbank tegen dat besluit, appelleerde de bank bij het CBB.¹²⁹ Daarbij deed de bank onder meer een – niet geheel onbegrijpelijk – beroep op het beginsel dat niemand mag worden gedwongen mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De uitspraak ziet op wel meer beroepsgronden, maar ik richt me met zevenmijlslaarzen op de eerste grond aangaande het nemo tenetur-beginsel.¹³⁰ Bij het CBB krijgt de bank op dit punt namelijk gelijk. Het college overweegt daarbij dat sprake is van dwang. De bank moest onder dreiging van de artikelen 5:16, 5:17 en 5:20 Awb aan de informatievorderingen en andere verzoeken doen (r.o. 5.3.4). Het interessants is de kwestie of het hier gaat om wilsafhankelijk materiaal (zoals de bank betoogde) of om wilsafhankelijk materiaal (zoals de AFM het CBB wilde doen geloven), dat gedwongen werd overhandigd. Het laatste materiaal mag wel voor (bestuurlijke) bestraffing worden gebruikt, het eerste niet. Dat is vaste jurisprudentie van het CBB en de Hoge Raad, waarbij geldt dat ‘onder ‘wilsonafhankelijk materiaal’, [wordt] verstaan het materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte’ en volgt hieruit dat de kwalificatie van materiaal als ‘wilsonafhankelijk’ dan wel ‘wilsafhankelijk’ – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene – is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin ‘bestaat’ onafhankelijk van de wil van de betrokkene). Van een ‘bestaan’ in fysieke zin is ook sprake, wanneer de gegevens zijn vastgelegd op een gegevensdrager’ (r.o. 5.3.3). Helemaal zo zwart/wit is dit overigens niet, omdat de wijze waarop wilsonafhankelijk materiaal wordt verkregen, ook problematisch kan zijn volgens het Europese Hof. Het arrest inzake Jalloh tegen Duitsland is hiervan een voorbeeld.¹³¹ De kernoverweging van het CBB is r.o. 5.3.7:

‘Het College volgt appellante in haar betoog dat dit materiaal over de ontwikkeling van de gemiddelde cumulatieve rendementen van de cliëntportefeuilles gekwalificeerd moet worden als wilsafhankelijk materiaal. Aannemelijk is dat de gemiddelde cumulatieve cliëntrendementen welke in de grafieken en histo-

grammen zijn getoond op het moment van het vorderen van deze gegevens niet als zodanig waren vastgelegd op een gegevensdrager. Het College acht – gelet op hetgeen appellante in dit verband heeft aangevoerd – voorts aannemelijk dat de data op basis waarvan appellante de cumulatieve gemiddelde rendementen diende te berekenen niet voor alle portefeuilles over dezelfde periode beschikbaar waren omdat appellante, naar zij heeft gesteld, pas in 2011 was begonnen met het opslaan van rendementsgegevens van klanten. Appellante heeft om de door AFM gevorderde cumulatieve gemiddelde rendementen van klanten vanaf 2008 te kunnen leveren, naar zij onweersproken heeft gesteld, een rekenmethode ontwikkeld en gebruikt om de ontbrekende cijfers bij benadering te reconstrueren op basis waarvan zij vervolgens de cumulatieve gemiddelde rendementen heeft berekend. Anders dan AFM heeft betoogd heeft appellante niet slechts bestaande gegevens ingevoerd in een systeem en op basis van deze bestaande brongegevens een gemiddeld cumulatief rendement berekend. Appellante had op het moment dat AFM deze informatie vorderde een dergelijke berekening nog niet gemaakt. Het betoog van AFM dat de rendementen van de cliëntportefeuilles bij appellante ten tijde van de informatievordering bestonden, gaat hieraan voorbij. De gemiddelde cumulatieve rendementen waren op het moment van vorderen ook niet vastgelegd op een gegevensdrager. De omstandigheid dat appellante de gegevens beschikbaar had om de gevorderde informatie – berekening van de gemiddelde cumulatieve rendementen – te kunnen leveren, betekent niet dat (daarmee ook kan worden gezegd dat) de gemiddelde cumulatieve rendementen in fysieke zin bestonden. De door AFM gemaakte vergelijking met de situatie waarin door de fiscus bankafschriften of portfolio-overzichten worden gevorderd – dus gegevens die door middel van een systeem kunnen worden verkregen – miskent dat het in die gevallen, anders dan in hier, ging om overzichten die al (door de bank) waren opgesteld en in fysieke zin bestonden.’

De door de AFM gemaakte vergelijking sluit aan bij de opstelling van de Hoge Raad. Die oordeelde bijvoorbeeld dat het aanleveren van ‘meetresultaten en monsteranalyses’ aan de toezichhoudende instantie geen strijd opleverde met artikel 6 EVRM, ook niet als daardoor mogelijk de verdenking rijst ter zake van enig strafbaar feit.¹³² Maar de bank moest hier niet louter fysiek of digitaal reeds bestaande gegevens die het systeem van de bank kon aanleveren overdragen, maar aan dergelijke gegevens een duiding geven. De bank heeft, om de verlangde informatie over de rendementen te kunnen genereren en verschaffen, immers een nieuw rekenmodel moeten opstellen. Ook moest zij een nadere toelichting geven op de door haar gegeven informatie.

129. Cbb 5 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177.

130. Zie onder andere ook de noten van Berns, *NTRF* 2019/1496 en Stijnen, *AB* 2019/297.

131. EHRM 11 juli 2006 (Grote Kamer), ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, (*Jalloh vs. Duitsland*), par. 117-123. Zie verder bijvoorbeeld L. Stevens, ‘Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur’, *NJB* 2019/315, afl. 6, p. 400-403 en D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel in de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering’, *TBS&H* 2018-4, p. 249-254.

132. HR 19 september 2007, *NJ* 2007/39 m.nt. Reijntjes (onder verwijzing naar HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648).

En, juist daartegen beschermt het nemo tenetur-beginsel nu juist. Hier is sprake van de situatie dat de bank het haar belastende bewijsmateriaal zelf heeft moeten *produceren*. En daarmee onderscheidt dit geval zich van de zaken waarin de betrokkene meetgegevens, een bankafschrift, de opgave van het inkomen et cetera moest overhandigen. Dat materiaal bestaat al en dat deze betrokkene het materiaal liever niet *wil* afgeven, maakt het nog niet wilsonafhankelijk. De berekening van de rendementen was nog niet voorhanden en is alleen afhankelijk van de wil van de bank komen te bestaan. In het onderhavige geval won de bank overigens wel de slag, maar verloor zij de oorlog. Ook zonder de door de bank in strijd met het nemo tenetur-beginsel overhandigde materiaal bleef voor het CBb voldoende bewijs over voor beboeting wegens onduidelijk en misleidende reclame-uitingen.