

Jurisprudentie

Kroniek ondernemingsstrafrecht

Eerste helft 2022

Prof. mr. H.J.B. Sackers (red.), mr. J. Boonstra, mr. dr. S.S. Buisman, mr. A.A. Feenstra, mr. C.A.M. Janssen, mr. dr. I. Koopmans, mr. V.S.Y. Liem, prof. mr. M. Nelemans, mr. J.S. Boeser, prof. mr. J.S. Nan, mr. dr. E. Sikkema, mr. dr. drs. B. van der Vorm en mr. dr. W.S. de Zanger

Inleiding

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

246

Het nieuws in het eerste halfjaar van 2022 werd gedomineerd door de afzwakking en vervolgens de afschaffing van de maatregelen rondom de Covid 19-pandemie, de (gevolgen van de) oorlog in Oekraïne en de boerenprotesten tegen de maatregelen die uit het stikstofbeleid van de overheid voort kunnen komen. Verder trad begin dit jaar een nieuw kabinet aan dat een coalitieakkoord presenteerde met voor het strafrecht ambitieuze plannen. Met forse investeringen in de strafrechtketen dient het justitieschip weer vlot getrokken te worden. Politie, rechtspraak en justitie kunnen op stevige financiële injecties rekenen, terwijl afzonderlijk gelden zijn vrijgemaakt voor de strijd tegen de ondermijning, voor de versterking van de sociale advocatuur en voor de implementatie van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

De wetswijzigingen uit de afgelopen periode zijn beperkt. Zo trad in werking de Wet van 12 mei 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie, en een wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren.¹ Eveneens in werking trad

de Wet van 4 november 2021 tot wijziging van de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering (en enige andere wetten) in verband met versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit.² Voorts valt te wijzen op de inwerkingtreding van het besluit van 21 december 2021 tot wijziging van de bedragen van de boetecategorieën van artikel 23 lid 4 Sr.³ In werking ging ook de Wet van 29 juni 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht houdende de invoering van de strafbaarstelling van misbruik van prostitué(e)s die slachtoffer van mensenhandel zijn.⁴ Ten slotte valt nog te wijzen op de Wet van 23 juni 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen.⁵

Hoewel aan het wetgevingsfront in de afgelopen periode dus een relatieve stilte heerste, beginnen thans de eerste wetsvoorstellen de Kamer te bereiken, waarin de meer gedetailleerde plannen van het nieuwe kabinet zichtbaar worden. Zo werd op 16 februari 2022 het wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering in verband met het verbeteren van de bestrijding van heling, witwassen en de daaraan ten grondslag liggende vermogensdelicten.⁶ Op 7 juli 2022 volgde een wetsvoorstel tot wijziging van (onder andere) het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van het zich verschaffen, verspreiden of anderszins ter beschikking stellen van per-

¹ Stb. 2021, 223, inwerkingtreding op 1 juli 2022.

² Stb. 2021, 544, inwerkingtreding op 1 maart 2022.

³ Stb. 2022, 7, inwerkingtreding op 1 januari 2022.

⁴ Stb. 2021, 467, inwerkingtreding op 1 januari 2022.

⁵ Stb. 2021, 310, inwerkingtreding op 1 januari 2022.

⁶ Kamerstukken II 2021/22, 36036, nrs. 1-3.

soonsgegevens voor intimiderende doeleinden.⁷ In consultatie ging het voorstel tot verhoging van de strafmaxima en de uitbreiding van rechtsmacht bij mensensmokkel. Dit conceptwetsvoorstel wijzigt het Wetboek van Strafrecht op twee onderdelen. In de eerste plaats wordt de rechtsmacht over mensensmokkel uitgebreid. Dat betekent: meer mogelijkheden om buitenlandse daders in Nederland te vervolgen voor mensensmokkel. In de tweede plaats worden de wettelijke strafmaxima voor alle vormen van mensensmokkel verhoogd. Een volgend conceptwetsvoorstel betreft de versterking van de aanpak van ondermijnende criminaliteit, deel II. Dit voorstel strekt tot het tot stand brengen van een nieuwe wet die de confiscatie van criminele goederen mogelijk moet maken, en tot aanpassing van bestaande wetgeving, allemaal ter versterking van de aanpak van ondermijnende en georganiseerde criminaliteit. Deze wijzigingsvoorstellen hebben betrekking op het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht, de Opiumwet, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Wet op de economische delicten. Een hiermee samenhangend conceptvoorstel betreft de wijziging van het Wetboek van Strafrecht dat de strafbaarstelling beoogt van verborgen ruimten. Dit voorstel maakt het inbouwen van een verborgen ruimte in een vervoermiddel strafbaar. Ook wordt de strafbaarstelling voorgesteld van het beschikken over een vervoermiddel in de wetenschap dat in dat vervoermiddel een verborgen ruimte is aangebracht. Een ander conceptvoorstel betreft de stroomlijning bestuurlijke boetemaxima en termijnen. Dit wetsvoorstel, waarnaar al geruime tijd werd uitgekeken, verkleint de verschillen tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke boetes. De Raad van State had al in 2015 geadviseerd de verschillen te verkleinen. In reactie op dit advies heeft de regering in 2018 aangekondigd dit advies te zullen opvolgen. Van andere aard is het wetsvoorstel uitbreiding strafbaarheid spionage. Volgens de toelichting zijn veel spionageactiviteiten momenteel al strafbaar, zoals de klassieke spionage en het schenden van staats- en bedrijfsgeheimen. Ontwikkelingen, zoals de komst van nieuwe en steeds assertievere spelers op het wereldtoneel en de opkomst van digitale spionage, hebben de regering aanleiding gegeven om opnieuw te kijken naar de wetgeving. Met het conceptwetsvoorstel wordt het strafbaar om spionageactiviteiten te verrichten voor een buitenlandse overheid en daardoor zwaarwegende Nederlandse belangen in gevaar te brengen, zoals de nationale veiligheid en de veiligheid van personen. Hiervoor kan een gevangenisstraf van maximaal zes jaar worden opgelegd. Daarnaast zijn ook personen die anderen aanzetten tot het uitvoeren van zulke handelingen voor een ander land strafbaar op grond van de nieuwe bepaling. Omdat spionageactiviteiten steeds vaker digitaal plaatsvinden, wordt de maximale gevangenisstraf die geldt voor een aantal computermisdrijven verhoogd met een derde, wanneer deze zijn gepleegd voor een buitenlandse overheid. Te

noemen valt ook nog het conceptwetsvoorstel strafbaarstelling van conversiehandelingen dat strekt tot het instellen van een strafrechtelijk verbod op zogenoemde conversiehandelingen, ook wel ‘conversie therapie’ of ‘homogenezing’ genoemd.

Van de wetgeving naar de rechtspraak valt op te merken dat de meest opmerkelijke rechtspraak in de hierna volgende deelrubrieken wordt besproken. Uitzondering geldt voor enkele, niet in die rubrieken thuis te brengen uitspraken die toch het signaleren waard zijn. In dit verband valt te denken aan de ‘post-Keskin’-rechtspraak en de verschillende uitspraken over met het Openbaar Ministerie gemaakte procesafspraken. Verder passen in dit rijtje natuurlijk het Marengo-proces, de strafzaak Eris (‘Caloh Wagoh’) en het proces naar aanleiding van de moord op Peter R. de Vries. Maar misschien viel het oog nog wel meer op de aandacht die een vonnis van de Rotterdamse politierechter genereerde, waarin twee mannen als bijzondere voorwaarde naar het Holocaustmonument in Amsterdam zijn gestuurd vanwege een antisemitische muurschildering.⁸

Wat valt in (ondernemings)strafrechtelijk opzicht nog meer te vertellen over de eerste helft van 2022? Genoeg, zo valt in de hieronder volgende deelrubrieken te lezen.⁹ De veelzijdigheid aan strafrechtsgebieden die het ondernemingsstrafrecht kleurt, dwingt bij het aanbieden van de kroniek over de eerste helft van 2022 tot keuzes. 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 zich ervan bewust te worden gemaakt dat deze kroniek enerzijds geen verdere reikwijdte heeft dan de periode die zij beslaat, en anderzijds dat zich ook elders in het strafrecht ontwikkelingen hebben voorgedaan waarvan het signaleren hier niet zou hebben bestaan, doch waartoe andere bronnen beschikbaar zijn.¹⁰

Fiscaal strafrecht

Verzorgd door mr. A.A. Feenstra & mr. C.A.M. Janssen

Inleiding

In de afgelopen maanden zijn er nauwelijks ontwikkelingen op het terrein van wetgeving en literatuur als het gaat om fiscaal strafrecht. Er zijn wel opvallend veel rechterlijke uitspraken gedaan. In dit onderdeel wordt volstaan met een selectie van de meest in het oog springende rechterlijke oordelen.

⁸ Rb. Rotterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5673.

⁹ De deelrubriek ‘cybercrime’ wordt in de volgende kroniek hervat.

¹⁰ Bijvoorbeeld: J.S. Nan, e.a., ‘Kroniek van het straf(proces)recht’, in: ‘De staat van het recht’, *NJB* 2020/950, p. 1148-1160.

⁷ *Kamerstukken II* 2021/22, 36171, nrs. 1-3.

Rechtspraak

- *HvJ EU 5 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:348*

Een Franse accountant heeft tot en met 2011 als zelfstandig ondernemer het beroep van accountant uitgeoefend. Om die reden was hij van rechtswege btw-plichtig. Uit een boekhoudkundige controle door de belastingdienst bleek dat de accountant verschillende fiscale verplichtingen niet had nageleefd, waardoor hij een aanzienlijk bedrag aan omzet- en inkomstenbelasting had ontdoken. De belastingdienst hief de ontdoken belasting na en legde bestuurlijke boeten van 40% op. Daarna volgde een strafrechtelijke procedure waarbij een gevangenisstraf van 18 maanden (waarvan 6 voorwaardelijk) werd opgelegd. De accountant deed een beroep op het ne bis in idem-beginsel, hetgeen aanleiding was voor de Franse rechter om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. In de Franse strafrechtelijke wetsbepaling was immers vastgelegd dat strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd ‘los van de toepasselijke fiscale sancties’.

Het Hof van Justitie oordeelde onder verwijzing naar het Menci-arrest dat een beperking van het ne bis in idem-beginsel onder omstandigheden gerechtvaardigd is. Het is daarom in beginsel *niet* in strijd met het EU-recht wanneer cumulatie plaatsvindt van bestuurlijke en strafrechtelijke vervolgingsmaatregelen en sancties bij frauduleuze verzwijging of aangifteverzuim op btw-gebied. Daarbij is wel van belang dat het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen. Dit houdt in dat de voorwaarden voor toepassing van de cumulatie restrictief moeten worden uitgelegd en dat op het moment waarop het delict wordt begaan redelijkerwijs voorzienbaar is dat de betreffende gedraging aanleiding kan geven tot cumulatie. De nationale cumulatierегeling moet dus voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn. Dat in bepaalde gevallen uit de nationale rechtspraak blijkt wat de exacte voorwaarden en/of uitleggingsvoorbehouden zijn voor toepassing van de cumulatie staat niet aan die voorzienbaarheidseis in de weg. Voorts moet volgens het Hof van Justitie aan de hand van duidelijke en nauwkeurige regels ook worden gewaarborgd dat het geheel van de opgelegde sancties (zowel van dezelfde als van verschillende aard) de ernst van het geconstateerde strafbare feit niet te buiten gaat. Slechts indien de nationale regeling die ziet op de cumulatie van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties niet aan deze vereisten voldoet, is sprake van strijd met het EU-recht. De Franse rechter moet nu oordelen of dat het geval is.

Ondanks dat in Nederland het una via-beginsel van toepassing is, heeft dit arrest – waaruit het belang van een dubbele *evenredige* bestraffing volgt – waarde voor de praktijk. Te denken valt aan gevallen waarin het una via-beginsel niet opgaat, bijvoorbeeld bij strafoplegging aan twee verschillende rechtssubjecten, of zoals hieronder besproken in de situatie waarin de Hoge Raad oordeelt over het una via-beginsel in relatie tot opgelegde verzuimboetes en fiscaal strafrecht. Ook dan ligt een evenredige bestraffing in de rede.

- *HR 15 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:364*

Het Openbaar Ministerie heeft cassatie ingesteld tegen het oordeel van het hof dat de officier van justitie deels niet-ontvankelijk moest worden verklaard wegens een schending van het una via-beginsel. De Belastingdienst had aan de rechtspersoon verzuimboetes opgelegd voor het niet (tijdig) doen van aangifte omzetbelasting (artikel 67b lid 1 AWR) en het niet (volledig) betalen van de omzetbelasting over het eerste kwartaal van 2015 (artikel 67c lid 1 AWR). Daarna is verdachte, bestuurder en enig aandeelhouder van de rechtspersoon, wegens het feitelijk leidinggeven aan het opzettelijk niet doen van aangifte omzetbelasting over hetzelfde kwartaal strafrechtelijk vervolgd (artikel 69 lid 1 AWR). Het hof overwoog dat het niet voldoen van de (materieel wel verschuldigde) omzetbelasting en het niet indienen van de aangifte omzetbelasting zodanig met elkaar in verband stonden dat met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen van de verdachte en met betrekking tot de wezenlijke samenhang in handelen en schuld, er sprake is van hetzelfde feit. In aanmerking genomen dat geen nieuwe bezwaren bekend waren geworden, stond daarom het una via-beginsel in de weg aan de strafrechtelijke vervolging van verdachte van ditzelfde feit.

De Hoge Raad was het daarmee niet eens. Het una via-beginsel voorkomt namelijk dat na de oplegging van een bestuurlijke boete *dezelfde persoon* voor hetzelfde feit ‘opnieuw’ in rechte wordt betrokken, behoudens in geval van nieuwe bezwaren. Volgens de Hoge Raad is de persoon aan wie de verzuimboetes waren opgelegd niet dezelfde persoon als degene die strafrechtelijk werd vervolgd. De omstandigheid dat de verdachte bestuurder en enig (middellijk) aandeelhouder was van de betreffende rechtspersoon doet daaraan niet af. Ook artikel 50 van het Handvest verzet zich niet tegen deze gang van zaken. Het kan wel in de rede liggen om zo’n omstandigheid te betrekken bij de straftoemeting. Terzijde merkte de Hoge Raad op dat er een aanzienlijk verschil bestaat tussen de aard en ernst van enerzijds de feiten die aanleiding kunnen geven tot de oplegging van de genoemde verzuimboetes, en anderzijds het uit artikel 69 lid 1 AWR voortvloeiende strafrechtelijk feit. Daarbij wordt onder meer verwezen naar het opzet- en strekkingsvereiste, en de toe te passen maximale straffen. Gelet daarop kunnen deze feiten in beginsel dan ook niet worden aangemerkt als hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr en artikel 243 lid 2 Sv juncto artikel 255, lid 1 Sv.

De Hoge Raad plaatst met dit arrest de beboeting en bestraffing van de rechtspersoon én de natuurlijke persoon in de sleutel van de straftoemeting, en niet in de sleutel van de vervolgingsbevoegdheid. Dat is jammer. Vaak wordt immers de materiële impact van het sanctioneren van de rechtspersoon door de natuurlijke persoon gevoeld. Toch is hiermee de kous niet af. Dat het zijn van bestuurder en enig aandeelhouder van de rechtspersoon niet leidt tot vereenzelviging met die rechtspersoon, betekent immers niet dat dit nooit het geval kan zijn. Ten slotte geeft de Hoge Raad uitsluitel

over de samenloop tussen fiscale verzuimboetes en strafvervolgning. Het is bijzonder dat de Hoge Raad daarbij (onder meer) verwijst naar een juridische kwalificatie als het opzetvereiste bij een oordeel over ‘hetzelfde feit’.

- *HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526 (belastingkamer)*

De bewijslast dat een belastingplichtige opzettelijk een onjuiste aangifte heeft gedaan rust op de inspecteur. Deze bewijslastverdeling vloeit voort uit artikel 6 lid 2 EVRM. Dit betekent ook dat, in geval van twijfel, het voordeel van de twijfel aan de belastingplichtige moet worden gegund. Toch was het nodig dat de belastingkamer van de Hoge Raad een nadere specificatie van de bewijsmaatstaf voor het opleggen van fiscale boetes introduceert.

In het fiscale recht is er geen uitputtende opsomming van bewijsmiddelen die kunnen worden gebruikt, noch een minimumbewijsregel. Als maatstaf voor fiscale correcties wordt veelal ‘aannemelijk maken’ gehanteerd. De Hoge Raad geeft in dit arrest aan dat deze maatstaf niet afdoende is: de inspecteur moet de bestanddelen van een boete ‘doen blijken’. Dit houdt in dat de feiten en omstandigheden overtuigend moeten worden aangetoond. Overtuigend aantonen houdt in dat de feiten en omstandigheden waarop de inspecteur het bewijs voor een bestanddeel van een beboetbaar feit wil baseren, buiten redelijke twijfel moeten zijn komen vast te staan. De inspecteur kan niet volstaan met aannemelijk maken. Kennelijk was deze specificatie voor fiscalisten nodig om de bewijslast voor fiscale boetes in lijn te brengen met artikel 6 EVRM.

- *Hof's-Hertogenbosch 21 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3832 en 3833*

Aan zowel verdachte A als verdachte B was onder meer ten laste gelegd dat zij feitelijk leiding hadden gegeven aan het opzettelijk onjuist en/of onvolledig doen van de btw-aangifte over het derde kwartaal van 2015. In dit kwartaal waren er intracommunautaire leveringen verricht voor een bedrag van € 641.757. Daarvan was € 481.543 door particulieren voldaan. Op de aangifte was echter maar een bedrag van € 1.142 aan btw aangegeven. Daarnaast bleek uit het FIOD-onderzoek dat in hetzelfde kwartaal in verband met de verkoop van mobiele telefoons een bedrag van € 534.305 op de rekening van de onderneming was overgeboekt en een bedrag van € 4.150 in verband met contante stortingen. Ook bleek er € 555.391 te zijn voldaan aan buitenlandse handelaars. Geen van deze bedragen waren bekend bij de boekhouder en ze waren daarom ook niet vermeld in de btw-aangifte.

Volgens het hof stond vast dat in de aangifte voor het derde kwartaal van 2015 een te laag bedrag was aangegeven, en dus ook dat deze onjuist was. Het hof achtte niet bewezen dat verdachte A daaraan feitelijk leiding had gegeven. Uit het dossier bleek niet dat de verdachte feitelijke bemoeienis had gehad met de aangifte. Uit de Whatsapp-gesprekken bleek juist dat B degene was die

het initiatief had genomen met betrekking tot het starten van de webshop voor de in- en verkoop van mobiele telefoons. Hij had daarbij A als katvanger gebruikt om de onderneming op te richten, een bedrijfspand te huren, een bankrekening te openen en het contact met de Belastingdienst te onderhouden. Het was B die de bankpas en pincode had van de bankrekening en die zich bezig hield met de in- en verkoop van de mobiele telefoons. Ook was het B die contact had gezocht met de boekhouder en hem opdracht had gegeven de boekhouding te verzorgen en de btw-aangiften in te dienen. In dat kader had ook de boekhouder verklaard dat hij in het contact met A had gemerkt dat hij weinig wist van het voeren van een onderneming. Gelet op de inhoud van het dossier en het feit dat beide verdachten naar elkaar wezen, bestond volgens het hof twijfel over de rol van verdachte A. Tegen die achtergrond kwam het hof tot een vrijpraak. Wel kwam het hof tot een bewezenverklaring van het als feitelijk leidinggever niet ter beschikking stellen van boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan. Dat resulteerde voor A in een taakstraf van 80 uur. Ten aanzien van B achtte het hof wel bewezen dat hij feitelijk leiding had gegeven aan het opzettelijk indienen van een onjuiste en/of onvolledige btw-aangifte. Hij was immers degene die een leidende en sturende rol had gehad binnen de onderneming. Voor B volgde dan ook een aanzienlijk forsere straf, namelijk een gevangenisstraf van 9 maanden waarvan 5 voorwaardelijk.

- *Hof Amsterdam 20 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:102-103 en 97*

Een fiscale strafzaak die in de media veel aandacht kreeg was het onderzoek Zeeslag. In 1999 werd gestart met activiteiten om een nieuw kantoorpand te realiseren voor KPMG in Amstelveen. Na oplevering van het gebouw op 30 september 2010 werden een bestuurder van KPMG, een projectontwikkelaar en een dochteronderneming van KPMG strafrechtelijk vervolgd omdat zij volgens het Openbaar Ministerie feitelijk leiding hadden gegeven aan het opzettelijk doen van onjuiste aangiften vennootschapsbelasting ten name van KPMG over de boekjaren 2009/2010 en 2010/2011. Na een vrijpraak van de strafkamer van de Rechtbank Amsterdam sprak ook de strafkamer van Hof Amsterdam alle verdachten vrij.

- *Hof's-Hertogenbosch 15 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:385*

Twee compagnons hielden zich bezig met projectontwikkeling, waaronder de verkoop van appartementen aan particulieren. Zij richtten per project een afzonderlijke bv op. Eén van de compagnons had de dagelijkse leiding over de bv's en onderhield contacten met het administratiekantoor dat de aangiften btw van de bv's verzorgde. Hij werd strafrechtelijk vervolgd voor het leiding geven aan het opzettelijk doen van onjuiste aangiften btw door drie bv's. De rechtbank Oost-Brabant veroordeelde hem tot een gevangenisstraf van 12 maanden, waarvan 4 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar. Het Bossche hof sprak deze verdachte groten-

deels vrij. Het hof besliste dat de notarisafrekeningen in het dossier geen facturen waren. Voor de beantwoording van de vraag of de aangiften btw juist waren gedaan, waren de notarisafrekeningen, anders dan de rechtbank had overwogen en ook het Openbaar Ministerie had aangenomen, niet cruciaal, maar irrelevant. Dit betekende volgens het hof dat per levering moest worden beoordeeld of materieel gezien btw was verschuldigd en of sprake was van een uitzondering op de hoofdregel dat de levering van onroerende zaken was vrijgesteld. De omschrijving in de notariële akten van enkele leveringen liet volgens het hof echter twijfel bestaan over het antwoord op de vraag of, en in hoeverre, op het moment van de leveringen het voormalige op de locatie gelegen restaurant was gesloopt en of op het moment van levering sprake was van een geleverd bouwterrein of een geleverde nieuw vervaardigde onroerende zaak. Daardoor bestond twijfel of zich bij de leveringen een uitzondering voordeed op de hoofdregel dat de levering van onroerende zaken was vrijgesteld van btw en schoot volgens het hof het bewijs tekort voor de conclusie dat de betreffende aangiften btw onjuist waren. Het hof sprak daarvan vrij. Voor één levering kon volgens het hof echter wel worden vastgesteld dat sprake was van een levering van een nieuw vervaardigde onroerende zaak aan een particulier, waarover bij verkoop btw was verschuldigd. In de betreffende aangifte was echter geen omzet vermeld, noch btw aangegeven, en was dus onjuist aangifte gedaan met een belastingnadeel voor de Staat van € 58.000 als gevolg. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank en veroordeelde de verdachte tot een taakstraf van 60 uur met een proeftijd van één jaar. Het hof hield bij de strafoplegging rekening met de omstandigheid dat deze verdachte zelf al door de uit de feiten voortvloeiende gevolgen was getroffen en het feit dat hij mantelzorger was voor zijn zorgbehoevende echtgenote. Wederom een voorbeeld van een zeer technisch fiscale discussie die zonder twijfel niet in het strafrecht thuishoort.

- *Hof Den Haag 21 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:666*

De verdachte in deze zaak heeft zich schuldig gemaakt aan het verstrekken van onjuiste en onvolledige gegevens aan de Belastingdienst en aan valsheid in geschrifte. Opmerkelijk is dat deze gedragingen zijn begaan door een verdachte die sinds 2010 werkte als advocaat-generaal belast met fraudezaken. Naast deze functie was de verdachte ook actief als bestuurder en aandeelhouder van een vennootschap en was hij betrokken (als aanmerkelijk belanghouder) bij een Ltd. Op de Luxemburgse bankrekening van deze Ltd had de verdachte gedurende de jaren omzet laten neerslaan uit de advocatenpraktijk waar hij tot 2008 als partner had gewerkt. Die omzet had de verdachte over een aantal jaren niet correct aangegeven in zijn aangifte.

In hoger beroep heeft de verdachte (weliswaar zonder succes) een groot aantal verweren gevoerd strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Mi-

nisterie. De verdachte had nagelaten alsnog een juiste en volledige aangifte te doen, dan wel juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen te verstrekken aan de Belastingdienst. In het verlengde daarvan oordeelde het hof dat de verdachte feitelijk leiding heeft gegeven aan het opzettelijk niet verstrekken van de volledige facturen aan de Belastingdienst. Daarentegen kwam het hof tot een vrijspraak voor het doen van onjuiste belastingaangiften. Dit omdat het opzet niet kon worden bewezen nu de belastingrechter pas in 2015 tot het oordeel was gekomen dat de verdachte over zijn inkomsten inkomstenbelasting verschuldigd was. Voorts kwam het hof wel tot een bewezenverklaring van het doen plegen van valsheid in geschrifte. De verdachte had de Belastingdienst middels een brief die was opgesteld door zijn belastingadviseur onjuist en onvolledig geïnformeerd over de Ltd. De verdachte had aan de brief laten toevoegen dat de Ltd materieel op Curaçao was gevestigd omdat het trustkantoor (dat optrad als directeur) aldaar was gevestigd. In werkelijkheid deed het trustkantoor op Curaçao echter niets zonder (instemming van) de verdachte. Ook was de verdachte de *ultimate beneficial owner* van de Ltd en was hij degene die de Luxemburgse rekening had geopend en daarover kon beschikken. Het hof was dan ook van oordeel dat de feitelijke leiding van de Ltd van meet af aan en bij voortdurende in handen van de verdachte was. Daardoor was de Ltd in Nederland gevestigd en was de brief valselijk opgesteld. Opmerkelijk is dat het hof voor deze strafbare feiten ‘maar’ een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden heeft opgelegd. Het hof heeft duidelijk in grote mate rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Zo is rekening gehouden met het oneervolle ontslag uit zijn functie en de ernstige beperking aan mogelijkheden om opnieuw aan het werk te gaan op hetzelfde niveau. Ook het feit dat de verdachte gedeeltelijk arbeidsongeschikt is verklaard en veel last heeft ervaren van de media-aandacht werd meegewogen. Daarnaast heeft de beslaglegging op de bezittingen een rol gespeeld. Het hof kon zich niet aan de indruk onttrekken dat dit mogelijk een rol had gespeeld bij het plegen van de strafbare feiten. Al met al, een zeer nuttige uitspraak voor toekomstige straftoemingsverweren.

- *Hof Amsterdam 1 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1722*

Nog een voorbeeld van een succesvol hoger beroep. Uit strafrechtelijk onderzoek was gebleken dat de verdachte over een periode van ruim vijf jaar honderdduizenden euro's heen en weer had betaald tussen Nederland en Jordanië. Daarbij was in ieder geval een bedrag van ruim € 400.000 vanuit Jordanië naar Nederland overgemaakt waarvan de herkomst volstrekt onduidelijk was. De rechtbank Amsterdam veroordeelde de verdachte tot een gevangenisstraf van 12 maanden voor gewoontewitwassen, maar sprak hem vrij van het opzettelijk doen van onjuiste aangiften inkomstenbelasting, omdat niet was bewezen dat de verdachte in de periode 2011 tot en met 2014 fiscaal inwoner van Nederland en dus in Ne-

derland belastingplichtig was. Het hof Amsterdam heeft de verdachte volledig vrijgesproken. Het hof besliste dat niet wettig en overtuigend was bewezen dat de verdachte zich schuldig had gemaakt aan gewoontewitwassen en belastingfraude. In een geval als dat van de verdachte, waarin geen direct bewijs aanwezig was voor inkomsten uit brondelicten, kon witwassen bewezen worden geacht indien het op grond van de vastgestelde feiten en omstandigheden niet anders kon zijn dan dat de goederen afkomstig waren uit enig misdrijf. De verdachte had verklaard dat hij geld had geleend van succesvolle Nederlandse zakenlieden, dat hij van zijn zeer vermogende vader vanuit Jordanië schenkingen had ontvangen en dat tegenover de contante stortingen een hoger bedrag aan contante opnamen stond. Met deze verklaring had de verdachte volgens het hof het witwasvermoeden voldoende ontzenuwd. Het hof sprak de verdachte ook vrij van belastingfraude omdat niet was bewezen dat zijn handelen ertoe had gestrekt dat te weinig belasting was geheven. De vraag of de verdachte in de tenlastegelegde periode woonplaats had in Nederland hoefde het hof daarom niet te beantwoorden.

- *Rb. Overijssel 27 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4857*

In 2015 oordeelde de civiele kamer van Hoge Raad dat de Nederlandse Staatsloterij haar spelers jarenlang had misleid. Voor de daaraan ten grondslag liggende gedragingen werd de directeur van de stichting in deze zaak op het strafrechtelijke matje geroepen. Aan hem was onder meer het verduisteren van ruim € 2,8 miljoen en het als feitelijk leidinggevende onjuist doen van btw-aangiften ten laste gelegd.

Ten aanzien van dit laatste feit was de rechtbank van oordeel dat de verdachte in de aangifte omzetbelasting over het eerste kwartaal een te lage omzet en te weinig verschuldigde omzetbelasting had opgegeven met betrekking tot in dat kwartaal ontvangen inschrijfgelden. Het fiscale nadeel betrof ongeveer € 1 miljoen. Volgens de rechtbank had de verdachte welbewust het risico aanvaard dat de ingediende aangifte omzetbelasting onjuist was. Hij had namelijk adviezen ingewonnen bij adviseurs, waaruit volgde dat sprake was van economische activiteiten in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968, en vervolgens had hij toch, zonder navraag te doen bij de Belastingdienst, de ontvangen inschrijfgelden niet aangegeven. Ook nam de rechtbank in acht dat tijdens het eerste kwartaal van 2015 nog een kastelsel gold. Er was namelijk geen sprake van een (verplichte) tijdige melding van de gewenste overgang van de fiscale eenheid van het kastelsel naar het factuurstelsel. De rechtbank achtte het wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte feitelijk leiding had gegeven aan het opzettelijk onjuist indienen van een btw-aangifte over het eerste kwartaal van 2015. Voorts kwam de rechtbank ook tot een bewezenverklaring ten aanzien van de verduistering, de valsheid in geschrifte en het witwassen. De verdachte had namelijk een deel van het ontvangen inschrijfgeld en donaties die werden betaald door mensen

die wilden procederen tegen de Nederlandse Staatsloterij, gebruikt voor onder andere de aankoop van een privéwoning. De veroordeling leidde tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 24 maanden.

- *Rb. Oost-Brabant 27 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6903*

Deze casus had betrekking op verhuur van onroerend goed, de tbs-regeling en al dan niet gelieerde vennootschappen. De verdachte werd strafrechtelijk vervolgd voor het opzettelijk doen van onjuiste aangiften inkomstenbelasting over 2005 tot en met 2007, valsheid in geschrifte en het leiding geven aan witwassen. De officier van justitie vond echter dat er onvoldoende bewijs was voor opzet van de verdachte op het doen van onjuiste aangiften voor 2005 tot en met 2007, omdat hij had mogen vertrouwen op het advies van zijn adviseur(s). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgde dat een belastingplichtige zich ter voorkoming van fouten niet zelf in de inhoudelijke aspecten van op hem toepasselijke belastingregelingen hoefde te verdiepen. Om fouten te voorkomen had hij zich juist voorzien van deskundige advisering, terwijl hij geen redenen had om aan de deskundigheid van zijn adviseurs te twijfelen. De aangiften waren ingediend in lijn met het advies van de adviseur(s) en waren bovendien door hen opgesteld. De rechtbank Oost-Brabant was dit met de officier eens en sprak de verdachte vrij van het opzettelijk doen van onjuiste aangiften. De rechtbank sprak de verdachte ook vrij van valsheid in geschrifte omdat niet was gebleken dat de uit de overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen feitelijk niet waren uitgevoerd en dat de overeenkomsten feitelijk hadden geleid tot de uit die overeenkomsten voortvloeiende, tussen partijen geldende rechtsverhoudingen. De rechtbank besliste tot slot dat in de tenlastelegging van het witwasfeit niet was opgenomen dat de vennootschap en haar mededader(s) telkens ‘wisten, dat die voorwerpen (onmiddellijk of middellijk) afkomstig waren uit enig misdrijf’, zodat de ten laste gelegde gedragingen waaraan de verdachte feitelijk leiding zou hebben gegeven, niet kwalificeerden als een strafbaar feit. De rechtbank ontsloeg de verdachte voor dit feit van alle rechtsvervolging.

- *Rb. Rotterdam 1 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:652*

In deze ontnemingszaak was de veroordeelde eerder schuldig bevonden aan het feitelijk leiding geven aan valsheid in geschrifte, gepleegd door twee uitzendbureaus. De valsheid had het voor de veroordeelde mogelijk gemaakt om het verschil tussen het gedeclareerde uurloon en het daadwerkelijk uitbetaalde uurloon constant te houden. De officier van justitie heeft vervolgens een vordering tot ontneming ingediend van het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel. Volgens de rechtbank was de officier van justitie niet-ontvankelijk in haar vordering gelet op artikel 74 AWR, waaruit volgt dat artikel 36e Sr niet van toepassing is op bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten.

De rechtbank stelde voorop dat vaststond dat van een veroordeling voor een belastingdelict geen sprake was. De vraag was derhalve of uit het verhandelde op de zitting aannemelijk was geworden dat het voordeel rechtstreeks is voortgevloeid uit een belastingdelict. De rechtbank overwoog dat de veroordeelde gedurende vijf jaren € 179.208 buiten de boeken van beide rechtspersonen aan die rechtspersonen had onttrokken. Het was niet aannemelijk geworden dat dit geld door strafbare feiten was verworven. Het geld was betaald door de bedrijven die bij de rechtspersonen personeel inhuurden en bovendien waren alle wettelijk vereiste heffingen betaald. Mogelijk hadden werknemers recht op (een deel van) dit geld, maar daarmee stond volgens de rechtbank niet vast dat de veroordeelde dit geld door strafbare feiten had verkregen. Meer in het bijzonder kon niet worden vastgesteld dat de werknemers waren opgelicht (artikel 326 Sr) of bedreigd (artikel 284 Sr). Voor beide feiten bevatte het dossier slechts aanwijzingen. Ook was de stelling van de officier van justitie dat de veroordeelde de gelden zou hebben verduisterd niet aannemelijk geworden. De verdachte was immers als feitelijk leidinggevende verantwoordelijk voor de gehele bedrijfsadministratie. Hij was in die zin dus bevoegd de gelden aan de rechtspersoon te onttrekken. Indien volgens de regelen der kunst zou zijn gehandeld, zouden de uitkeringen aan de veroordeelde als salaris of als bonus zijn geboekt en zou hij daarover inkomstenbelasting hebben moeten afdragen. Dat is niet gebeurd. Die onttrekkingen zijn verborgen achter valse documenten. Daarmee is aannemelijk geworden dat de veroordeelde over de onttrekkingen geen belasting heeft betaald. Op grond daarvan was de rechtbank van oordeel dat aannemelijk is geworden dat het voordeel rechtstreeks voortvloeit uit belastingdelicten. Het loont dus nog steeds de moeite om in een ontnemingsprocedure kritisch te kijken naar het gronddelict als een fiscaal delict de enige plausible optie lijkt te zijn.

- *Rb. Amsterdam 23 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:791-792*

Een directeur en zijn bv werden strafrechtelijk vervolgd voor het opzettelijk onjuist doen van aangiften btw en loonbelasting. De directeur stelde dat de officier van justitie niet-ontvankelijk moest worden verklaard in de vervolging omdat de Belastingdienst tijdens het controle-onderzoek geen cautie had gegeven. De rechtbank Amsterdam besliste dat de verdachte inderdaad op zijn zwijgrecht gewezen had moeten worden tijdens het controle-onderzoek, in ieder geval ná de verklaring dat de aansluitingsverschillen in de administratie het gevolg waren van financiële problemen. Op dat moment kwam een bestuurlijke boete in beeld en was sprake van een overgang van de controlesfeer naar de opsporingssfeer, en was sprake van een situatie die kon worden aangemerkt als ‘criminal charge’. De directeur had vervolgens, desgevraagd door de Belastingdienst, zonder dat hem de cautie was gegeven, USB-sticks met informatie verstrekt, welke sticks vervolgens aan de FIOD waren verstrekt. Dit leverde volgens de rechtbank een vormver-

zuim op. De rechtbank verbond daaraan echter geen gevolgen, omdat niet was gebleken dat de directeur hierdoor nadeel had geleden of anderszins in zijn (verdedigings)belangen was geschaad. De rechtbank veroordeelde de directeur derhalve tot een taakstraf van 240 uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf van 12 maanden met een proeftijd van 2 jaar. Bijzonder om in dit kader nog op te merken is dat de rechtbank ook de bv veroordeelde, maar geen straf of maatregel oplegde. De rechtbank vond dit na de veroordeling van de directeur niet passend en opportuun.

- *Rb. Amsterdam 26 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2281*

De btw-carrouselfraude is nog steeds een regelmatig onderwerp van strafrechtelijk onderzoek. Het blijft niettemin een struikelblok voor justitie, omdat het fiscale criterium uit de Europese rechtspraak ‘wist of had moeten weten’ verkeerd wordt toegepast. Bv X was een van de verdachten in het onderzoek Hive, dat zich richtte op de verdenking van btw-carrouselfraude waarbij Nederlandse bedrijven metaal hadden geleverd aan afnemers in het Verenigd Koninkrijk, terwijl die afnemers zouden hebben gefraudeerd met de daar geldende VAT. Bv X werd strafrechtelijk vervolgd voor het opzettelijk doen van onjuiste aangiften btw. Zij zou de leveringen aan bepaalde Britse afnemers ten onrechte hebben opgegeven als intracommunautaire leveringen (ICL's) tegen 0% btw, omdat zij wist dat er door de Britse afnemers werd gefraudeerd. Ook was volgens het Openbaar Ministerie sprake van schijnhandel met een andere bv. De officier van justitie vorderde een geldboete van € 4,5 miljoen. De Amsterdamse rechtbank sprak bv X echter volledig vrij. In dit geval was aan de wettelijke voorwaarden voor toepassing van het nultarief voldaan, zodat het nultarief dan (alleen) geweigerd kon worden als de betrokken ondernemer ten tijde van zijn leveringen aan een afnemer wist of had moeten weten dat hij deelnam aan btw-fraude in het kader van een keten van leveringen. De rechtbank merkte op dat het fiscale criterium ‘wist of had moeten weten’ niet volledig aansloot bij de strafrechtelijke eis dat bij het doen van onjuiste aangiften of het valselijk opmaken van aangiften sprake was van opzet of voorwaardelijk opzet in die zin dat een verdachte de wetenschap had van de aanmerkelijke kans dat hij te weinig btw op de aangifte zou voldoen en die kans bovendien bewust had aanvaard. De vaststelling dat de belastingplichtige niet ‘wist’ maar wel ‘had moeten weten’ dat in de keten sprake was van belastingfraude leidde dus niet tot de conclusie dat de belastingplichtige (voorwaardelijk) opzet had op het doen van onjuiste aangiften btw of het valselijk opmaken van die aangiften. De rechtbank kon ten aanzien van zes van de zeven voor de tenlastelegging relevante Britse afnemers van bv X niet vaststellen dat in de handelsketen met bv X sprake was van fraude. Bij de zevende afnemer was wel sprake van fraude, maar kon de rechtbank niet vaststellen dat bv X dit wist. In het dossier was een lijst gevoegd met in totaal 31 kenmerken van btw-carrouselfraude, die door de FIOD waren ontleend aan literatuur, Europese fiscale

rechtspraak en strafrechtelijke rechtspraak uit Nederland, maar deze kenmerken hadden volgens de rechtbank geen waarde voor het bewijs van (wetenschap van) fraude. De fraudekenmerken leverden zonder verder onderzoek op zichzelf, noch in onderlinge samenhang bezien, en ook niet in combinatie met de overige bevindingen, afdoende bewijs op dat sprake was van fraude of wetenschap daarvan in de relevante handelsketens.

- *Rb. Midden-Nederland 9 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1771*

De FIOD had bij een strafrechtelijk onderzoek naar een fiscaal adviseur gegevens van cliënten gevorderd, waaronder gegevens van de eiser. Omdat de strafrechtelijke vervolging uiteindelijk is gestaakt, werd de FIOD in een klaagschriftprocedure op verzoek van de eiser opgedragen om diens gegevens te wissen. Tijdens het strafrechtelijk onderzoek hadden echter al drie medewerkers van de Belastingdienst toegang gekregen tot de door de FIOD gevorderde gegevens van de cliënten van de fiscaal adviseur, omdat daartoe mogelijk fiscaal relevante informatie behoorde. De geselecteerde van de FIOD verkregen gegevens zijn vervolgens door de Belastingdienst gebruikt om naheffingsaanslagen aan de eiser op te leggen. Volgens de eiser is dit gebeurd op basis van persoonsgegevens die onrechtmatig zijn verwerkt. De eiser heeft daarom het ministerie van Financiën als verwerkingsverantwoordelijke verzocht de gegevens te wissen op grond van artikel 17 AVG (het recht op vergetelheid). Het ministerie weigerde, waarna eiser beroep heeft ingesteld.

Volgens de rechtbank viel de wijze waarop de FIOD eisers persoonsgegevens had verkregen bij de fiscaal adviseur buiten de reikwijdte van de AVG. De gegevens waren verkregen in het kader van het strafrechtelijk onderzoek naar de fiscaal adviseur en in dat geval is de AVG niet van toepassing. De daaropvolgende selectie van de persoonsgegevens van de eiser door de medewerkers van de Belastingdienst en de verstrekking van de geselecteerde gegevens door de FIOD vielen daarentegen wel binnen de reikwijdte van de AVG. Beide handelingen betreffen een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG. De persoonsgegevens van eiser zijn immers doorgezonden, of in ieder geval 'op andere wijze' ter beschikking gesteld met het oog op het fiscale belang en niet langer met het oog op het strafrechtelijke belang. Dergelijke verdere verwerkingen van persoonsgegevens voor een ander doel moeten volgens de rechtbank voldoen aan artikel 6 lid 4 AVG. Daarin staat dat de verdere verwerking onder meer rechtmatig is als zij berust op een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt om de doelstellingen van artikel 23 lid 1 AVG te waarborgen. Het heffen en innen van belastingen is volgens de rechtbank een dergelijke doelstelling van financieel belang. De verwerking van de persoonsgegevens was met het oog op dit doel dan ook rechtmatig. Het beroep van de eiser was ongegrond. Men kan zich afvragen of hierdoor voor

de Belastingdienst niet de deur is opengezet om met tussenschakeling van de FIOD gemakkelijk fiscaal relevant materiaal te verzamelen ten behoeve van de belastingheffing. Meer waarborgen lijken nodig.

Financieel strafrecht

*Verzorgd door mr. V.S.Y. Liem, prof. mr. M. Nelemans en mr. J.S. Boeser*¹¹

In deze kroniekrubriek worden achtereenvolgens de recente ontwikkelingen van het afgelopen halfjaar op het gebied van het financieel strafrecht besproken: (i) Wwft en witwassen: beleid, (ii) Wwft en witwassen: handhaving, (iii) Cryptovaluta en witwassen, (iv) Toezicht en handhaving, (v) Europese sancties (Rusland) en (vi) Ontneming.

Wwft en witwassen: beleid

Op het gebied van het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme hebben zich diverse ontwikkelingen voorgedaan. De vorige editie van deze rubriek berichtte over de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies. Een deel van deze wet trad per 28 januari jl. in werking.¹² Het is nog niet duidelijk wanneer de bepalingen uit de Implementatiewet die zien op het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies in werking zullen treden.

Een aantal bepalingen uit de Wijzigingswet Financiële Markten 2022 bracht daarnaast enkele wijzigingen met zich.¹³ Op 7 juli jl. is onder meer een nieuw artikel 23bb Wwft in werking getreden.¹⁴ Hiermee wordt de definitie van 'uiteindelijk belanghebbende' van toepassing verklaard op enerzijds de uiteindelijk belanghebbenden van aanbieders van bewaarportemonnees en aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta, en anderzijds trustkantoren, aldus toelichting bij de nota van wijziging.¹⁵

Eerder berichtte deze rubriek over het wetsvoorstel Plan van aanpak witwassen.¹⁶ Voornoemd wetsvoorstel introduceert een vijftal maatregelen, waaronder de zogenoemde gezamenlijke transactiemonitoring door banken. In een Advies van de Raad van State van 13 januari 2022 (dat op 16 juni 2022 werd gepubliceerd), werd geadviseerd om de grondslag voor gezamenlijke transactiemonitoring door banken 'te schrappen' en de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de verplichting tot gegevensdeling nader te motiveren alvorens het wets-

¹¹ Wij danken Lizzy Groenenberg voor de assistentie bij deze bijdrage.

¹² *Stb.* 2021, 610, in werking getreden per 28 januari 2022, *Stb.* 2022, 38.

¹³ *Kamerstukken I* 2021/22, 35950, A (gewijzigd voorstel van wet), p. 13; *Stb.* 2022, 280.

¹⁴ *Stb.* 2022, 197, in werking getreden per 7 juli 2022, *Stb.* 2022, 280.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2021/22, 35950, nr. 7 (nota van wijziging), p. 5.

¹⁶ H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2020', *TBS&H* 2021/1, p. 63.

voorstel bij de Tweede Kamer aanhangig te maken.¹⁷ Beide voorgestelde maatregelen maken volgens de Raad van State (in vergaande mate) ‘een inbreuk op de grondrechten van burgers en bedrijven tot bescherming van vertrouwelijke gegevens en van de persoonlijke levenssfeer’, terwijl de noodzakelijkheid en proportionaliteit van dergelijke maatregelen onvoldoende zijn gemotiveerd.¹⁸

Tot slot is op 15 februari jl. het wetsvoorstel Verbetering bestrijding van heling, witwassen en daaraan ten grondslag liggende vermogensdelicten ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁹ Dit wetsvoorstel scherpt de registratieplicht en meldplicht voor opkopers en handelaren van gebruikte en ongeregelde goederen, zoals op dit moment bijvoorbeeld metalen, edelstenen, uurwerken kunstvoorwerpen en auto's,²⁰ nader aan in artikel 437 en 437ter Wetboek van Strafrecht.²¹

In de praktijk is gebleken dat onder notarissen diverse vragen leven over de verplichtingen op grond van de Wwft. In overleg met het Bureau Financieel Toezicht (BFT) en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) hebben het Openbaar Ministerie (OM) en het RIEC Amsterdam-Amstelland de *Handreiking voor het Notariaat* opgesteld.²² Daarin wordt meer aandacht besteed aan praktijkvoorbeelden, het melden van ongebruikelijke transacties, de behandeling van deze meldingen en de veiligheid van melders.

Naar aanleiding van signalen dat voorschriften in de vierde anti-witwasrichtlijn verschillend en niet altijd doeltreffend worden toegepast in verschillende sectoren en lidstaten, heeft de Europese Bankautoriteit (EBA) onlangs nieuwe, aanvullende richtsnoeren gepubliceerd.²³ Daarin specificiert de EBA de rol, taken en verantwoordelijkheden van de compliance officer en het leidinggevend orgaan voor de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering. Kredietinstellingen of financiële instellingen dienen een lid van hun leidinggevend orgaan aan te wijzen dat uiteindelijk verantwoordelijk zal zijn voor de uitvoering van de AML/CFT-verplichtingen en de taken en functies van die persoon worden verduidelijkt. Wanneer de kredietinstelling of financiële instelling deel uitmaakt van een groep, schrijven de richtsnoeren voor dat een AML/CFT-conformiteitsfunctionaris van de groep moet worden benoemd en verduidelijken zij de taken en verantwoordelijkheden van deze

persoon. De richtsnoeren zullen vanaf 1 december 2022 van toepassing zijn.²⁴

Op 29 juni jl. heeft de Raad van de Europese Unie een standpunt over de oprichting van een Europese anti-witwasautoriteit, de zogenoemde *Anti-Money Laundering Authority (AMLA)*, gepubliceerd.²⁵ Zoals in voorgaande edities van deze rubriek aan de orde gekomen,²⁶ maakt de beoogde oprichting van een Europese toezichthouder onderdeel uit van een pakket wetgevingsvoorstellen van de Europese Commissie van 20 juli 2021 ter versterking van de handhaving van de Europese regels ter bestrijding van witwassen en het financieren van terrorisme.²⁷ De AMLA zal zich onder meer richten op ‘de harmonisatie en coördinatie van toezichtpraktijken in de financiële en niet-financiële sectoren, het directe toezicht op financiële entiteiten met een hoog risico en grensoverschrijdende financiële entiteiten, en op de coördinatie van financiële inlichtingeneenheden’, aldus de Raad. In zijn standpunt kent de Raad ook meer bevoegdheden toe aan de AMLA om ‘rechtstreeks toezicht uit te oefenen op bepaalde soorten krediet- en financiële instellingen, waaronder aanbieders van cryptoactivadiensten, indien deze als risicovol worden beschouwd.’²⁸ Eveneens worden meer bevoegdheden toegekend aan het bestuur van de AMLA, waaronder de bevoegdheid om dwangsommen op te leggen.²⁹ Het betreft vooralsnog een gedeeltelijk standpunt, nu nog geen overeenstemming is bereikt over de vestiging van de AMLA. Begin juni werden evenwel drie rapporten over witwassen aan de Tweede Kamer aangeboden, waaronder een rapport betreffende de te verwachten effecten van een mogelijke vestiging van de AMLA in Nederland.³⁰ Verwacht wordt dat eventuele uitkomsten over de besluitvorming hieromtrent dit najaar aan de Tweede Kamer zullen worden aangeboden.³¹

Wwft en witwassen: handhaving

Het OM zet harder in op de aanpak van criminele geldstromen.³² Het aantal witwasonderzoeken is in 2021 toegenomen van 4.354 naar 5.820. Daarnaast is er voor een waarde van € 368 miljoen beslag gelegd: een stijging

17 Advies van de Raad van State van 13 januari 2021 inzake Wet plan van aanpak witwassen, p. 1, te raadplegen via: www.raadvanstate.nl/adviezen/@122774/w06-20-0354-iii/.

18 *Ibid.*

19 *Kamerstukken II 2021/22, 36036, nr. 2* (voorstel van wet).

20 *Kamerstukken II 2021/22, 36046 nr. 3* (memorie van toelichting), p. 34-35.

21 *Kamerstukken II 2021/22, 36036, nr. 3*, (memorie van toelichting).

22 *Handreiking voor het notariaat*, BFT, te raadplegen via: www.bureauf. nl/2022/06/13/handreiking-voor-het-notariaat/.

23 ‘Guidelines on policies and procedures in relation to compliance management and the role and responsibilities of the AML/CFT Compliance Officer under Article 8 and Chapter VI of Directive (EU) 2015/849’, (EBA, 14 juni 2022), te raadplegen via: www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2022/EBA-GL-2022-05%20GLs%20on%20AML%20compliance%20officers/1035126/Guidelines%20on%20AMLCFT%20compliance%20officers.pdf.

24 *Ibid.*

25 ‘Nieuwe EU-autoriteit voor de bestrijding van witwassen: Raad bepaalt gedeeltelijk standpunt’, Raad van de EU 29 juni 2022, te raadplegen via: www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/06/29/new-eu-authority-for-anti-money-laundering-council-agrees-its-partial-position/.

26 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021’, *TBS&H 2021/4* p. 278.

27 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen of terrorismefinanciering, COM(2021) 420 final.

28 ‘Nieuwe EU-autoriteit voor de bestrijding van witwassen: Raad bepaalt gedeeltelijk standpunt’, Raad van de EU 29 juni 2022.

29 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No. 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010, 2021/0240 (COD), p. 15.

30 *Effectenanalyse AMLA. Eindrapportage*, Ministerie van Financiën 24 november 2021, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/05/30/effectenanalyse-aml.

31 *Ibid.*

32 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/02/24/intensievere-aanpak-criminele-geldstromen-wordt-voortgezet.

ten opzichte van eerdere jaren (€ 258 miljoen in 2019 respectievelijk € 303 miljoen in 2020). ‘Naast het *recherchen op drugs of wapens, wordt vaker het (criminele) vermogen onderzocht dat op onverklaarbare wijze is ontstaan*’, zo geeft het OM te kennen.³⁵ ‘Een toename van dergelijke *witwasonderzoeken frustreert criminele activiteiten op een zeer efficiënte manier*’, aldus het OM.³⁴ Met toenemende beslagcijfers nemen eveneens de afpakresultaten toe. Met name de ontneming van cryptovaluta kent een stijging: het totale bedrag aan ontneming van cryptovaluta steeg van € 8,3 miljoen in 2020 naar € 34,6 miljoen in 2021.³⁵ De toename van witwasonderzoeken, beslagleggingen en het afpakken van crimineel vermogen is volgens het OM onder meer het resultaat van betere informatie-uitwisseling en samenwerking tussen het OM, politie en bijzondere opsporingsdiensten.³⁶ De aankomende periode zal de focus liggen op digitale geldstromen, efficiëntere informatiedeling tussen de opsporingsdiensten, versnelling van afhandeling van opsporingsonderzoeken en internationale samenwerking.³⁷

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft boetes opgelegd aan twee ondernemingen wegens overtredingen van de Wwft. Aan de Duitse onderneming flatex-DEGIRO Bank AG werd een bestuurlijke boete van € 2 miljoen opgelegd, volgens de AFM wegens te late en onjuiste meldingen van ongebruikelijke transacties bij de FIU-Nederland. Oorspronkelijk werd uitgegaan van een basisbedrag van € 2,5 miljoen. Wegens onder meer een constructieve opstelling heeft de AFM de boete lager vastgesteld.³⁸

Eind maart heeft de AFM een bestuurlijke boete van € 2 miljoen opgelegd aan Robeco Institutional Asset Management B.V. (RIAM) voor nalatigheden.³⁹ Volgens de AFM schoten de beleggingsinstellingen onder beheer van RIAM op meerdere punten tekort in hun controle die zij uitvoerden op de cliënten en hun transacties. Volgens de AFM hebben de instellingen een deel van hun cliënten een onjuiste of geen risicoclassificatie toegekend, een ontoereikend transactiemonitoringssysteem gebruikt en de over de cliënt bekende gegevens onvolledige geactualiseerd.⁴⁰

Cryptovaluta en witwassen

Begin dit jaar publiceerde Europol zijn rapport over het illegale gebruik van cryptovaluta.⁴¹ Het gebruik van digitale munten zoals cryptovaluta als onderdeel van criminele constructies en de opmars van dergelijke mun-

ten als betaalmiddel versnelt, zo concludeert Europol.⁴² De totale omvang en waarde van cryptovalutatransacties in verband met criminele activiteiten vertegenwoordigt echter nog steeds een beperkt deel van de criminele economie in vergelijking met contant geld en andersoortige transacties. Het illegale gebruik van digitale munten wordt met name in verband gebracht met witwasdoeleinden, (online)handel in illegale goederen en diensten, en fraude.⁴³ Criminelen zijn daarbij geraffineerder geworden in hun gebruik van cryptovaluta en het gebruik daarvan om geldstormen te versluieren.⁴⁴ Verbeterde regelgeving vereist dat serviceproviders en platforms meer informatie vastleggen over gebruikers en transacties om illegaal gebruik van cryptovaluta effectief tegen te gaan, aldus Europol.⁴⁵

Eerder benoemden wij het voornemen van verdere regulering van de cryptomarkt door middel van de zogenoemde *Markets in Crypto-Assets Regulation* (MiCA).⁴⁶ Eind maart is een voorlopig akkoord bereikt over dit wetsvoorstel dat emittenten van bepaalde crypto-activa, namelijk stablecoins, en de handelsplatforms waar deze crypto-activa worden aangehouden zal reguleren.⁴⁷ Voor de EBA is een toezichthoudende rol weggelegd.⁴⁸ De EBA krijgt tot taak een openbaar register bij te houden van ‘*non-conforme aanbieders van cryptoactivadiensten*’.⁴⁹ MiCA omvat eveneens voorschriften inzake het voorkomen van marktmisbruik, met name marktmanipulatie en handel met voorkennis.⁵⁰

In een zaak die voorlag bij het hof Den Haag⁵¹ speelde de vraag of er sprake was van een vermoeden van witwassen bij een bitcoinhandelaar die bitcoins inkocht via fysieke afspraken gemaakt via darknetmarkets en deze bitcoins vervolgens weer verkocht. Hiervoor heeft de rechtbank in haar vonnis enkel bitcoinadressen betrokken die een relatie bleken te hebben met het darkweb. In de beoordeling of sprake was van bitcoinadressen waarnaartoe transacties hebben plaatsgevonden die afkomstig waren van darknetmarkets, is door de rechtbank gebruik gemaakt van de analysetechnieken clustering en labelling. Deze analysetechnieken zijn door het hof ten aanzien van de bitcoinblockchain geaccepteerd.⁵² Bij clustering wordt geanalyseerd of een of meer natuurlijke of rechtspersonen eigenaar zijn van verschillende

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2022/juni/boete-flatexdegiro.

39 www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2022/april/boete-robeco.

40 *Ibid.*

41 *Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal finances*, Europol Spotlight (januari 2022), te raadplegen via: www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Europol%20Spotlight%20-%20Cryptocurrencies%20-%20Tracing%20the%20evolution%20of%20criminal%20finances.pdf.

42 *Ibid.*, p. 2.

43 *Ibid.*, p. 3.

44 *Ibid.*, p. 2.

45 *Ibid.*, p. 3.

46 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2021’, *TBS&H* 2022/1, p. 59.

47 www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/.
48 Zoals ook eerder benoemd in: H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2021’, *TBS&H* 2022/1, p. 59

49 www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/.
50 *Ibid.*

51 Hof Den Haag 1 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:104.

52 Een bitcoinblockchain is een database waarin transacties opgeslagen kunnen worden, zoals betalingen met bitcoins.

bitcoinadressen.⁵³ Bij labelling wordt een naam of andere voor de mens begrijpelijke identificatie gegeven aan een (door middel van clustering vastgestelde) groep bitcoinadressen.⁵⁴

Verder kwam het hof in deze zaak tot de conclusie dat *'indien de verdachte van één persoon of entiteit een aantal bitcoins met een waarde van € 25.000,-- of meer tegen contanten inkoop, ofwel in één keer, dan wel verspreid over de periode van maximaal een maand, sprake is van een situatie dat het niet anders kan dan dat deze bitcoins van misdrijf afkomstig waren'*.

Toezicht en handhaving financiële sector

- *Toezichtsplannen DNB en AFM*

Begin mei 2022 heeft DNB het handhavingsbeleid bij niet-tijdige verstrekking van financiële rapportages door onder toezicht staande instellingen vervangen.⁵⁵ In het nieuwe handhavingsbeleid is door DNB de wijze van indiening uiteengezet. Indien een instelling niet tijdig een toezichtrapportage inlevert, stelt DNB dat zij in beginsel een last onder dwangsom oplegt.⁵⁶ Daarbij hanteert DNB een begunstigingstermijn van tien werkdagen waarbinnen de rapportage alsnog volledig moet worden ingediend. Na het verstrijken van deze begunstigingstermijn wordt in beginsel een dwangsom verbeurdverklaard van € 1.250 per volledige werkdag, met een maximum van € 12.500, aldus DNB. Indien een instelling herhaaldelijk (namelijk twee keer) binnen een aaneengesloten periode van 13 maanden niet tijdig een toezichtrapportage indient, legt DNB in beginsel een bestuurlijke boete op.⁵⁷ Het Handhavingsbeleid toezichtrapportages is op 3 mei jl. in werking getreden.

Uit de wetgevingsbrief van 2022 blijkt dat de wetgevingswensen van de AFM verband houden met drie thema's: *'effectiever toezicht houden, samenwerken met andere toezichthouders en eerlijke en efficiënte kapitaalmarkten'*.⁵⁸ Zo valt te lezen dat de AFM onder meer pleit voor tipgeld om het melden van marktmisbruik te stimuleren, voor betere informatiedeling tussen toezichthouders en meer gelijkheid in transparantie bij meldplichten van uitgevende instellingen.⁵⁹

Effectief toezicht houden vereist onder andere gerichte inzet van handhavingscapaciteiten. Om dit te bevorderen heeft de AFM per 1 februari jl. de vereenvoudigde

afhandeling van boetezaken geïntroduceerd. Hierbij wordt partijen de mogelijkheid geboden om een boetezaak snel en definitief af te ronden. Concreter betekent dit dat een boete met 15 procent kan worden verlaagd en dat met een verkort boetebesluit kan worden volstaan.⁶⁰ Voor de vereenvoudigde afdoening is in ieder geval vereist dat de betrokken partij de verweten overtreding erkent en de daarvoor op te leggen boete accepteert.⁶¹

In het kader van samenwerking met andere toezichthouders, pleit zowel de AFM als de Franse toezichthouder AMF voor de uitbreiding van mogelijkheden waarmee nationale toezichthouders consumenten en beleggers beter kunnen beschermen tegen schadelijke praktijken wanneer zij financiële diensten en producten van aanbieders uit andere EU-lidstaten afnemen. In een gezamenlijke position paper doen zij concrete voorstellen om toezichthouders in het land waar de diensten worden aangeboden meer verantwoordelijkheden en handhavingsmogelijkheden toe te kennen. Daarnaast moeten toezichthouders meer informatie krijgen over de diensten en producten die in hun land worden aangeboden, aldus de AFM en AMF.⁶²

- *Sancties en Europese regelgeving tegen Rusland*

Sinds de annexatie van de Krim door Rusland in 2014, heeft de Europese Unie geleidelijk sancties opgelegd aan Rusland. Door het uitbreken van de oorlog in Oekraïne is het aantal Europese sancties tegen Rusland in een korte periode in rap tempo toegenomen.⁶³ Onlangs nam de Europese Unie het zevende sanctiepakket aan.⁶⁴

Ondanks dat DNB zich ervan bewust is dat sanctieregeling veel vergt van financiële instellingen, wil DNB de komende periode onderzoek doen of financiële instellingen adequate procedures en maatregelen nemen, om te constateren of de sanctieregeling correct wordt nageleefd.⁶⁵

Via formulieren kunnen financiële instellingen bij DNB meldingen doen van een (rechts)persoon of entiteit als bedoeld in de sanctieregeling.⁶⁶ Op 1 juli 2022 is een nieuw sanctiemeldformat gepubliceerd waardoor instellingen hun sanctiemeldingen via het Digitaal Loket Toezicht kunnen indienen.⁶⁷ Als gevolg van de nieuwe sanc-

53 Hof Den Haag 1 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:104, r.o. 2.3.

54 Hof Den Haag 1 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:104, r.o. 2.4.

55 'Op 3 mei treedt de nieuwe beleidsregel "Handhavingsbeleid DNB voor tijdige indiening van toezichtrapportages" in werking', dnb.nl 10 mei 2022.

56 Beleidsregel van De Nederlandsche Bank N.V. van 30 maart 2022 houdende regels met betrekking tot de tijdige indiening van toezichtrapportages (Stcrt. 2022, 11493).

57 www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/2022/op-3-mei-treedt-de-nieuwe-beleidsregel-handhavingsbeleid-dnb-voor-tijdige-indiening-van-toezichtrapportages-in-werking/.

58 'Knelpunten in de wetgeving: AFM vraagt om aanpassingen voor effectiever toezicht', afm.nl 14 april 2022; 'AFM wetgevingsbrief 2022', AFM (maart 2022) te raadplegen via www.afm.nl/~/-/profmedia/files/publicaties/2022/afm-wetgevingsbrief-2022.pdf?la=nl-NL.

59 *Ibid.*

60 'AFM introduceert vereenvoudigde afhandeling boetezaken', AFM.nl; 'Procedure vereenvoudigde afdoening boetezaken AFM', AFM (januari 2022) te raadplegen via www.afm.nl/~/-/profmedia/files/handleiding/vereenvoudigde-procedure-boete.pdf?la=nl-NL.

61 *Ibid.*

62 'AFM en AMF pleiten voor beter grensoverschrijdend toezicht', AFM.nl; 'AFM AMF position paper improvements in cross-border supervision', AFM (december 2021) te raadplegen via www.afm.nl/~/-/profmedia/files/publicaties/2021/position-paper-cross-border-afm-amf.pdf?la=nl-NL.

63 'Tijdlijn – beperkende EU-maatregelen tegen Rusland wegens Oekraïne', te raadplegen via: consilium.europa.eu.

64 www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/07/21/eu-nieuwe-sancties-zevende-sanctiepakket-rusland-nieuws.

65 'DNB start onderzoek naar sanctieregeling en meldplicht', dnb.nl 30 maart 2022.

66 'Wat verwacht DNB dat instellingen doen als ze een sanctiehit hebben?', dnb.nl 4 maart 2022.

67 'Nieuw sanctiemeldformat per 1 juli 2022', dnb.nl 30 juni 2022.

tiepakketten ten aanzien van Rusland en Oekraïne, zijn de afgelopen maanden veel sanctiehits ingediend door instellingen. Uit het grote aantal meldingen is gebleken dat de vorige werkwijze verbetering behoeft. Hierom heeft DNB het formulier en de wijze van indienen met spoed herzien.⁶⁸

Ook de AFM controleert of instellingen zich aan de Sanctiewet houden en legt onder meer formele handhavingsmaatregelen op wanneer dit niet het geval is. Op dit moment mag de AFM formele maatregelen die op grond van de Sanctiewet worden opgelegd niet publiceren. Van openbaarmaking kan volgens de AFM echter een waarschuwend effect uitgaan naar de markt.⁶⁹ De AFM houdt contact met het ministerie van Financiën en het ministerie van Buitenlandse Zaken over bestaande moeilijkheden. Zo heeft de AFM in haar wetgevingsbrief van 28 maart 2022 de minister van Financiën verzocht om een verplicht openbaarmakingsregime voor formele handhavingsmaatregelen in de Sanctiewet op te nemen.⁷⁰ Verder heeft de AFM op 21 juni 2022 een position paper hierover uitgebracht.⁷¹

- *Ontneming*

De Europese Commissie heeft in haar EU-strategie ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit van 2021 aangekondigd de regels inzake de ontneming en confiscatie van vermogensbestanddelen te willen aanscherpen.⁷² Op 24 mei 2022 heeft de Commissie een wetgevingsvoorstel gepresenteerd op basis waarvan die regels worden aangescherpt, hetgeen onder meer een versterking inhoudt ‘*van de capaciteiten van de bevoegde autoriteiten voor identificatie, bevrozing en beheer van vermogensbestanddelen en versterkt en breidt de confiscatiemogelijkheden uit, zodat alle relevante criminele activiteiten van criminele organisaties eronder vallen, hetgeen confiscatie mogelijk maakt voor alle relevante vermogensbestanddelen*’.⁷³ Het wetgevingsvoorstel zal binnenkort worden besproken door de Raad en het Europees Parlement.⁷⁴

De NOvA heeft aan de minister van Justitie en Veiligheid een wetgevingsadvies uitgebracht over het wetsvoorstel

68 *Ibid.*

69 ‘AFM wetgevingsbrief 2022’, AFM (maart 2022), par. 1.3, te raadplegen via www.afm.nl/~profmedia/files/publicaties/2022/afm-wetgevingsbrief-2022.pdf?la=nl-NL.

70 *Ibid.*

71 ‘Position Paper AFM Rondetafelgesprek Sancties’, AFM (21 juni 2022), te raadplegen via www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2022D26130.

72 ‘Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, De Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s over de EU-strategie voor de aanpak van georganiseerde criminaliteit (2021-2025)’, Europese Commissie (14 april 2021), te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0170&from=NL>.

73 ‘Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende ontneming en confiscatie van vermogensbestanddelen’, Europese Commissie (25 mei 2022), p. 2, te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245&from=NL>.

74 ‘Fiche 3: Richtlijn Ontneming en confiscatie van vermogensbestanddelen’, (Kamerstukken 22112, nr. 3467), te raadplegen via www.eerstekamer.nl/eu/behandeling/20220701/brief_regering_fiche_richtlijn_2/document3/f=vluwd2n4buxs.pdf.

Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II. De NOvA is kritisch over zowel de vorm als de inhoud van dit wetsvoorstel. De kritiek is vooral gelegen in de mogelijkheid dat civiele confiscatie van goederen wordt geïntroduceerd zonder dat daarbij strafrechtelijke waarborgen van toepassing zijn.⁷⁵

Milieustrafrecht

Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans

Rechtspraak

Een vermeldenswaardige uitspraak is HR 10 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:655. In deze zaak stond de vraag centraal of de verdachte vennootschap die afvalstoffen verwerkt, de inrichting of de werking daarvan heeft veranderd door opslagvakken voor afvalstoffen te gebruiken als bassins om afvalwater in op te slaan. De casus draait om een bedrijf waar allerlei soorten afvalstoffen, zoals puingranulaat, grond, zandachtige en kalkachtige stoffen, los worden opgeslagen. Er is geen overkapping. Dat is toegestaan omdat er een rioolstelsel onder het terrein is aangebracht waarin drie verschillende afvalwaterstromen gescheiden kunnen worden opgevangen. Eén voor hemelwater dat wordt opgevangen in een bassin en dat gebruikt kan worden voor stofbestrijding, één voor licht verontreinigd of grijs afvalwater dat wordt opgevangen in een bassin en dat vervolgens geloosd mag worden op de riolering van het waterschap, en ten slotte percolaat of zwart water dat wordt opgevangen en dat per as afgevoerd dient te worden. Na overname door de verdachte wordt het rioolstelsel buiten werking gesteld en wordt al het water in de bassins opgevangen. Er is dus geen scheiding meer tussen de verschillende afvalwaterstromen. Dit heeft tot gevolg dat het waterschap de inlaat in de riolering afsluit. De hoeveelheid water is te groot voor de bassins, waardoor deze regelmatig overstromen. Het gevolg is dat het terrein regelmatig blank staat en overstroomt, waardoor afvalwater op nabijgelegen bedrijfsterreinen terecht komt, alsook in omliggende weilanden. Dit leidt tot strafrechtelijk ingrijpen. Een van de tenlastegelegde feiten, naast andere, is dat door op deze manier te werken en het bestaande rioolstelsel buiten werking te stellen, de werking van de inrichting is veranderd, hetgeen gemeld had moeten worden aan het bevoegd gezag, dan wel waarvoor een nieuwe vergunning had moeten worden aangevraagd. De rechtbank veroordeelt, maar het hof spreekt de verdachte in tweede instantie vrij. Het hof volgt daarbij de uitleg van de provincie Noord-Brabant die naar aanleiding van een verzoek tot handhaving overweegt dat ‘*ten aanzien van de afvalwaterstromen de werkwijze van verdachte afwijkt van hetgeen in de aanvraag is beschreven, maar dat dit on-*

75 ‘Nieuwe civiele confiscatieprocedure omzeilt strafrechtelijke waarborgen’, advocatenorde.nl 1 februari 2022; ‘Wetgevingsadvies: Wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, NOvA (31 januari 2022), te raadplegen via www.advocatenorde.nl/nieuws/nieuwe-civiele-confiscatieprocedure-omzeilt-strafrechtelijke-waarborgen.

derdeel van de aanvraag niet in de huidige vergunning is opgenomen, omdat het niet vermeld staat in het dictum van onze vergunning van 3 juli 2001'. Dit betekent dat artikel 8.1 Wet milieubeheer (Wm) niet is overtreden, aldus de provincie. De provincie legt de Wm-vergunning op dit punt restrictief uit en stelt dat de verwerking en afvoer van het bedrijfsafvalwater op het openbaar riool en het niet meer gescheiden verwerken en afvoeren van de verschillende afvalwaterstromen volgens de vergunningverlener geen deel uitmaakten van de Wm-vergunning. Het hof volgt die interpretatie nu het gaat om het standpunt van de vergunningverlener zelf. Het hof merkt op dat wel in strijd is gehandeld met de vergunning op basis van de Wet verontreiniging oppervlaktewater, maar dat dit niet ten laste is gelegd. De Hoge Raad stelt dat die opvatting echter te beperkt is en getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad overweegt als volgt:

'Dat uit het samenstel van bepalingen volgt dat het in het algemeen op grond van artikel 8.1 lid 1, aanhef en onder b Wm verboden was de werking van een inrichting zonder daartoe verleende vergunning te veranderen, tenzij sprake was van een uitzondering als omschreven in de artikelen 8.1 lid 3, en later 8.19 lid 2 Wm, zoals de bepalingen luiden ten tijde van het tenlastegelegde. Uit de wetsgeschiedenis (...) komt naar voren dat de wetgever met dat verbod het oog heeft gehad op gevallen waarin de verandering ertoe leidt dat de toegestane milieubelasting van de inrichting wordt overschreden. Mede in dit licht bezien moet worden aangenomen dat artikel 8.1 lid 1 aanhef en onder b (oud) Wm ook van toepassing is in gevallen waarin de verandering weliswaar niet een werkwijze of activiteit betreft die specifiek in de eerder verleende vergunning is omschreven, maar die verandering wel leidt tot een andere inrichting of tot andere of grotere nadelige gevolgen voor het milieu dan die de inrichting ingevolge de vergunning en de daaraan verbonden beperkingen en voorschriften mag veroorzaken.'

Daarnaast is Rb. Overijssel 28 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:824 vermeldenswaard. In deze casus ging het om een zoutwinningsbedrijf dat een bodemverontreiniging als gevolg van lekkage bij een aantal boorputten niet had gemeld bij het bevoegd gezag. De verdachte in deze zaak wint zout middels oplosmijnbouw in de provincies Overijssel en Groningen. Per dag wordt ongeveer zes miljoen kilo zout uit de grond gehaald. Om dat zout naar boven te krijgen, wordt eerst een gat geboord naar de laag die het zout bevat. Daarna wordt het boorgat gereedgemaakt voor de zoutproductie. Een gereedgemaakt boorgat is een zogeheten put. Gebruikelijk worden er twee tot drie putten in een serie aangelegd die op een onderlinge afstand van 40 of 60 meter van elkaar staan. Om het zout te kunnen winnen wordt zoet water via de put naar beneden gepompt naar de zoutlaag. Het zout lost op in het zoete water en het water wordt zout. Dit zoute water, de zogeheten pekkel, stroomt via de put omhoog en wordt via een buizenstelsel naar

de zoutfabriek getransporteerd. In de ondergrondse zoutlaag ontstaat door het oplossen van het zout langzamerhand een steeds grotere holte, de zogeheten caverne. Bij zoutwinning door oplosmijnbouw wordt dieselolie als mijnbouwhulpstof gebruikt, de zogenoemde blanketolie. De diesel- of gasolie wordt ter beheersing van de ontwikkeling van de caverne als afdeklaag op het zoete water gebruikt, zodat het plafond of dak van de caverne stabiel blijft en niet instort doordat het zout aldaar oplost door het zoete water dat in de caverne gepompt wordt. Het toezicht op deze vorm van mijnbouw wordt uitgeoefend door het Staatstoezicht op de Mijnen. Bij de beoordeling van de zaak stelt de rechtbank allereerst vast dat er bij verschillende putten diesel- of gasolie in de bodem is gelekt en dat hierdoor ernstige verontreiniging is ontstaan. Nu dit is vastgesteld is de volgende vraag wanner dit door de verdachte is gemeld aan het Staatstoezicht. Een rapportage opgemaakt op verzoek van de verdachte naar aanleiding van de mogelijke verontreiniging dateert van 6 mei 2015. Vanaf het uitbrengen van dat rapport was het derhalve voor de verdachte duidelijk dat er sprake was van ernstige bodemverontreiniging doordat als gevolg van lekkage bij diverse boorputten diesel- of gasolie in de bodem was geraakt. Uit het dossier blijkt dat de verdachte pas op 31 mei 2016, dus meer dan een jaar later, melding heeft gemaakt van de verontreiniging. Het betreffende vergunningvoorschrift schrijft voor dat indien door wat voor oorzaak dan ook verontreinigende stoffen op of in de bodem dreigen te geraken of zijn geraakt de vergunninghoudster onverwijld zorgt voor melding daarvan aan de inspecteur-generaal der mijnen. Gelet hierop als ook gezien het feit dat door de verdachte bewust ervoor is gekozen eerst nader onderzoek te verrichten en niet direct melding te doen, is naar het oordeel van de rechtbank het vergunningvoorschrift opzettelijk overtreden.

Opmerkelijk in deze zaak is dat een deel van de tenlastegelegde feiten, gezien de wettelijke verjaringstermijn van zes jaar, verjaard waren. Het valt te betreuren dat de vervolging in dit soort zaken zo lang duurt dat feiten verjaren. Opgemerkt zij dat de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad eveneens een lange doorlooptijd kent, en de feiten waarover het in casu ging uit 2008 stammen! Dergelijk lange doorlooptijden zijn niet alleen onprettig voor de verdachte, maar ook niet goed voor de rechtsontwikkeling als zodanig.

Literatuur

Over de rapporten zoals in de voorgaande aflevering van deze deelkroniek genoemd en beschreven, is op dit moment niets interessants te melden, maar wellicht een volgende keer des te meer. Hier wordt de aandacht gevestigd op een tweetal recente lezenswaardige publicaties over de strafrechtelijke bescherming van duurzaamheid. Het eerste artikel is vorige jaar verschenen in *Delikt en Delikwent*.⁷⁶ In het artikel wordt uitgelegd dat het

76 M.G. Faure, 'De strafrechtelijke bescherming van duurzaamheid: vergezichten en uitdagingen', *DD* 2021/50, p. 44 e.v.

strafrecht een weliswaar bescheiden, maar desalniettemin belangrijke rol kan spelen bij de bevordering van duurzaamheid. Aangegeven wordt dat er vele uitdagingen zijn bij het verwezenlijken van een adequate strafrechtelijke bescherming, maar dat het Nederlandse commune milieustrafrecht vanwege de sterke verwevenheid met het bestuursrecht weinig effectief is gebleken. Daarbij wordt gewezen op het feit dat er ernstige gevallen van milieuverstoringen voorkomen die maken dat getwijfeld kan worden aan de vraag of het rechtssysteem wel een adequate bescherming van het leefmilieu biedt. Voorbeelden hiervan zijn in Nederland de Tata Steel-casus in IJmuiden en in België de zaak Umicore in Antwerpen. Ook op Europees niveau kent de strafrechtelijke bescherming, ondanks de Milieustrafrechtlijn 2008/99 onvolkomenheden. Daarnaast onderstrepen ernstige milieuverontreinigingen van grensoverschrijdende aard juist het belang van een strafrechtelijke bescherming op Europees of internationaal niveau. Hierbij kan gedacht worden aan de pfas-uitstoot door 3M te Antwerpen in de Westerschelde, waarvan de gevolgen in heel Zeeland tastbaar zijn. In het artikel wordt de vraag gesteld of strafbaarstelling van ecocide soelaas zou kunnen bieden. Ook wordt ingegaan op de rol die het strafrecht zou kunnen spelen bij klimaatverandering.

Een ander interessant artikel is onlangs gepubliceerd in het *NJB* door Faure en De Jong.⁷⁷ In dat artikel wordt betoogd dat het dogma waarin het strafrecht en in mindere mate het civiele recht als vangnet fungeren bij de bescherming van de fysieke leefomgeving verlaten moet worden. Oftewel het primaat van het bestuursrecht moet op de helling. Het nadeel van het huidige systeem is namelijk dat ook bij grove gevallen van milieuverstoring, zelfs met concreet gevaar voor de menselijke gezondheid als gevolg, de rechtsbescherming onder druk staat. Bepleit wordt om meer in te zetten op de autonomie van het privaatrecht en strafrecht, waardoor het mogelijk wordt om in gevallen van ernstige milieuverontreiniging publieke regulering aan te vullen en in sommige gevallen zelfs te 'overrulen'. Zo wordt opgemerkt dat er een aantal weeffouten zit in het reguleringssysteem dat een gezonde leefomgeving zou moeten waarborgen. De vraag is echter of dit weeffouten zijn of wellicht gewoon bewust gemaakte politieke keuzes.⁷⁸ De auteurs merken op dat de nieuwe Omgevingswet een stap in de goede richting lijkt te maken, maar dat die stap niet ver genoeg gaat. Ook dit is [naar mijn mening, *IK*] veeleer een bewuste politieke keuze die past bij de opstelling van de politiek in de afgelopen decennia op het terrein van milieucriminaliteit. Immers, er wordt altijd gesteld dat in geval van milieubescherming het primaat bij het bestuur ligt omdat, zo wordt ook nog eens in dit artikel

benadrukt, het bestuur beschikt over expertise en van daaruit beter in staat is om de afweging tussen de botsende maatschappelijke belangen te maken.

Al met al twee lezenswaardige artikelen die interessant zijn in de context van het proactief handhavend optreden tegen bedreigingen voor de fysieke leefomgeving. Dit schijnbare voordeel van het bestuur wordt echter in de praktijk allesbehalve waargemaakt, blijkens de diverse rapporten waarover eerder in deze deelkroniek is bericht.⁷⁹ Dit wordt overigens in het artikel van Faure en De Jong ook aangestipt, daar waar ze stilstaan bij de diverse faalfactoren in het reguleringsproces, waarmee bedoeld wordt op de situatie dat een bedreiging voor de fysieke veiligheid onvoldoende wordt gereguleerd. Genoemd worden onder meer de moeilijke handhaafbaarheid van de regelgeving, de moeizame toegang tot de bestuursrechter, de moeizame toegang tot kwalitatief goede en beschikbare informatie en de weging van andere belangen zoals economische belangen die vrijwel altijd voorrang hebben boven gezondheid en milieu.⁸⁰

Omkoping

Verzorgd door mr. dr. E. Sikkema & mr. J. Boonstra

Rechtspraak

- *Rb. Amsterdam 13 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7250, 7261, 7252, 7264 en 7270*

Deze uitspraken betreffen verschillende ambtenaren van de gemeente Amsterdam die zijn veroordeeld voor passieve ambtelijke omkopingbetrokkenheid bij fraude met gehandicaptenparkeervergunningen. In de eerste zaak (ECLI:7250) heeft de verdachte zich schuldig gemaakt aan het medeplegen van valsheid in geschrifte en het gebruik maken van valse en vervalste geschriften door het opmaken van gehandicaptenparkeerkaarten en diverse formulieren en deze in te voeren in de systemen van de gemeente Amsterdam. Hierdoor hebben de gemeente Amsterdam en de uitvoerders van het parkeerbeleid ten onrechte parkeervergunningen voor gehandicapte bewoners afgegeven aan gezonde Amsterdammers die op deze wijze (gratis) en overall in heel Amsterdam konden parkeren. Daarmee hebben de verdachte en zijn mededaders de gemeente, EGIS en Cition (de uitvoerders van het parkeerbeleid) opgelicht. De verdachte heeft zich ook schuldig gemaakt aan passieve omkoping omdat hij met zijn mededader van een aantal afnemers geld heeft aangenomen voor het regelen van de fraudu-

77 Elbert de Jong & Michael Faure, 'De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving', *NJB* 2022, p. 863 e.v.

78 Zie bijvoorbeeld I.M. Koopmans, 'Hoe milieudoelstellingen en hardleersheid van de overheid milieucriminaliteit veroorzaken en in stand houden', *Strafblad* 2020/3, p. 156-162.

79 Zie onder meer het rapport van de Commissie-Van Aartsen voor de versterking van het stelsel van vergunningverlening, toezicht en handhaving (VTH), Rapport van de Algemene Rekenkamer, 'Handhaven in het duister', van 30 juni 2021, en het rapport 'De markt de baas' van het Centrum voor Criminaliteitspreventie van 2019.

80 Zie bijvoorbeeld het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid inzake de aardbevingen in Groningen, alsook de gemaakte keuzes bij de afhandeling van de Q-koorts in 2007 waarbij de privacy van de geitenhouders belangrijker geacht werd dan de volksgezondheid.

leuze parkeervergunningen. Wat betreft de passieve omkoping in de zin van artikel 363 Sr kan de rechtbank niet vaststellen dat de verdachte zelf uit handen van begunstigden geld heeft ontvangen. Gelet op het feit dat de verdachte en de medeverdachte de valsheid in geschrifte en de oplichting samen hebben gepleegd en zij daarbij een even belangrijke en cruciale rol hebben vervuld, vindt de rechtbank het aannemelijk dat de opbrengsten onderling zijn verdeeld. De verdachte en zijn medeverdachte wisten dat deze giften hen werden gedaan om hen in hun hoedanigheid als ambtenaar iets te laten doen, namelijk ervoor zorgdragen dat vergunningen werden uitgegeven aan niet-gehandicapte stadsbewoners die geen recht hadden op een dergelijke vergunning. Daarmee heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan het medeplegen van passieve ambtelijke omkoping.

Tegen een aantal medeverdachten wees de rechtbank op dezelfde dag eveneens vonnis (ECLI:7261, 7252, 7264 en 7270).

- *Rb. Amsterdam 10 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:57*

Deze uitspraak handelt om de veroordeling voor ambtelijke omkoping en bevat overwegingen over de wetswijziging per 1 januari 2015 en de vereisten voor passieve ambtelijke omkoping. De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan omkoping door als ambtenaar in een periode van twee jaar giften van ruim € 16.000 aan te nemen van een aannemer, welke giften als doel hadden een voorkeursbehandeling te krijgen bij het verstrekken van stratenmakerswerk bij de gemeente Amsterdam. De verdachte heeft daarmee zijn (informatie)positie als ambtenaar misbruikt om zichzelf te verrijken.

De rechtbank schetst in het vonnis het juridische kader rond passieve ambtelijke omkoping, zoals dat er sinds de wetswijziging van 1 januari 2015 uitziet. Voor zover de feiten in dit geval gepleegd waren in 2014 is artikel 363 (oud) Sr van toepassing. De rechtbank bespreekt vervolgens de vereisten waaraan voldaan moet zijn voor een bewezenverklaring wegens passieve ambtelijke omkoping. De rechtbank vindt dat er voldoende bewijs is dat de verdachte in de betreffende periode een zodanige positie binnen de gemeente had dat hij in staat was om de aannemer een voorkeursbehandeling te geven. De rechtbank komt tot die conclusie omdat de privérelatie tussen de verdachte en de aannemer is verweven met hun zakelijke relatie. De rechtbank weegt mee dat de verdachte lang voor de gemeente Amsterdam heeft gewerkt in veel verschillende functies, waardoor hij een groot netwerk had. Ook was hij in staat om de aannemer met dat netwerk in contact te brengen en om hem van zakelijke informatie te voorzien die hem in een betere positie kon plaatsen ten opzichte van andere aannemers. De rechtbank stelt verder vast dat de verdachte binnen een periode van twee jaar giften en beloften heeft aangenomen met een totale waarde van ongeveer € 16.547. De omvang, aard en frequentie van die giften en beloften bevestigen dat deze zijn gedaan met het kennelijke doel om een relatie met de verdachte te doen

ontstaan of te onderhouden waardoor de aannemer van de verdachte een voorkeursbehandeling zou krijgen. Die giften en beloften stegen bovendien ruimschoots uit boven hetgeen binnen een gemiddelde vriendschappelijke relatie als gebruikelijk mag worden beschouwd. Zij zijn van dien aard dat zij geen rechtvaardiging kunnen vinden in de tussen de verdachte en de aannemer bestaande vriendschap. De rechtbank veroordeelt de verdachte tot een taakstraf van 180 uur en één maand voorwaardelijke gevangenisstraf.

Op dezelfde dag doet de rechtbank ook uitspraak in de zaken van enkele andere ambtenaren (ECLI:NL:RBAMS:2022:55 en 51).

- *Hof Amsterdam 2 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:583*

In deze zaak gaat het om omkoping van een ambtenaar door een ambtenaar. De verdachte was als leidinggevend fraudespecialist werkzaam bij het Openbaar Ministerie en gaf trainingen aan (onder meer) personeel van de Koninklijke Marechaussee op het gebied van financiële recherche. Hij richtte daartoe een training- en adviesbureau op. De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het omkopen van de medeverdachte, een ambtenaar van wie hij wist dat deze als teamleider werkzaam was bij de marechaussee in een positie waarin hij invloed had op de aanbesteding en gunning van trainingen op het gebied van financiële opsporing. De verdachte wist ook dat de medeverdachte nevenactiviteiten verrichtte op datzelfde gebied van de financiële opsporing. De verdachte heeft de medeverdachte vervolgens gevraagd of hij tegen betaling opleidingen wilde verzorgen voor het training- en adviesbureau van de verdachte. De vergoeding voor de werkzaamheden aan de medeverdachte vormt volgens het hof een gift in de zin van artikel 177 Sr. Dat de verdachte daarvoor reële werkzaamheden heeft verricht, die ook voor de verdachte van enige waarde zullen zijn geweest, maakt dat niet anders. Daarbij gold dat hoe meer omzet de verdachte zou maken met de opdrachten voor de marechaussee, des te meer de medeverdachte kon verdienen met zijn nevenactiviteiten. Daarmee werd een verband gelegd tussen het 'gunnen' van deze betalingen enerzijds (de gift) en de inspanningen van de medeverdachte om de onderneming van de verdachte opdrachten te gunnen anderzijds (de tegenprestatie). De verdachte heeft zichzelf daadwerkelijk in een betere positie gebracht door de vertrouwelijke informatie die hij van de medeverdachte ontving. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank, waarbij de verdachte was vrijgesproken van het tenlastegelegde. De verdachte wordt veroordeeld tot een geldboete van € 10.000 en een taakstraf voor de duur van 120 uur.

- *Hof Den Haag 24 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:424 en 425*

Deze arresten betreffen vrijspraken vanwege het ontbreken van bewijs voor ambtelijke corruptie. Binnen een politieke partij was voorafgaand aan de gemeenteraadsverkiezingen van 2018 de volgende afspraak gemaakt. Wanneer de partij één wethouder zou leveren, dan zou

die wethouderspost gaan naar de verdachte. De medeverdachte zou dan fractievoorzitter worden. De partij was van oordeel dat de wijze waarop de medeverdachte invulling wilde geven aan het fractievoorzitterschap van dien aard was, dat hij bovenop de vergoeding die hij als raadslid zou ontvangen, een vergoeding van € 1.000 per maand uit de partijkas zou ontvangen. Aan deze vergoeding werd geen andere voorwaarde gesteld dan het uitvoeren van de functie van fractievoorzitter.

Het hof is van oordeel dat het een partij vrijstaat om een fractievoorzitter een extra vergoeding toe te kennen voor de uitoefening van het fractievoorzitterschap. Noch uit het dossier noch uit het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep was gebleken dat aan die vergoeding verplichtingen of eisen waren gesteld die op enigerlei wijze een onafhankelijk optreden van medeverdachte als fractievoorzitter of gemeenteraadslid zouden kunnen belemmeren of beïnvloeden. Daarom is het tenlastegelegde volgens het hof niet wettig en overtuigend bewezen, zodat de beide verdachten daarvan behoren te worden vrijgesproken.

Wetgeving

- *Plan tegen corruptie*

De introductie van een gedragscode voor bewindslieden, een autoriteit die de gedragscode handhaaft en lobbyregels met boetes. Dat stellen Tweede Kamerleden Omtzigt (onafhankelijk Kamerlid) en Dassen (Volt) voor in een initiatiefnota.⁸¹ Onder verwijzing naar het oordeel van de GRECO uit 2019,⁸² waaruit bleek dat Nederland te weinig deed om corruptie te voorkomen en de conclusie vorig jaar⁸³ dat geen van de zestien aanbevelingen zijn opgevolgd, schrijven de twee Kamerleden dat op dit moment de integriteitsregels tekortschieten.

- *Wet bescherming klokkenluiders*

Omtzigt heeft in diezelfde periode ook een initiatiefnota⁸⁴ ingediend ter verbetering van het wetsvoorstel van de Wet bescherming klokkenluiders (Wbk). Wat hem betreft bood het voorliggende wetsvoorstel onvoldoende veiligheid voor toekomstige melders. Het doel van deze initiatiefnota is tweeledig: enerzijds zorgen dat misstanden eerder aan het licht komen en anderzijds een meer effectieve bescherming van de melders en sanctienering van organisaties die melders toch benadelen.

De bredere onvrede met het voorstel voor de Wbk was ook aanleiding voor een commissiedebat met minister Bruins Slot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 21 april 2022. Gezien de lopende infractieprocedure is er een tweede nota van wijziging⁸⁵ gekomen in plaats van een geheel nieuw wetsvoorstel. Deze nota is op 30 juni 2022 aan de Tweede Kamer aangeboden. Op datzelfde moment is ook de doorlopende tekst van de

Wbk beschikbaar gesteld en in de begeleidende brief bij de tweede nota van wijziging is ook uitgebreid gerea-geerd op de initiatiefnota van Omtzigt, waarvan overigens maar weinig punten worden overgenomen in de nota. Wat wordt er onder meer gewijzigd met de tweede nota?

- Er wordt gewerkt met één term: misstand. Het begrip EU-inbreuk is in deze definitie opgenomen. Schending of een gevaar van schending van interne regels van de werkgever waarbij het maatschappelijke belang in het geding is, valt nu ook onder een misstand.
- Werkgevers die geen verplichting hebben tot het instellen van een OR of een personeelsvertegenwoordiging moeten instemming krijgen van meer dan de helft van de personeelsleden.
- Een melder mag via een vertrouwenspersoon of een advocaat melden bij het Huis zodat de identiteit niet bekend wordt gemaakt bij het Huis.
- Functionarissen die optreden als onafhankelijk meldpunt dan wel onderzoekers worden ook beschermd tegen benadeling.

De minister heeft over een aantal punten aangegeven nog verder onderzoek te willen doen. Op een later moment wordt om die reden nog teruggekomen op onderwerpen als de realisatie van een fonds voor juridische en psychosociale ondersteuning, de uitbreiding van het benadelingsverbod voor familieleden buiten het werkgerelateerde verband, anoniem melden en uitsluiting van aanbestedingen van werkgevers die de Wbk niet naleven.⁸⁶

In september 2022 wordt een technische briefing door het ministerie van BZK ingepland. Na ontvangst van het advies van de Raad van State, de juridische wetenschapstoets en het overzicht hoe andere Europese landen de Klokkenluidersrichtlijn implementeren of hebben geïmplementeerd, wordt een rondetafelgesprek ingepland met stakeholders. Op 15 september 2022 is de volgende procedurevergadering van de commissie ingepland.

- *Advies Afdeling over verplicht stellen vertrouwenspersoon*

In oktober 2020 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon⁸⁷ bij de Tweede Kamer ingediend. Het wetsvoorstel beoogt een wettelijk recht op toegang tot een vertrouwenspersoon in te voeren en de positie van de vertrouwenspersoon in de organisatie te versterken. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in december 2020 advies⁸⁸ uitgebracht over dit initiatiefwetsvoorstel. Dit advies is op 26 januari 2022 openbaar geworden. De Afdeling advisering onderschrijft het belang van het tegengaan van ongewenste omgangsvormen en psychosociale arbeidsbe-

81 Kamerstukken II 2021/22, 36101, nr. 2.

82 GRECO Evaluation report Netherlands Fifth Evaluation Round.

83 GRECO Netherlands – Publication of 5th Round Compliance Report.

84 Kamerstukken II 2021/22, 36079, nr. 2.

85 Kamerstukken II 2021/22, 35851, nr. 12.

86 Kamerbrief bij 2e nota van wijziging wetsvoorstel implementatie EU-klokkenluidersrichtlijn.

87 Kamerstukken II 2020/21, 35592, nr. 2.

88 Kamerstukken II 2020/21, 35592, nr. 5.

lasting op de werkvloer. Inzetten van een vertrouwenspersoon kan hieraan bijdragen. Het is volgens de Afdeling echter in eerste instantie aan de sociale partners om te bepalen welke middelen zij geschikt vinden om in te zetten tegen psychosociale arbeidsbelasting, en hier eventueel afspraken over te maken in cao's en arbo-catalogi. Bovendien is de aanstelling van een vertrouwenspersoon niet voor alle typen organisaties een noodzakelijk middel. Dit geldt in het bijzonder voor een deel van het midden- en kleinbedrijf. Een wettelijke verplichting voor het gebruik van dit instrument is daarom niet geschikt. Temeer omdat het uitgangspunt van de Arbowet is om doelen voor te schrijven en niet de middelen om deze te bereiken.

- *Naar een mondiale EU-strategie voor corruptiebestrijding*

In een aanbeveling⁸⁹ die op 17 februari 2022 is aangenomen⁹⁰ richt het Europees Parlement verscheidene aanbevelingen tot de Raad en de Vicevoorzitter van de Commissie / Hoge Vertegenwoordiger van de Unie voor buitenlandse zaken en veiligheidsbeleid betreffende corruptie en mensenrechten. De EP-leden pleiten onder meer voor een alomvattende EU-strategie voor corruptiebestrijding. Deze moet een op de mensenrechten gebaseerde aanpak van corruptiebestrijding omvatten, waarbij de slachtoffers van corruptie centraal staan en corruptiebestrijding een centrale plaats inneemt in het EU-beleid ter bevordering van de democratie, de mensenrechten en de rechtsstaat in de wereld.

262

Bijzondere wetgeving

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

Drank- en Horecawet⁹¹

De Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) staat in 2022 weer volop in de belangstelling. De belangrijkste gebeurtenis is dat in 2022 de Wijziging van de Wet Bibob in verband met informatiedeling tussen bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak en enige overige wijzigingen, door de Eerste Kamer is aangenomen.⁹² De wijzigingen maken onderdeel uit van het offensief tegen ondermijnende criminaliteit. Specifiek wordt met deze wijziging een verruiming geregeld van de bevoegdheden tot informatiedeling tussen het Landelijk Bureau Bibob en bestuursorganen, en tussen bestuursorganen onderling, en de reikwijdte van de Wet Bibob met het toestemmingsvereiste bij vervreemding van een opstal-

recht en met bepaalde omgevingsvergunningen. Daarnaast worden de eigen onderzoeksbevoegdheden van bestuursorganen inzake fiscale gegevens verduidelijkt. Het wordt erg interessant hoe deze wijziging zijn neerslag zal gaan vinden in de dagelijkse praktijk van de Wet Bibob.

In de eerste helft van 2022 zijn ten aanzien van de toepassing van de Wet Bibob relatief veel zaken bij de Afdeling gekomen die betrekking hebben op het omgevingsrecht.⁹³ Een zaak die vermeldenswaardig is, is de volgende: de appellant exploiteert sinds 1994 een bedrijf in Beverwijk. Voor het laatst op 17 december 2018 heeft de burgemeester hem daarvoor een exploitatievergunning en een gedoogverklaring verleend. Bij besluit van 16 oktober 2019 is aan het aanhangsel bij de vergunning een nieuwe leidinggevende toegevoegd. Op grond van de adviezen van het Landelijk Bureau Bibob heeft de burgemeester zich op het standpunt gesteld dat ernstig gevaar bestaat dat de exploitatievergunning mede zal worden gebruikt om uit strafbare feiten verkregen of te verkrijgen op geld waardeerbare voordelen te benutten en om strafbare feiten te plegen in de zin van artikel 3 lid 1, aanhef en onder a en b, Wet Bibob. Met toepassing van deze bepaling heeft de burgemeester de exploitatievergunning ingetrokken. Hij heeft de vergunning ook ingetrokken omdat de appellant volgens hem niet meer voldoet aan het vereiste dat hij niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn en omdat intrekking noodzakelijk is in het belang van de openbare orde (artikel 1:6, aanhef en onder b, juncto artikel 2:28 lid 3 en artikel 1:8 lid 1, aanhef en onder a, APV). De burgemeester heeft ook aanleiding gezien om de gedoogverklaring in te trekken. In hoger beroep heeft de burgemeester de Afdeling wegens het bestaan van gewichtige redenen verzocht te bepalen dat alleen de Afdeling van de integrale versies van bepaalde documenten kennis zal nemen. De Afdeling achtte het verzoek tot beperkte kennisneming gerechtvaardigd, omdat in casu het belang van de persoonlijke levenssfeer van de derden in dit geval zwaarder weegt dan het belang van de appellant om kennis te kunnen nemen van die gegevens met inachtneming van het verdedigingsbeginsel.⁹⁴

In een andere zaak is door de burgemeester van Loon op Zand de aanvraag van de appellant om een vergunning in het kader van de Drank- en Horecawet afgewezen. De appellant had op 2 juli 2020 een aanvraag gedaan voor deze vergunning voor de exploitatie van zijn bedrijf in Kaatsheuvel. Bij besluit van 11 augustus 2020 heeft de burgemeester de aanvraag afgewezen, omdat de appellant volgens de burgemeester niet aan de eis voldoet dat hij als leidinggevende van een horecabedrijf niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is. Daaraan heeft de

89 Aanbeveling van het Europees Parlement van 17 februari 2022 aan de Raad en de Vicevoorzitter van de Commissie / Hoge Vertegenwoordiger van de Unie voor buitenlandse zaken en veiligheidsbeleid over corruptie en mensenrechten (2021/2066 (INI)).

90 De aangenomen tekst is te raadplegen via: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0042_NL.html.

91 De naam van de Drank- en Horecawet is per 1 juli 2021 gewijzigd in Alcoholverwet (Stb. 2021, 26).

92 Stb. 2022, 304.

93 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1081, JOM 2022/154. Interessant zijn ook de zaken 'Laarbeek': ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, Gst. 2022/48, m.nt. Van der Vorm; ABRvS 2 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1533.

94 ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:820.

burgemeester feiten uit justitiële documentatie van de appelland ten grondslag gelegd. De appelland is het niet eens met de afwijzing van zijn aanvraag. De afwijzing heeft grote gevolgen voor hem, omdat hij een forse financiële investering heeft gedaan. De Afdeling is van oordeel dat de burgemeester ingevolge artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn een verdergaande plicht heeft om te motiveren waarom hij tot het oordeel is gekomen dat de appelland op grond van de feiten die hem worden tegengeworpen van slecht levensgedrag is. De burgemeester heeft in deze zaak geheel niet gemotiveerd waarom de strafbeschikking van 2018 en de veroordeling in 2014 relevant zijn voor het op verantwoorde wijze leidinggeven aan een horecabedrijf. Ook is niet gemotiveerd hoe de appelland had kunnen weten dat hij, gelet op deze feiten, niet aan de voorwaarde voldoet dat hij niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is. Dat de appelland niet voldoet aan de voorwaarde dat een betrokkene niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn, is dus niet onderbouwd en daarmee is niet voldaan aan het evidentie criterium. De burgemeester heeft verder niet gemotiveerd waarom hij vorenstaande feiten niet als gering aanmerkt of waarom die feiten, ondanks het tijdsverloop, nog iets zeggen over de betrouwbaarheid van de appelland als leidinggevende. Nu het besluit op deze punten geen inzicht verschaft in de afweging van de burgemeester, berust het besluit van 7 oktober 2020 niet op een deugdelijke motivering.⁹⁵ Met deze uitspraak van de Afdeling wordt voor de burgemeester een verzwaarde motiveringsplicht bij slecht levensgedrag geïntroduceerd.

Wet op de kansspelen

Op 9 maart 2022 heeft de Afdeling uitspraak gedaan in een zaak betreffende het computerspel 'FIFA 2022'. Bij besluit van 15 oktober 2019 heeft de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit (KSA) aan EA (de uitgever van het computerspel) een last onder dwangsom opgelegd, omdat zij volgens de KSA het in artikel 1 lid 1, aanhef en onder a, Wet op de kansspelen (WKS) opgenomen verbod heeft overtreden (hierna: 'het dwangsombesluit'). Bij afzonderlijk besluit van dezelfde datum heeft de KSA besloten tot openbaarmaking van het dwangsombesluit. De KSA heeft zich op het standpunt gesteld dat *loot boxes*, waarbij toeval de inhoud bepaalt en de prijzen een economische waarde hebben, moeten worden aangemerkt als kansspel in de zin van artikel 1 lid 1, aanhef en onder a, WKS en dat daarvoor een verbod geldt. Dit geldt volgens de KSA ook voor de *packs* in FIFA die een economische waarde hebben, omdat de inhoud kan worden verhandeld op de virtuele transfermarkt. Omdat EA geen vergunning heeft om kansspelen aan te bieden,

handelt zij in strijd met het in de WKS neergelegde verbod, aldus de KSA. Daarom heeft de KSA bij het dwangsombesluit EA gelast om binnen drie weken na dagtekening van dat besluit de overtreding van de WKS in FIFA19 en in latere versies van het spel te staken en gestaakt te houden. Indien zij niet binnen die termijn aan de last voldoet, verbeurt EA een dwangsom van € 250.000 per week of gedeelte van de week met een maximum van € 5.000.000. De KSA heeft in het dwangsombesluit verder voorbeelden van maatregelen gegeven waarmee EA aan de last kan voldoen, waaronder het verwijderen van de *packs* uit het spel. Daarnaast heeft de KSA bij afzonderlijk besluit van 15 oktober 2019 beslist tot openbaarmaking van het dwangsombesluit.⁹⁶ Volgens de Afdeling heeft de KSA zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat het verkrijgen en openen van de *packs* als een opzichzelfstaand spel kan worden beschouwd, zodat dit in zoverre niet als kansspel in de zin van artikel 1 lid 1, aanhef en onder a, WKS kan worden aangemerkt. Dat het spel FIFA als geheel een kansspel is, heeft de KSA niet gesteld. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte overwogen dat de KSA bevoegd was handhavend op te treden, omdat EA heeft gehandeld in strijd met artikel 1 lid 1, aanhef en onder a, van de WKS en dat de KSA terecht de last onder dwangsom heeft opgelegd. Deze last kan daarom niet in stand blijven.⁹⁷ Ook heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de KSA kon besluiten tot openbaarmaking van de besluiten.⁹⁸

In een andere zaak is de KSA door de Afdeling in het gelijk gesteld. In die zaak heeft de KSA bij besluit van 31 juli 2018 aan een bedrijf wegens overtreding van de WKS een boete opgelegd ter hoogte van € 300.000. Omdat de KSA niet tegen alle aanbieders van onlinekansspelen kan optreden, heeft zij in 2012 prioriteringscriteria opgesteld. Bij de aanpak van aanbieders van onlinekansspelen richt de KSA zich op aanbieders die zich actief richten op de Nederlandse markt. De prioriteringscriteria staan in de Boetebeleidsregels aanbieden kansspelen online zonder vergunning. Per 1 juni 2017 zijn de prioriteringscriteria aangescherpt. Het bedrijf was aanbieder van website A en website B. Op deze websites werden onlinekansspelen aangeboden. In mei en augustus 2017 heeft de KSA deze websites onderzocht. Daaruit is gebleken dat via die websites kansspelen werden aangeboden die volgens de KSA gericht waren op de Nederlandse markt. De Afdeling overweegt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de KSA, gelet op de met openbaarmaking te dienen doelen, over kon gaan tot openbaarmaking van het boetebesluit. De KSA beoogt met de openbaarmaking van het boetebesluit niet alleen consumenten te informeren en te waarschuwen en transparant te zijn over haar toezichtspraktijk, maar weegt ook mee dat van openbaarmaking van boetebe-

95 ABRvS 25 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1493, BR 2022/50, m.nt. Van Mil. Interessant in dit verband is ook: ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1560, waarin de burgemeester van Utrecht bij besluit van 22 oktober 2018 afwijzend heeft beslist op de aanvraag van de vennootschap om de bij besluit van 23 juli 2013 verleende vergunning voor de exploitatie van horecabedrijf New York Pizza Utrecht Centrum te wijzigen en die vergunning in te trekken. In hoger beroep wordt de burgemeester door de Afdeling in het gelijk gesteld.

96 ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:690, *Computerrecht* 2022/94, m.nt. Declerck, r.o. 3.

97 ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:690, r.o. 9.

98 ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:690, r.o. 11.

sluiten een preventieve werking uitgaat naar andere ondernemingen en natuurlijke personen.⁹⁹

Opiumwet

In de eerste te bespreken zaak zijn de feiten als volgt: het gaat om de sluiting door de burgemeester van een oude melkfabriek in het midden van het dorp Ried vanwege een drugsvondst. Persoon A en persoon C zijn daarvan de eigenaars en zij bewonen de benedenverdieping. Beneden aan de voorzijde van het pand oefent persoon C haar praktijk in klassieke homeopathie uit. Aan de andere kant van het pand heeft persoon A een werkplaats voor zijn bedrijf. Dat geldt ook voor één van de meerderjarige zoons van persoon A en persoon C, persoon B. Een andere zoon, zoon 1, woonde tijdelijk op de eerste verdieping. Het pand beschikt verder over een ruimte waar activiteiten kunnen worden georganiseerd. Een derde zoon, zoon 2, woont elders. Op 2 maart 2020 heeft een arrestatieteam in verband met een langlopend onderzoek naar internationale drugshandel en witwassen, genaamd 'Vidar', zoon 1 en zoon 2 aangehouden. Vervolgens is in het pand een inval gedaan. De doorzoeking van het pand richtte zich op de woon-/slaapkamer van zoon 1 en de naastgelegen zolder op de eerste verdieping. Daar heeft de politie onder meer 2.178,57 gram hennep, 1.385,61 gram hasjiesj, 1.926,86 gram cocaïne, 11,77 gram MDMA, 10,029 gram amfetamine, 185,57 gram ketamine, een weegschaal, € 29.525 en 32.800 Noorse kronen, een boksbeugel, een mes en een encrypted smartphone aangetroffen. De politie heeft twee bestuurlijke rapportages opgesteld, met als data 20 april 2020 en 14 mei 2020, en de burgemeester in overweging gegeven in overeenstemming met de Opiumwet een bestuurlijke maatregel te treffen, namelijk sluiting van het pand.¹⁰⁰ Nadat de burgemeester hiertoe is overgegaan volgt een procedure bij de rechtbank. De rechtbank acht een sluiting voor de duur van twaalf maanden niet evenredig. Zij heeft daarom het besluit op bezwaar op dit punt vernietigd en, zelf in de zaak voorzien, de duur van de sluiting bepaald op zes maanden. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat, met inachtneming van punt 3.3 van de beleidsregels, met een sluiting voor de duur van zes maanden de met de beleidsregels te dienen doelen worden bereikt zonder dat sprake is van voor persoon A, persoon B en persoon C onevenredig nadelige gevolgen. Niet is gebleken dat de rechtbank niet alle relevante omstandigheden ten tijde van haar uitspraak bij de beoordeling heeft betrokken, zodat ook daarin geen grond is gelegen voor het oordeel dat zij niet zelf in de zaak heeft mogen voorzien.¹⁰¹ De burgemeester wordt in hoger beroep door de Afdeling niet in het gelijk gesteld.

De volgende uitspraak van de Afdeling¹⁰² heeft veel penen in beweging gezet, omdat deze uitspraak volgt naar aanleiding van de conclusie van de advocaten-generaal Widdershoven en Wattel.¹⁰³ De feiten in deze zaak zijn als volgt: bij besluit van 10 september 2019 heeft de burgemeester van Harderwijk appellant sub 2 onder aanzegging van bestuursdwang gelast de woning aan [locatie A] te Harderwijk met ingang van 18 september 2019 voor de duur van zes maanden te sluiten. Appellant sub 2 is huurder van de eengezinswoning te Harderwijk en woont daar samen met zes van zijn zeven kinderen, geboren in de periode 1993-2005. Over één van hen, de oudste zoon, heeft de politie via Meld Misdaad Anoniem meldingen ontvangen dat hij vanuit de woning in drugs zou dealen en in de woning, en mogelijk ook in de schuur achter de woning, drugs zou hebben opgeslagen. De politie heeft een onderzoek ingesteld. Daaruit is volgens de politie gebleken dat de oudste zoon in drugs handelde, zowel vanuit de woning als elders in de gemeente Harderwijk. De politie heeft de bestuurlijke rapportage van 23 augustus 2020 opgesteld en de burgemeester verzocht handhavend op te treden. Bij besluit van 10 september 2019 heeft de burgemeester appellant sub 2 onder aanzegging van bestuursdwang gelast de woning te Harderwijk met ingang van 18 september 2019 voor de duur van zes maanden te sluiten. Naar aanleiding van de conclusie van Widdershoven en Wattel heeft de Afdeling in haar uitspraken zoveel mogelijk inzichtelijk gemaakt op welke wijze zij het besluit aan de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb toetst. Voor de beoordeling van de toetsing aan de evenredigheid zijn er volgens de Afdeling twee belangrijke oriëntatiepunten: de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en de ingrijpendheid van het besluit, en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast. In deze zaak overweegt de Afdeling als volgt.

*'Uit het besluit blijkt niet dat de burgemeester zich heeft afgevraagd of het gezin na de woningsluiting nog kan terugkeren naar de woning als de woningcorporatie de huurovereenkomst ontbindt en mogelijk overgaat tot plaatsing van het gezin op een "zwarte lijst". De burgemeester moet het antwoord op die vraag alsnog betrekken bij zijn nieuwe besluit. Daarbij moet hij opnieuw beoordelen of de gevolgen voor het gezin niet onevenredig zijn in verhouding tot het doel van de woningsluiting. Omdat de woning tot dusverre nog niet gesloten is geweest, zal de burgemeester ook moeten beoordelen of de noodzaak om de woning te sluiten nog steeds aanwezig is.'*¹⁰⁴

99 ABRvS 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1833, r.o. 13.2.

100 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335, *Jurisprudentie Grondzaken* 2022/62, m.nt. Van der Loo.

101 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335, r.o. 10.1.

102 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. Van Zanten; JB 2022/44, m.nt. Schlössels.

103 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, NLF 2021/1687, m.nt. Barmentlo.

104 'Afdeling bestuursrechtspraak werkt evenredigheidsbeginsel verder uit', *NJB* 2022. Zie ook T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over evenredigheid, evenredigheid en ... evenredigheid. Maar hoe dan precies?', *NJB* 2022, p. 1136-1147. Voorts kan worden gewezen op enkele andere zaken, waarin de burgemeester die toepassing gaf aan artikel 13b Opiumwet in het ongelijk werd gesteld door

Het wordt een interessante ontwikkeling om te bezien hoe deze nieuwe invulling van de evenredigheidstoetsing verder gestalte zal gaan krijgen.

Wet wapens en munitie

Uit deze kroniekperiode zijn slechts enkele voor het ondernemingsstrafrecht relevante uitspraken te melden. Hof Den Haag 7 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:975, gaat over een verdachte wiens gedragingen zijn gekwalificeerd als het bedrijfsmatig verhandelen van vuurwapens. Daarvoor is echter een erkenning nodig en daarover beschikte de verdachte niet. De verdachte heeft volgens het hof, minst genomen als een tussenpersoon, onderhandeld over transacties voor de aankoop, verkoop of levering van wapens of munitie. Daarmee heeft hij (gelet op de recente uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 9 Wet wapens en munitie) wapens verhandeld in de zin van dat artikel in verbinding met artikel 55 lid 4. De verdachte heeft zich daarnaast schuldig gemaakt aan het voorhanden hebben van illegaal vuurwerk, verdovende middelen, munitie en een geladen raketwerper, waarna veroordeling volgt tot een gevangenisstraf van 4 jaar en 6 maanden.

Daarnaast zijn weer diverse uitspraken gedaan inzake de ‘beschikkingsmacht’. Die werd onder meer betwist in HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:757. De Hoge Raad verwijst naar zijn arresten van 31 maart 2020,¹⁰⁵ waarin hij heeft overwogen dat voor een veroordeling van het (als pleger) voorhanden hebben van een wapen of munitie is vereist dat de verdachte het wapen of de munitie bewust aanwezig had. De in de rechtspraak van de Hoge Raad in dit verband gebruikte aanduiding van ‘een meerdere of mindere mate’ van bewustheid geeft aan dat de verdachte zich bewust was van de (waarschijnlijke) aanwezigheid van het wapen of de munitie, zonder dat die bewustheid zich hoeft uit te strekken tot de specifieke eigenschappen en kenmerken van het wapen of de munitie of tot de exacte locatie van dat wapen of die munitie. Voor het bewijs van dergelijke bewustheid geldt dat daarvan ook sprake kan zijn in een geval dat het niet anders kan dan dat de verdachte zulke bewustheid heeft gehad. Volgens deze lijn oordelen ook de feitenrechtters. Zo ging het in Hof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1302, om een verdachte die het medeplegen werd verweten van het zonder consent doen binnenkomen van 33 vuurwapens met munitie en het voorhanden hebben van deze vuurwapens. Ondanks dat deze verdachte de vuurwapens niet feitelijk voorhanden had gehad, oordeelde het hof dat toch sprake was van bewustheid van en beschikkingsmacht over deze vuurwapens met munitie.

Op 1 februari 2022 trad de Wet van 15 mei 2019, houdende regels voor de inzet van gewapende particuliere

maritieme beveiligers aan boord van Nederlandse koopvaardischepen (Wet ter Bescherming Koopvaardij), in werking, tegelijk met het besluit van 22 december 2021, houdende regels ter uitvoering van de Wet ter Bescherming Koopvaardij (Besluit bescherming koopvaardij). Op 1 juli 2022 trad de Wet van 4 november 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit (versterking strafrechtelijke aanpak ondermijnende criminaliteit) in werking. Deze wet heeft tot gevolg dat in de Wet wapens en munitie (maar ook in de Opiumwet en de Wet op de economische delicten) de maatregel schadeverhaal werd ingevoerd.¹⁰⁶

Europees strafrecht

Verzorgd door mr. dr. S.S. Buisman & mr. dr. W.S. de Zanger

Algemene ontwikkelingen

- *Voorstel tot het aanmerken van het schenden van EU-sancties als EU-misdrijven*

De EU-sancties tegen Rusland, Belarus en hun inwoners drukten het afgelopen halfjaar een sterk stempel op het landschap van het bijzonder strafrecht. Menig aanbieder van (financiële) diensten is voor de vraag gesteld of zijn of haar werkzaamheden nog wel ongestoord kunnen worden doorgezet. De daadwerkelijke strafrechtelijke handhaving van deze sancties (via de Sanctiewet 1977) lijkt echter moeizaam op gang te komen. De Europese Commissie heeft ondertussen het initiatief genomen om de teugels op dit vlak verder aan te halen. Op 25 mei 2022 heeft zij een voorstel gepubliceerd voor een Raadsbesluit waarin schending van de EU-sancties wordt toegevoegd aan de lijst met EU-misdrijven zoals bedoeld in artikel 83 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).¹⁰⁷ Daarmee kiest men dus voor de procedure van lid 1 van artikel 83 VWEU (dat ziet op vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie), omdat men lid 2 van dat artikel (dat ziet op een noodzaak ter bevordering van Uniebeleid) niet afdoende acht op dit gebied.

Toevoeging van deze schendingen aan de lijst met EU-misdrijven zou betekenen dat de EU-wetgever bevoegd wordt om maatregelen vast te stellen op het gebied van de strafbaarstelling van deze feiten en de sanctionering daarvan. Volgens de Commissie verschillen de nationale stelsels voor wat betreft de strafbaarstellingen en de strafrechtelijke sanctionering van schendingen van beperkende maatregelen die op EU-niveau worden vastgesteld. Een verdere harmonisatie zou volgens

de Afdeling, zie o.m. ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1765; ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1913; ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1910.

¹⁰⁵ HR 31 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:504 en 507, NJ 2020/251 en 253, beide m.nt. Sackers.

¹⁰⁶ Respectievelijk *Stb.* 2019, 186 en *Stb.* 2021, 544. Zie voor de inwerking-tredingen *Stb.* 2022, 3 en *Stb.* 2022, 204.

¹⁰⁷ COM (2022) 247 final.

de Commissie op zijn plaats zijn. Het voorstel is daarin een eerste stap. Als de Raad (zoals voorgesteld) deze schendingen toevoegt aan de lijst met EU-misdrijven, zou de EU-wetgever bevoegd worden om richtlijnen vast te stellen met daarin regels over de strafbaarstelling en strafrechtelijke sanctionering daarvan. Zo zou een gemeenschappelijk rechtskader tot stand moeten komen. Samen met het voorstel heeft de Commissie in een mededeling de (in haar ogen) belangrijkste elementen opgenomen voor van een dergelijke, toekomstige richtlijn.¹⁰⁸

- *Rapport Europol aangaande cryptovaluta*

Met het oog op de witwasbestrijding, zoals altijd een belangrijk speerpunt van de Europese Unie, is het rapport van Europol van januari 2022 zeker lezenswaardig. De laatste jaren wordt in de strijd tegen het crimineel vermogen veel aandacht besteed aan de rol die cryptovaluta kunnen spelen in het witwassen. Europol brengt overzichtelijk in kaart op welke manier cryptovaluta worden gebruikt om strafbare feiten te plegen en de opbrengsten daarvan wit te wassen. Die manieren lijken met de jaren meer gedifferentieerd te worden. Doordat er gespecialiseerde witwassers met cryptovaluta zijn ontstaan, hoeven criminelen zelf geen specialistische kennis (meer) in huis te hebben om te kunnen profiteren van de (vermeende) voordelen daarvan.

Europol belicht echter ook de minder ‘zwarte’ kanten van cryptovaluta. Zo wordt vastgesteld dat de omvang van het witwassen door middel van cryptovaluta niet zo groot is als dat van het witwassen met contant geld en andere manieren om vermogen te verplaatsen. Belangrijk is daarnaast dat Europol vaststelt dat cryptovaluta niet zoveel anonimiteit geven als vaak (met name door beleidsmakers en handhavende instanties) lijkt te worden gedacht. Met name door de blockchaintechnologie bieden deze valuta juist weinig privacy, omdat de herkomst daarvan wordt geregistreerd in de blockchain. Daarnaast stelt Europol vast dat cryptovaluta aanvankelijk met name werden gebruikt door criminelen, maar dat het gebruik daarvan de laatste jaren aanzienlijk gebruikelijk is geworden voor ‘normale’, legale transacties. De regelmatig gehoorde assumptie dat het gebruik van bijvoorbeeld bitcoins (zonder een aanwijsbare reden) een indicatie is dat iemand zich bezighoudt met strafbare feiten, lijkt daarom niet juist.

Jurisprudentie

- *Derden in klaagschriftprocedures tegen beslag*

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (achtste kamer) heeft op 12 mei van dit jaar een belangwekkende uitspraak gedaan die ziet op de positie van derde-belanghebbenden in de procedure ter beklag tegen beslag op voorwerpen.¹⁰⁹ In deze zaak was onder RR en JG beslag gelegd op voorwerpen die mogelijk als bewijs in een strafzaak konden dienen. Beiden waren geen verdachten

(meer): de zaak tegen RR was geëindigd en tegen JG was nooit strafvervolg ingesteld. Het beslag was gelegd in de strafzaken tegen de levensgezel van RR en tegen (andere) leden van de bende waarbij JG (vermoedelijk) ook betrokken was. Beiden dienen tijdens de fase van het strafproces een verzoek in tot teruggave bij een bijzondere strafrechter. Deze raadkamer overwoog dat het nationale recht van Bulgarije een derde de mogelijkheid biedt om tijdens de voorbereidende fase van de strafrechtelijke procedure te verzoeken om teruggave van een in beslag genomen voorwerp, maar dat een dergelijk verzoek niet kan worden ingediend tijdens de gerechtelijke fase van die strafprocedure. Dit terwijl een dergelijke fase lang (meerdere jaren) kan duren. Bovendien is het naar Bulgaars recht niet toegestaan om in een situatie als in het hoofdgeding voorwerpen te confisqueren van een derde te goeder trouw, zodat de in het hoofdgeding in beslag genomen voorwerpen na afloop van de gerechtelijke fase aan hun eigenaren moeten worden teruggegeven. De raadkamer vroeg zich daarom af of deze regeling verenigbaar is met Richtlijn 2014/42/EU, gelezen in het licht van artikel 17 Handvest. Zij stelde daarom prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Op grond van artikel 7 Richtlijn 2014/42/EU moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen die bevrozing van voorwerpen met het oog op een confiscatie mogelijk maken, en ten aanzien van voorwerpen in het bezit van derden bevrozingsmaatregelen kunnen worden gelast. Op grond van artikel 8 hebben personen tegen wie dergelijke maatregelen zijn genomen, recht op een doeltreffende voorziening en in nationaal recht voorziene procedures. Deze procedures kunnen bepalen dat indien de aanvankelijke beslissing tot bevrozing is genomen door een bevoegde niet-rechterlijke autoriteit, deze beslissing eerst ter bekrachtiging of herziening moet worden voorgelegd aan een rechterlijke instantie alvorens zij voor een rechter kan worden betwist.

Het Hof van Justitie formuleert, in antwoord op deze vragen, dat uit de richtlijn (alsmede uit overweging 31 daarvan) volgt dat een derde te goeder trouw wiens voorwerp is ‘bevroren’ ook tijdens de gerechtelijke fase van een strafprocedure een verzoek bij een rechter moet kunnen doen om het voortduren van die bevrozing te toetsen (r.o. 38). Met artikel 552a Sv voldoet Nederland reeds aan deze verplichting. Daarnaast antwoordt het hof (op de tweede prejudiciële vraag) dat de richtlijn zo moet worden uitgelegd, dat deze zich niet verzet tegen een nationale regeling die in de weg staat aan confiscatie van een voorwerp dat is gebruikt of bestemd is om te worden gebruikt voor het plegen van strafbare feiten, en dat toebehoort aan een derde te goeder trouw. Dat is ook het geval als die derde dat voorwerp permanent ter beschikking heeft gesteld aan de verdachte (r.o. 53). Dat betekent niet (a contrario) dat een nationale regeling die een dergelijke confiscatie wel mogelijk maakt in strijd is met deze richtlijn. De Nederlandse regeling van

108 COM (2022) 249 final.

109 HvJ EU 12 mei 2022, C-505/20, ECLI:EU:C:2022:376 (RR en JG).

de verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer¹¹⁰ hoeft in die zin niet te vrezen voor deze uitspraak van de EU-rechter.

- *SIS II-registratie voorwerp inbeslagname*

De zaak C-520/20¹¹¹ draait om de inbeslagname van een motorvoertuig. EF, een Bulgaarse staatsburger, had het voertuig gekocht met een lening van een Noorse bank. In 2016 stopt EF echter met de terugbetaling van deze lening. Zijn dossier wordt vervolgens door de bank overgedragen aan een incassobureau om de uitstaande schulden te incasseren. In antwoord op het verzoek tot vrijwillige terugbetaling deelde EF mede dat het voertuig zich in Bulgarije bevond en dat het inmiddels was verkocht aan AB en op zijn naam was geregistreerd. AB had het voertuig inmiddels in 2017 weer doorverkocht aan DB, de verzoeker in het hoofdgeding, die het op zijn beurt weer had laten registreren.¹¹²

Op 24 mei 2017 wordt vervolgens door Noorwegen in het Nationale Schengeninformatiesysteem een signalering opgenomen met het oog op de inbeslagneming van het motorvoertuig, onder de vermelding dat het voertuig is ‘gestolen, verduisterd of anderszins vermist’. Twee dagen later wordt het voertuig door de Bulgaarse politie aangetroffen. Na het raadplegen van het geautomatiseerde informatiesysteem SIS II wordt vastgesteld dat dit het door Noorwegen gesignaleerde voertuig betreft. Het voorwerp wordt daarop in beslag genomen om te worden teruggegeven aan de Noorse bank.¹¹³

Tegen deze gang van zaken stelt DB bezwaar en vervolgens beroep in om de rechtmatigheid van het genomen besluit tot afgifte van het betrokken voertuig aan te vechten, nu de in het SIS II opgenomen registratie, bij ‘gebreke van overtuigend bewijs dat in Noorwegen een strafprocedure met betrekking tot dit voertuig was ingeleid en gevoerd’, onrechtmatig was. Tevens heeft hij verzocht om directe teruggave van het voertuig.¹¹⁴

Op vragen van de Bulgaarse rechter ten aanzien van de SIS II-registratie geeft Noorwegen aan dat het strafdosier en het onderzoek met betrekking tot het voertuig op 10 juli 2017 zijn gesloten nu het voertuig was aangetroffen en teruggebracht naar Noorwegen. De Bulgaarse rechter vraagt zich onder deze omstandigheden af of in Noorwegen een strafrechtelijke procedure is ingesteld met betrekking tot het motorvoertuig, en is van oordeel dat, indien dat niet het geval is, de signalering in SIS II in strijd is met de werkingssfeer en het doel van SIS II. Hij legt daarom aan het Hof de vraag voor of ‘artikel 39 van het SIS II-besluit aldus moet worden uitgelegd dat het

*zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de bevoegde autoriteiten van de uitvoerende lidstaat een in het SIS II opgenomen signalering betreffende een voorwerp moeten uitvoeren, zelfs wanneer zij twijfels hebben over de redenen voor de opnemng van een dergelijke signalering’.*¹¹⁵

Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Op basis van artikel 39 dient de uitvoerende autoriteit contact op te nemen met de signalerende autoriteit teneinde de nodige maatregelen overeen te komen. De mogelijke te nemen maatregelen volgen uit het nationale recht van de uitvoerende lidstaat, volgens het Sirene-handboek: de inbeslagneming van het aangetroffen voorwerp of het nemen van de nodige conservatoire maatregelen, de identificatie van de persoon die het voorwerp in bezit heeft en contact opnemen met het Sirene-bureau van de signalerende lidstaat.¹¹⁶ Nu snelle actie noodzakelijk is, zodat het voorwerp kan worden veiliggesteld, dienen conservatoire maatregelen te worden genomen zonder betwisting van de geldigheid van de signalering. Als dat niet zou worden vereist, zou dit de doeltreffende operationele samenwerking tussen lidstaten immers kunnen ondermijnen.¹¹⁷ Wanneer er redenen zijn voor de uitvoerende lidstaat om aan te nemen dat de gegevens onjuist of onrechtmatig zijn opgenomen dient de signalerende lidstaat daarvan, uiterlijk binnen tien dagen, op de hoogte te worden gesteld.¹¹⁸ De signalerende lidstaat toetst de informatie vervolgens en verbetert of verwijdert de gegevens zo nodig onverwijld. Dat neemt niet weg dat voor de afgifte van het in beslag genomen voorwerp geen afgifteplicht bestaat. Ook wanneer het nationale recht een zogenoemde afgifteplicht kent, is de lidstaat niet verplicht om deze uit te voeren in het licht van het SIS II-besluit.¹¹⁹

- *PNR-richtlijn*

In de zaak C-817/19 staat de geldigheid van de Belgische wet van 25 december 2016 betreffende de verwerking van passagiersgegevens centraal.¹²⁰ De Belgische organisatie Ligue des droits humains heeft in de nationale procedure de geldigheid van deze wet ter discussie gesteld. Volgens de organisatie schendt de wet onder andere het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens. De reikwijdte van de wet zou volgens haar te breed zijn en de te verzamelen gegevens te ruim gedefinieerd. Bovendien zou de invoering van een aantal specifieke bepalingen die het *Passenger Name Record*-systeem (PNR-systeem) uitbreiden tot vervoer binnen de EU, tot indirecte herinvoering van grenscontroles leiden. Daarmee zou volgens Ligue des droits humains inbreuk worden ge-

110 Waarbij voor de verbeurdverklaring van voorwerpen die aan een derde toebehoren de eis geldt dat deze derde bekend was met de verkrijging door middel van het strafbare feit of met het gebruik of de bestemming in verband daarmee, of deze verkrijging, het gebruik of de bestemming redelijkerwijs had kunnen vermoeden, zie artikel 33a lid 2 Sr.

111 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB).

112 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 17-19.

113 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 20-23.

114 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 25-27.

115 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 29-31.

116 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 35-39.

117 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 40-45.

118 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 46.

119 HvJ EU 13 januari 2022, C-520/20, ECLI:EU:C:2022:12 (DB), r.o. 50-54.

120 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (Ligue des droits humains t. Ministerraad).

maakt op het recht op vrij verkeer van personen.¹²¹ De Belgische overheid betwist dit door te stellen dat de AVG niet van toepassing is op de wet, en dat de wet een essentieel instrument vormt om met name terrorisme en zware criminaliteit te bestrijden.¹²² De maatregelen zouden bovendien evenredig en noodzakelijk zijn om de doelen van de PNR-richtlijn te bewerkstelligen. In dat kader legt de verwijzende rechter een aantal vragen voor over de geldigheid de PNR-richtlijn (over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit), de API-richtlijn (die vervoerders verplicht om passagiersgegevens door te geven) en Richtlijn 2010/65/EU (betreffende meldingsformaliteiten voor schepen die aankomen in en/of vertrekken uit havens van de lidstaten) met het oog op de doorgifte, de bewaring en verwerking van PNR-gegevens.¹²³

Het Hof oordeelt dat de AVG niet van toepassing is op de gegevensverwerking van gegevens die enkel onder de PNR-richtlijn vallen, die de PIE of de bevoegde autoriteiten verrichten voor de doeleinden van artikel 1 lid 2 van deze richtlijn. Is echter sprake van gegevensbewerking onder de API-richtlijn, Richtlijn 2010/65/EU én de PNR-richtlijn dan is de AVG evenwel van toepassing.¹²⁴

Daarnaast oordeelt het Hof dat de PNR-richtlijn geldig is in het licht van artikel 7, 8 en 52 lid 1 EU-Handvest, door de richtlijn te beoordelen in het licht van de veroorzaakte inmenging en de rechtvaardiging van deze inmenging op basis van (1) de eerbiediging van het wettigheidsbeginsel en van de wezenlijke inhoud van de betrokken grondrechten, (2) de doelstelling van algemeen belang en geschiktheid van de PNR-gegevensverwerking daarvoor, en (3) de noodzakelijkheid van de inmenging. Het Hof concludeert bovendien dat PNR-gegevens enkel mogen worden verwerkt voor de doeleinden van de PNR-richtlijn, zoals vermeld in artikel 1 lid 2.¹²⁵

Ten aanzien van de geldigheid van de API-richtlijn op binnenlandse vluchten merkt het Hof op dat deze richtlijn luchtvaartmaatschappijen enkel verplicht om gegevens door te geven aan de controlerende autoriteiten van de buitengrenzen wanneer passagiers worden gevlogen naar een doorlaatpost aan de buitengrenzen van een lidstaat met een derde land, en dat enkel voor deze vluchten gegevens worden verwerkt. Uit de API-richtlijn volgt dus geen verplichting ten aanzien van de gegevens van passagiers op interne vluchten binnen de EU. Evenmin is er een grondslag om als lidstaat een systeem in te

voeren voor de *'doorgifte door luchtvaartmaatschappijen en reisoperatoren en verwerking door de bevoegde autoriteiten van PNR-gegevens voor alle vluchten binnen de EU en andere soorten vervoer binnen de Unie vanuit, naar of door de betrokken lidstaat, indien deze lidstaat niet met een werkelijke en actuele of voorzienbare terroristische dreiging wordt geconfronteerd'*.¹²⁶ Dat geldt eveneens voor wetgeving die verplicht tot het doorgeven en verwerken van gegevens om controles aan de buitengrenzen te verbeteren en illegale immigratie te bestrijden.¹²⁷

- *Dataretentie*

In de zaak C-140-20¹²⁸ ligt de vraag voor of artikel 15 lid 1 Richtlijn 2002/58/EU, in samenhang met artikel 7, 8 en 11 en artikel 52 lid 1 Handvest, zich verzet tegen een nationale regeling die voor de bestrijding van zware criminaliteit voorziet in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens. Tevens ligt de vraag voor of artikel 15 zich verzet tegen nationale wetgeving op grond waarvan de gecentraliseerde behandeling van verzoeken om toegang tot bewaarde gegevens die de politie doet tijdens het onderzoek naar en de vervolging van ernstige strafbare feiten, is opgedragen aan een politiefunctionaris, bijgestaan door een binnen de politie opgerichte eenheid die een zekere mate van autonomie heeft bij de uitvoering van haar taak en waarvan de beslissingen later door een rechter kunnen worden getoetst.¹²⁹

In deze zaak is de verdachte, GD, in Ierland veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf voor een moord. In hoger beroep heeft GD onder meer aangevoerd dat ten onrechte gebruik is gemaakt van verkeers- en locatiegegevens van telefoongesprekken als bewijs, omdat de nationale wet van 2011, die de bewaring van deze gegevens regelde en op basis waarvan de toegang tot deze gegevens is verleend, in strijd is met het Unierecht. Om de rechtmatigheid te betwisten heeft GD een civiel geding ingesteld bij de Ierse High Court. De strafprocedure is geschorst tot aan de uitspraak van de civiele rechter. GD betoogt in het bijzonder dat de algemene en ongedifferentieerde bewaring van gegevens en toegangsverlening tot die gegevens onverenigbaar zijn met het Unierecht, onder verwijzing naar *Tele2 Sverige* en *Watson e.a.*¹³⁰ De High Court heeft GD in het gelijk gesteld, waartegen Ierland cassatie heeft ingesteld bij de Supreme Court (de verwijzende rechter).¹³¹

Het Hof van Justitie oordeelt dat het Unierecht zich verzet tegen het preventief voorzien in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens met het oog op de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen

121 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 51-55.

122 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 56.

123 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 63-84.

124 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 85-228.

125 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 229-247.

126 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 248-269.

127 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains t. Ministerraad*), r.o. 270-291.

128 HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (G.D.).

129 HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (G.D.), r.o. 30.

130 HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

131 HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (G.D.), r.o. 20-29.

van de openbare veiligheid. Op basis van artikel 15 Richtlijn 2002/58/EU kunnen daarentegen wel wettelijke maatregelen worden genomen:

‘die met het oog op de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid voorzien in:

- *een gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens, die op basis van objectieve en niet-discriminatoire factoren wordt afgebakend aan de hand van categorieën betrokken personen of aan de hand van een geografisch criterium, voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk, maar die kan worden verlengd;*
- *een algemene en ongedifferentieerde bewaring van de IP-adressen die zijn toegewezen aan de bron van een verbinding, voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk;*
- *een algemene en ongedifferentieerde bewaring van de gegevens inzake de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen;*
- *de mogelijkheid om via een aan effectieve rechterlijke toetsing onderworpen beslissing van de bevoegde autoriteit aan aanbieders van elektronische-communicatiediensten een bevel op te leggen tot spoedbewaring van de in hun handen zijnde verkeers- en locatiegegevens gedurende een bepaalde periode,*

*mits die maatregelen, door het gebruik van duidelijke en nauwkeurige regels, verzekeren dat de betrokken gegevens slechts worden bewaard indien aan de daarvoor geldende materiële en procedurele voorwaarden wordt voldaan, en dat de betrokken personen beschikken over effectieve waarborgen tegen het risico van misbruik.*¹³²

Tevens komt het Hof tot het oordeel dat de gecentraliseerde behandeling van verzoeken om toegang tot door aanbieders van elektronische-communicatiediensten bewaarde gegevens die de politie doet tijdens het onderzoek naar en de vervolging van ernstige strafbare feiten, niet kan worden neergelegd bij een politiefunctionaris, bijgestaan door een binnen de politie opgerichte eenheid die een zekere mate van autonomie heeft bij de uitvoering van haar taak en waarvan de beslissingen later door een rechter kunnen worden getoetst. Dit is immers niet in lijn met de eis dat op voorhand moet worden getoetst door een onafhankelijke gerechtelijke autoriteit of administratieve instantie.¹³³

- *Hoge Raad stelt prejudiciële vragen over de uitleg van Richtlijn 2002/58/EG*

In HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475 staat de vraag centraal of onder andere artikel 126n, 126na en 126i Sv, op grond waarvan de officier van justitie verkeers- en locatiegegevens kan vorderen, conform Richtlijn 2002/58/EG zijn. Tevens wordt in dit arrest ingegaan op de betekenis van de uitspraken van het Hof van Justitie

in Tele2 Sverige en Watson, Ministerio Fiscal, La Quadrature du Net e.a. en Prokatuur op het Nederlandse recht.

De Hoge Raad oordeelt dat de Nederlandse wetgeving niet in overeenstemming is met de eisen die het Hof heeft gesteld aan dergelijke bevoegdheden. Immers wordt vereist dat in geval van ernstige inmenging in het recht op bescherming van het privéleven en de beslissing tot de toepassing van die bevoegdheid is vereist dat ‘voorafgaand toezicht door een rechterlijke instantie of door een onafhankelijke bestuurlijke autoriteit’ plaatsvindt. De officier van justitie kan dergelijk toezicht aldus niet uitoefenen. De Hoge Raad oordeelt daarom dat de officier van justitie die inzicht wil verkrijgen in verkeers- en locatiegegevens die meer omvatten dan uitsluitend identificerende gegevens daarvoor een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris moet hebben verkregen, zoals in het geval van de artikelen 126n, 126u, en 126zh, en de artikelen 126ni, 126ui, 126zja Sv, voor zover de vordering is gericht aan de aanbieder van een communicatiedienst of aan de bevoegdheid van 126 Sv. Dat is ook zo wanneer de wet dat niet voorschrijft. De rechter-commissaris zal dan moeten beslissen of wordt voldaan aan de wettelijke eisen en de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹³⁴ Daarnaast besluit de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:

‘Vallen wettelijke maatregelen die betrekking hebben op het in verband met het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten verlenen aan overheidsinstanties van toegang tot verkeers- en locatiegegevens (met inbegrip van identificerende gegevens), onder de werkingssfeer van Richtlijn 2002/58/EG, als het gaat om het verlenen van toegang tot gegevens die niet worden bewaard op grond van wettelijke maatregelen als bedoeld in artikel 15 lid 1 Richtlijn 2002/58/EG, maar die door de aanbieder worden bewaard op een andere grond?

- a. *Vormen de in de (...) arresten van het Hof van Justitie gehanteerde begrippen “ernstige strafbare feiten” en “ernstige criminaliteit” (of “zware criminaliteit”) autonome begrippen van Unierecht of is het aan de bevoegde instanties van de lidstaten om zelf mede invulling te geven aan deze begrippen?*
- b. *Als het gaat om autonome begrippen van Unierecht, op welke wijze dient dan te worden vastgesteld of sprake is van een “ernstig strafbaar feit” of van “ernstige criminaliteit”? Om de redenen die onder 6.6.2 en 6.6.3 zijn besproken, komt het de Hoge Raad voor dat het aan de bevoegde instanties van de lidstaten is om zelf mede invulling te geven aan de genoemde begrippen.*

Kan het verlenen van toegang aan overheidsinstanties tot verkeers- en locatiegegevens (anders dan uitsluitend identificerende gegevens) met het oog op het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten

132 HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (G.D.), r.o. 31-101.

133 HvJ EU 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (G.D.), r.o. 102-114.

134 HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, r.o. 6.13.1-6.13.3.

onder Richtlijn 2002/58/EG worden toegestaan als geen sprake is van ernstige strafbare feiten of ernstige criminaliteit, namelijk als in het concrete geval het verlenen van toegang tot die gegevens – naar mag worden aangenomen – slechts een geringe inmenging veroorzaakt in met name het recht op bescherming van het privéleven van de gebruiker als bedoeld in artikel 2, onder b, Richtlijn 2002/58/EG?¹³⁵

Varia

Verzorgd door prof. mr. J.S. Nan

Beslag op een Instagram-account?

Een vraag die in het voorjaar van 2022 opkwam, was of een Instagram-account vatbaar is voor verbeurdverklaring en aldus (voorafgaand daaraan) vatbaar is voor beslag.¹³⁶ Via een aantal Instagram-accounts werden namelijk valse merkproducten verkocht. Het Openbaar Ministerie had van een van de verdachten toegang verkregen tot deze accounts, ze voor de verdachten ontgankelijk gemaakt en voorzien van een banner met vermelding van de ‘inbeslagneming’.¹³⁷ De rechtbank had onder meer geoordeeld dat een Instagram-account geen voorwerp is in de zin van artikel 94 Sv, noch een goed of vermogensrecht (anders dan een bitcoin). Dit ondanks dat een dergelijk account – via de gebruikmaker ervan – wel een waarde kan vertegenwoordigen.

De Hoge Raad geeft in twee arresten van 24 mei 2022 aan dat op grond van artikel 94 lid 2 Sv onder meer alle voorwerpen waarvan de verbeurdverklaring kan worden bevolen vatbaar voor inbeslagneming zijn. Uit de tekst van artikel 33a lid 4 Sr en de relevante wetsgeschiedenis van iets meer dan dertig jaar geleden (van de Wet verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties¹³⁸), volgt volgens de Hoge Raad dat alleen zaken en vermogensrechten in de zin van artikel 3:1 BW als voor verbeurdverklaring vatbare voorwerpen kunnen worden aangemerkt. Er wordt hier dus expliciet een koppeling gemaakt met de civielrechtelijke betekenis van zaken (de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten, zie artikel 3:2 BW) en vermogensrechten (rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zie artikel 3:6 BW). Het oordeel van het hof over een Instagram-account blijft daarom in stand:

‘De rechtbank heeft geoordeeld dat een Instagram-account noch als een zaak noch als een vermogensrecht – en dus ook niet als een voorwerp in de hier bedoelde zin – kan worden aangemerkt. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat virtuele objecten die – kort gezegd – waarde vertegenwoordigen en overdraagbaar zijn onder omstandigheden wel als zo’n voorwerp zouden kunnen worden aangemerkt, maakt dat niet anders. De met het aanmaken van een persoonsgebonden Instagram-account geopende mogelijkheid voor de gebruiker om via een site of app beelden of andere gegevens uit te wisselen, is niet met dergelijke objecten gelijk te stellen.’

Men zou kunnen zeggen dat een Instagram-account en in het bijzonder de toegang daartoe, niet meer zijn dan een verzameling gegevens. Veel waarde moet daarbij worden toegekend aan de inloggegevens die maken dat het account kan worden beheerd (en in dit geval illegaal geëxploiteerd). Hoewel zo’n account lucratief kan zijn en zeker voor een groot publiek ‘zichtbaar’, is het (kort gezegd) in juridische zin geen stoffelijk of vermogensobject. Dat de ‘eigenaar’ van een dergelijk account een overeenkomst met de aanbieder (in dit geval eerst Facebook en inmiddels Meta) aangaat, maakt dat niet anders. Daarbij komt dat een account volgens de overeenkomst in principe persoonsgebonden c.q. niet overdraagbaar lijkt te zijn.¹³⁹

Hoewel de Hoge Raad in deze twee zaken enkel ingaat op het klassieke beslag ten behoeve van verbeurdverklaring, is de werking in potentie ruimer. Hoe zit het bijvoorbeeld met de onttrekking van voorwerpen aan het verkeer (artikel 36b-36d Sr)? Een wettelijke definitie van dergelijke voorwerpen ontbreekt en de aard van deze maatregel maakt dat er wellicht minder reden is om een strikte koppeling te maken met burgerrechtelijke begrippen. Waar de verbeurdverklaring een bijkomende vermogensstraf is, strekt de onttrekking aan het verkeer tot het verwijderen van voorwerpen waarvan het ongecontroleerde bezit in strijd is met de wet of met het algemeen belang. Bij onttrekking gaat het dus alleen om de gevaarzettende aard van het voorwerp en niet om de waarde ervan. Er moet altijd een verband zijn met het gepleegde strafbare feit. Een strakke civiele invulling van de relevante voorwerpen die kunnen worden onttrokken aan het verkeer zou de reikwijdte van deze maatregel wellicht te veel kunnen beperken. Bij verbeurdverklaring ligt het allemaal toch wat anders. Er moet wel enig verband zijn met het strafbare feit om tot verbeurdverklaring over te kunnen gaan, maar dat verband mag soms ook indirect zijn. Een voorwerp dat uit de baten van het strafbare feit is verkregen, kan immers eveneens verbeurdverklaard worden (zie artikel 33a lid 1 sub a Sr). En, zonder voorafgaand beslag is verbeurdverklaring wel mogelijk, maar onttrekking niet. Als het verbeurdverklaarde voorwerp niet in beslag genomen is, moet de waarde ervan in het vonnis worden geschat en

135 HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, r.o. 8.

136 Zie HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:687 en HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:688.

137 Zie hiervoor de conclusies van A-G Hartevelde van 8 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:218 en ECLI:NL:PHR:2022:220.

138 Kamerstukken 21504.

139 Zie uitvoeriger de conclusies van A-G Hartevelde.

moet hetzij het voorwerp worden uitgeleverd, hetzij de geschatte waarde worden betaald (zie artikel 34 Sr). Er zitten dus verschillen tussen beide sancties die maken dat het volgens mij nog geen uitgemaakte zaak is of de ‘civilisering’ van voorwerpen ook geldt voor (beslag ten behoeve van) de onttrekking van voorwerpen aan het verkeer.

Voor conservatoir beslag ex artikel 94a Sv ten behoeve van bewaring van het recht tot verhaal voor een ter zake van dat misdrijf op te leggen geldboete, ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel of schadevergoedingsmaatregel, zal deze uitspraak naar verwachting in ieder geval wel gelden. In artikel 94a lid 6 Sv is bepaald dat onder voorwerpen alle zaken en alle vermogensrechten worden verstaan.¹⁴⁰ Nu het hier, zelfs nog sterker dan bij de verbeurdverklaring, gaat om beslag met het oog op verhaal op vermogen in verband met strafrechtelijke sancties, lijkt de gelijkschakeling met hun civiele tegenhangers voor de hand te liggen. Een verband tussen de in beslag te nemen voorwerpen en het strafbare feit wordt immers in het geheel niet verlangd. Het gaat louter om de waarde van de voorwerpen, ter zekerheid dat voormelde geldelijke sancties ten uitvoer kunnen worden gelegd.

Het beslag op de Instagram-accounts is dus van de baan. Dat zal voor andere socialemedia-accounts die gebruikt worden voor strafbare doeleinden volgens mij niet of nauwelijks anders zijn. Daarmee is niet gezegd dat het Openbaar Ministerie in situaties als deze met lege handen staat. In zijn conclusie laat advocaat-generaal Harteveld twee strafvorderlijke mogelijkheden zien voor het uit de lucht halen van (informatie op) socialemedia-accounts. Het gaat om artikel 125o en 125p Sv. Deze maken het mogelijk dat door het Openbaar Ministerie zelf, respectievelijk via een communicatieaanbieder, gegevens ontoegankelijk worden gemaakt. Dan wordt hetzelfde bewerkstelligd als het Openbaar Ministerie in de onderhavige zaken heeft gedaan. Een account met illegale content is ook dan onschadelijk gemaakt. Waar een wil is, is vaak wel een wet.

140 Ondanks dat voor klassiek beslag zo'n wettelijke definitie ontbreekt, wordt algemeen aangenomen dat met voorwerpen uit artikel 94 Sv eveneens alle zaken en alle vermogensrechten moeten worden verstaan. Zie de conclusie van A-G Harteveld.