

Jurisprudentie

Kroniek ondernemingsstrafrecht

Tweede helft 2022

Mr. dr. B. van der Vorm (red.), mr. N.M.D. van der Aa, mr. J.S. Boeser, mr. J. Boonstra, mr. dr. S.S. Buisman, mr. A.A. Feenstra, mr. M.N.H. Hintzen, mr. dr. I. Koopmans, prof. mr. M. Nelemans, prof. mr. J.S. Nan, mr. N. van der Voort en mr. dr. W.S. de Zanger

32

Inleiding

Mr. dr. B. van der Vorm (red.)

In de tweede helft van 2022 waren de meeste regels die golden ter bestrijding van COVID-19 niet langer van kracht.¹ Dit betekende een einde aan bijvoorbeeld de avondklok, de sluitingen van restaurants en cafés en het verplicht thuiswerken. Ook haalden sommige voorgestelde bevoegdheden niet de eindstreep, zoals de sluitingsbevoegdheid van de burgemeester in artikel 58na Wet publieke gezondheid.² Het wekt daarom geen verbazing dat in deze kroniek nauwelijks tot geen aandacht zal worden besteed aan coronawetgeving. In dat perspectief is weer sprake van een kroniek met ‘ouderwetse’ bijdragen over het ondernemingsstrafrecht.

In deze kroniek kunnen we niet om het afscheid van Henny Sackers heen. Op 11 november 2022 heeft hij als hoogleraar Bestuurlijk sanctierecht afscheid genomen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Daarnaast heeft hij ook zijn taken neergelegd als redactielid van dit blad. Als dank

voor zijn inzet is aan hem een ‘Liber amicorum’³ aangeboden en is een speciaal themanummer in het *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*⁴ verschenen. Tijdens zijn afscheidscollege wees Sackers op het wetsvoorstel Sluitingsbevoegdheid burgemeester bij openbare ordeverstoring door ernstig geweld of door een wapenvondst en plaatste kritische kanttekeningen bij dit wetsvoorstel. Op grond van dit wetsvoorstel verkrijgt de burgemeester de bevoegdheid om bij ernstig geweld als gevolg van georganiseerde en/of ondermijnende criminaliteit een woning te sluiten als de openbare orde rond het pand is of dreigt te worden verstoord.⁵ Dit wetsvoorstel is ingediend op 4 oktober 2022 en is zeker de moeite waard om in de gaten te blijven houden.

Een wetsvoorstel dat op de valreep van 2022 veel aandacht heeft gekregen is het conceptwetsvoorstel Wet op de politieke partijen (Wpp).⁶ Politieke partijen die de democratie ondermijnen of willen afschaffen, moeten om die reden verboden kunnen worden door de rechter. Ook moeten partijen openheid geven over hun financiën, interne organisatie en hoe ze adverteren. Met betrekking tot een verbod van een politieke partij geldt het bepaalde in het voorgestelde artikel 86 lid 1 Wpp. Hieruit blijkt dat een politieke partij door de Hoge Raad op verzoek van de procureur-generaal bij de Hoge Raad verboden

1 Vgl. H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022’, *TBS&H* 2022, p. 246.
2 B. van der Vorm, ‘Naschrift bij “De burgemeester als ziektebestrijder? Onduidelijkheden over de voorgestelde sluitingsbevoegdheid van de burgemeester in artikel 58na Wet publieke gezondheid”’, *TBS&H* 2022, p. 325-326.

3 B. Eggen, M. Fedorova, P.H. van Kempen, A. Machielse & P. Vegter (red.), *Bijzonderheden in het strafrecht. Liber amicorum Henny Sackers*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.
4 J. Boonstra, ‘Redactioneel ter ere van Henny Sackers’, *TBS&H* 2022, p. 273-274.
5 *Kamerstukken II* 2022/23, 36217, nr. 3.
6 ‘Nieuwe wet politieke partijen moet verbod mogelijk maken’, *NOS Nieuws* 22 december 2022.

wordt verklaard en ontbonden, indien de partij door haar doelstelling of werkzaamheden een daadwerkelijke en ernstige bedreiging vormt voor een of meer grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Het tweede lid van deze bepaling geeft aan wat ‘grondbeginselen zijn van de democratische rechtsstaat’: a. periodieke, vrije en geheime verkiezingen; b. democratische besluitvorming; c. grondrechten; d. scheiding van machten; e. onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Dit wetsvoorstel zal ongetwijfeld in de komende periode ertoe leiden dat velen de pen zullen pakken om hun gedachten uiteen te zetten over dit (controversiële) wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel past goed in de tendens van het verbieden van organisaties en rechtspersonen.⁷

Voorts kan worden gewezen op een aantal wetsvoorstellen die in de tweede helft zijn ingediend. Gewezen wordt op het wetsvoorstel Regels ter uitvoering van EU-verordeningen op het terrein van grenzen en veiligheid (Uitvoeringswet EU-verordeningen grenzen en veiligheid),⁸ Wijziging van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelwet gegevensbescherming),⁹ Regels aangaande een tijdelijke uitwisseling van persoonsgegevens ter identificering van de ouders die gedupeerd zijn als gevolg van problemen bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag en geconfronteerd zijn met uithuisplaatsing van kinderen (Tijdelijke wet uitwisseling persoonsgegevens UHP KOT)¹⁰ en de Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafrecht BES, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafvordering BES in verband met de uitbreiding van de strafbaarheid voor schadetoebrengende gedragingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid (uitbreiding strafbaarheid spionageactiviteiten).¹¹

Daarnaast kan worden gewezen op het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafrecht BES, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafvordering BES in verband met de strafbaarstelling van het zich verschaffen, verspreiden of anderszins ter beschikking stellen van persoonsgegevens voor intimiderende doeleinden (strafbaarstelling gebruik persoonsgegevens voor intimiderende doeleinden)¹² en het wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de termijn van de omkering van de bewijslast voor consumentenkoop van levende dieren (Aanpassingswet bewijslasttermijn consumentenkoop levende dieren).¹³

7 Zie ook 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, *Stb.* 2021, 310, inwerkingtreding op 1 januari 2022.

8 *Kamerstukken II 2022/23*, 36158, nr. 3.

9 *Kamerstukken II 2022/23*, 36264, nr. 3.

10 *Kamerstukken II 2022/23*, 36275, nr. 3.

11 *Kamerstukken II 2022/23*, 36280, nr. 3.

12 *Kamerstukken II 2022/23*, 36171, nr. 3.

13 *Kamerstukken II 2022/23*, 36163, nr. 3.

Niet onvermeld kan blijven de inwerkingtreding van de Innovatiewet Strafvordering en het Besluit innovatie strafvordering per 1 oktober 2022.¹⁴ Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk om binnen het huidige Wetboek van Strafvordering voor een periode van twee jaar te experimenteren met nieuwe procedures, hetgeen ook voor het ondernemingsstrafrecht uiteraard van belang zal zijn. Daarnaast is op 1 december 2022 in werking getreden de Wijziging van de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen in verband met de uitbreiding van de bevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid om dreigings- en incidentinformatie over de netwerk- en informatiesystemen van niet-vitale aanbieders te verstrekken aan deze aanbieders en aan organisaties die objectief kenbaar tot taak hebben om andere organisaties of het publiek te informeren over dreigingen en incidenten ten behoeve van deze aanbieders.¹⁵

In het verband van de versterking van de aanpak van ondermijnende criminaliteit is per 1 juli 2022 het wetsvoorstel Versterking strafrechtelijke aanpak ondermijnende criminaliteit in werking getreden.¹⁶ In de kern betekent dit dat verschillende vormen van faciliterende criminaliteit zwaarder kunnen worden bestraft. Bij faciliterende criminaliteit moet gedacht worden aan bedreigingen, het importeren, exporteren en voorhanden hebben van stoffen die worden gebruikt voor de illegale vervaardiging van drugs (precursoren). Daarnaast worden de kosten voor vernietiging van voorwerpen die in beslag zijn genomen door opsporingsdiensten en het Openbaar Ministerie (zoals bijvoorbeeld illegaal vuurwerk, drugs en wapens) verhaald op degene die daarvoor veroordeeld wordt. Ook wordt een strafrechtelijk executieonderzoek in meer gevallen mogelijk, zodat ook andere financiële sancties (zoals een geldboete) effectiever ten uitvoer kunnen worden gelegd. Ook voor het ondernemingsstrafrecht heeft dit importantie. Zo kan worden gewezen op het nieuwe artikel 138aa Sr (‘uithalerswet’). Artikel 138aa Sr maakt dat het onbevoegd aanwezig zijn op havens en luchthavens zwaarder kan worden bestraft. Ook wordt er aan Boek 6, hoofdstuk 4, van het Wetboek van Strafvordering een nieuwe titel 5 toegevoegd, inhoudende het onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde (art. 6:4:22 e.v. Sv). Daarnaast worden voor deze inwerkingtreding ook bijzondere wetten veranderd of gewijzigd. Gewezen kan worden op de introductie van artikel 13d Opiumwet, artikel 8a WED, artikel 4a Wet voorkoming misbruik chemicaliën en artikel 56a Wet wapens en munitie.

Op het gebied van de jurisprudentie kan worden vermeld dat de Afdeling een conclusie heeft gevraagd over de begrippen ‘overtreder’ en ‘functioneel daderschap’. De voorzitter heeft A-G Wattel verzocht drie vragen te beantwoorden: (1) wat zijn advies is over de vraag of de aangeschreven personen kunnen worden aangemerkt als overtreder, (2) welke criteria daarbij gehanteerd

14 *Stb.* 2022, 362, inwerkingtreding op 1 oktober 2022.

15 *Stb.* 2022, 469, inwerkingtreding op 1 december 2022.

16 *Stb.* 2022, 204, inwerkingtreding op 1 juli 2022.

moeten worden, en (3) welke betekenis daarbij moet worden gegeven aan artikel 51 lid 3 Sr en artikel 5:1 lid 3 Awb.¹⁷ Het is de verwachting dat deze conclusie van A-G Wattel zal verschijnen in de eerste helft van 2023. Zeker ten aanzien van het grensgebied van bestuurs- en strafrecht is deze conclusie belangrijk.

Afgezien van de bovenstaande algemene ontwikkelingen op het gebied van het ondernemingsstrafrecht wordt in deze kroniek aandacht besteed aan de vele gezichten van het ondernemingsstrafrecht. Achtereenvolgens aan bod komen de volgende terreinen: fiscaal strafrecht, financieel strafrecht, milieustrafrecht, omkoping, bijzondere wetgeving, Europees strafrecht, cybercrime en varia. De onderwerpen die in deze kroniek worden besproken hebben betrekking op de tweede helft van 2022. Ontwikkelingen die zich niet in deze periode hebben voorgedaan zullen slechts incidenteel worden besproken.

Fiscaal strafrecht

Verzorgd door mr. A.A. Feenstra en M.N.H. Hintzen

Inleiding

Met betrekking tot het fiscaalrechtelijke deel van deze kroniek wordt uitsluitend aandacht besteed aan de jurisprudentie, aangezien er nauwelijks ontwikkelingen hebben plaatsgevonden op het terrein van wetgeving en literatuur die in deze kroniek bespreking behoeven. Derhalve wordt volstaan met een selectie van de meest relevante jurisprudentie op het gebied van het fiscaal strafrecht. Voorts wordt kort aandacht besteed aan een oproep van het kabinet.

Rechtspraak

- *HR 4 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1364*

Allereerst een arrest van de Hoge Raad over het *una via*-beginsel, waarbij wordt verwezen naar het eerdere arrest van 15 maart 2022 (ECLI:NL:HR:2022:364). In de onderhavige casus staan de verzuimboetes uit artikel 67c AWR (niet voldoen van btw) in relatie tot artikel 69 AWR (het opzettelijk niet (tijdig) betalen van btw) centraal. De verdachte exploiteert een administratiekantoor. Hij dient kwartaalaangiften btw in, maar voldoet de btw al jaren niet. Hij betaalt ook de daarop volgende naheffingsaanslagen met verzuimboeten niet. De verdachte wordt strafrechtelijk vervolgd in het kader van het zogenoemde ‘paperclip-project’ van de Belastingdienst. In dit project zijn meerdere kleinere btw-fraudezaken strafrechtelijk aangepakt, ondanks dat het drempelbedrag van € 100.000 uit het AAFD niet werd gehaald. Afwijking van het drempelbedrag is mogelijk als een of meer van de aanvullende wegingscriteria van toepassing zijn. In dit geval vormt de ‘themat-

sche aanpak’ in de ogen van het Openbaar Ministerie de legitimatie tot vervolging.

De politierechter in de rechtbank Oost-Brabant veroordeelt de verdachte voor het opzettelijk niet betalen van de belasting die op aangifte moest worden voldaan of afgedragen tot een taakstraf van 120 uur, waarvan 60 uur voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar. De verdachte gaat vervolgens in hoger beroep. De strafkamer van het hof Den Bosch stelt vast dat aan de verdachte voor het niet-voldoen van btw verzuimboeten op grond van artikel 67c AWR zijn opgelegd. Deze verzuimboeten betreffen volgens het hof zonder enige twijfel hetzelfde feit als het feit waarvoor de verdachte nu wordt vervolgd op grond van artikel 69a AWR, te weten het opzettelijk niet (tijdig) voldoen van belasting, die op aangifte moest worden voldaan. Door de strafrechtelijke vervolging is het *una via*-beginsel geschonden. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en verklaart het OM niet-ontvankelijk in de strafvervolging.

Het Openbaar Ministerie stelt cassatieberoep in. Volgens de conclusie van de A-G kan de hofuitspraak gelet op het in de zaak van een medeverdachte gewezen arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2022 niet in stand blijven. Uitgangspunt moet volgens de Hoge Raad kennelijk zijn dat de verzuimboete en de strafvervolging niet hetzelfde feit betroffen. Dit uitgangspunt valt volgens de A-G te begrijpen in de context van een vrijwel geautomatiseerde afdoening van verzuimboeten en de individuele beslissing om te vervolgen wegens het (structureel) niet betalen van belasting. Er is volgens de A-G wel ruimte om ook in zo’n geval te concluderen tot hetzelfde feit, maar dan moeten de feiten daartoe aanleiding geven. De feitelijke onderbouwing door de verdediging moet voldoende uit de verf komen, omdat anders kan worden aangenomen dat van ‘hetzelfde feit’ geen sprake was. De A-G concludeert tot terugwijzing van de zaak naar het hof Den Bosch. De Hoge Raad oordeelt onder verwijzing naar het arrest van 15 maart 2022 tot gegrondverklaring van het cassatieberoep. Wederom benoemt de Hoge Raad dat de feiten die aanleiding geven tot de verzuimboete aanzienlijk verschillen van de feiten die ten grondslag liggen aan het in artikel 69a AWR genoemde strafbare feit. Zulke feiten kunnen ‘in beginsel’ niet worden aangemerkt als hetzelfde feit. Ervan uitgaande dat deze formulering van de Hoge Raad niet zonder betekenis is, blijft het een vraag wat de Hoge Raad met ‘in beginsel’ bedoelt. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat de afweging anders is als blijkt dat de belastinginspecteur wél een individuele afweging heeft kunnen maken, maar verzuimt de geautomatiseerde afdoening met een verzuimboete terug te draaien. Een andere optie zou kunnen zijn dat de Hoge Raad een slag om de arm houdt voor het geval Europese rechters anders oordelen.

- *Hof Amsterdam 21 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2288*

In het kader van het onderzoek Ijsberg werd de verdachte strafrechtelijk vervolgd voor het feitelijk leiding ge-

17 ‘Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over de begrippen “overtreder” en “functioneel daderschap”’, te raadplegen via: www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@132892/overtreder-functioneel-daderschap/.

ven aan het misbruik van de herinvesteringsreserve (HIR) met onroerendgoedtransacties en constructies door de bv waarvan hij directeur en (middellijk) aandeelhouder was. De strafkamer van het hof Amsterdam stelde voorop dat de ná de ambtshalve opgelegde aanslagen Vpb ingediende aangiftebiljetten Vpb niet golden als een bij de belastingwet voorziene aangifte in de zin van artikel 69 AWR. Deze aangiften moesten fiscaalrechtelijk worden aangemerkt als een bezwaarschrift tegen de ambtshalve aanslagen. Het hof vond echter wel dat ook een na een ambtshalve aanslag ingediende aangifte Vpb, in dit geval een (digitaal) formulier waarin uitsluitend opgave werd gedaan van posten en daarbij vermelde bedragen, in het maatschappelijke verkeer een bewijsbestemming had. Dat zo'n geschrift fiscaalrechtelijk werd opgevat als een bezwaarschrift tegen een ambtshalve opgelegde aanslag, maakte volgens het hof niet dat het geen geschrift was dat tot bewijs van enig feit kon dienen. Daarmee wijkt het hof af van de lijn die is gevolgd in de uitspraak van de Hoge Raad van 3 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2542), waarin is geoordeeld dat een bezwaarschrift als zodanig geen bewijsbestemming heeft. Het springende punt lijkt te zijn dat enkel een formulier is ingediend met uitsluitend een opgave van posten en daarbij vermelde bedragen. Volgens ons is dat echter in de casus van de Hoge Raad niet veel anders geweest. Vervolgens besliste het hof dat de verdachte de aangiften Vpb 2009 en 2010 van de bv valselijk of in strijd met de waarheid had opgemaakt. Dat werd mogelijk gemaakt door met de boekwinst die was behaald bij de verkoop van een pand in 2008 een HIR te vormen en in de aangiften Vpb 2009 en 2010 te doen alsof een herinvestering had plaatsgevonden. Volgens het hof had X opzettelijk gebruik gemaakt van een constructie met als doel het omzeilen van de wettelijke regeling in de vennootschapsbelasting, waardoor onvoldoende belasting werd geheven. Dit had ook gevolgen voor de aangifte inkomstenbelasting over het jaar 2009, omdat geen melding werd gedaan van de ontvangst van een bedrag als beloning voor arbeid of als dividenduitkering, dat via een stichting was gebruikt voor de koop van een door de verdachte gehuurde woning. Het hof veroordeelde de verdachte tot een gevangenisstraf van 21 maanden en vijf jaar ontzetting van het recht om het beroep van bestuurder van een rechtspersoon uit te oefenen.

- *Hof Amsterdam 11 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2926*

Dit betreft de verwijzingszaak na de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak van de belastingadviseur die strafrechtelijk vervolgd werd als 'pleger' van belastingfraude. Het hof Amsterdam oordeelde aanvankelijk dat de verdachte, die als adviseur opzettelijk onjuiste IB-aangiften voor cliënten heeft gedaan, kon worden aangemerkt als 'degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist doet' (art. 69 lid 2 AWR). De Hoge Raad oordeelde echter dat een 'bij belastingwet voorziene aangifte' uitsluitend kan worden gedaan door degene op wiens belasting- of betalingsplicht die aangifte betrekking heeft, of door degene die wettelijk als zijn verte-

genwoordiger kan optreden. Dit leidde tot een terugwijzing, waarbij het hof Amsterdam alsnog in lijn met de Hoge Raad oordeelt dat de adviseur die opzettelijk onjuiste aangiften doet voor de in de bewezenverklaring genoemde belastingplichtige personen niet kan worden aangemerkt als degene die opzettelijk een bij belastingwet voorziene aangifte onjuist doet. Het bewezenverklarde is dus niet kwalificeerbaar. Gelet hierop wordt de adviseur ontslagen van alle rechtsvervolging. Het Openbaar Ministerie is ter zake van het tweede cumulatief/alternatief tenlastegelegde (valsheid in geschrifte) niet-ontvankelijk in de vervolging. Bij de eerdere behandeling in hoger beroep heeft de A-G zich namelijk op de zitting op het standpunt gesteld dat dat feit niet meer aan de orde was of hoefde te zijn.

- *Rechtbank Amsterdam 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6249*

In het kader van een strafrechtelijk onderzoek wegens het indienen van onjuiste aangiften Vpb vordert de officier van justitie informatie bij de fiscaal advocaat van de verdachten. In de loop van 2012 was de fiscaal advocaat, toen nog belastingadviseur, betrokken geraakt bij het dossier van de verdachten. Hij was op dat moment geen advocaat, maar werd kort daarna beëdigd. De fiscaal advocaat heeft, ook na zijn beëdiging, namens zijn cliënten vragen over de aangiften beantwoord en informatie verstrekt aan de Belastingdienst. De officier van justitie vorderde op grond van artikel 126nd Sv van het kantoor van de fiscaal advocaat afgifte van alle gegevens met betrekking tot de verdachten. De fiscaal advocaat beriep zich vervolgens op het verschoningsrecht, onder meer met betrekking tot de correspondentie die door hem of onder zijn verantwoordelijkheid vanaf de datum van zijn beëdiging was gevoerd met de Belastingdienst. De officier van justitie vorderde hierop een beslissing van de rechter-commissaris. Het eerste geschilpunt zag op de vraag of de fiscaal advocaat vanaf de datum beëdiging als advocaat of als belastingadviseur heeft opgetreden. De rechter-commissaris oordeelt hierover dat het uitgangspunt is dat een verschoningsgerechtigde zelf bepaalt of aan hem toevertrouwde informatie onder het verschoningsrecht valt. Dit uitgangspunt brengt mee dat het ook primair aan de verschoningsgerechtigde is om te beoordelen in welke hoedanigheid bepaalde informatie aan hem is toevertrouwd. Het betoog van de officier van justitie dat zou moeten blijken dat de betrokkene in zijn hoedanigheid van (aanstaand) advocaat door verdachten is aangezocht, is dus onjuist. De enkele omstandigheid dat hij al fiscaal-juridische bijstand aan verdachten verleende voordat hij advocaat werd is onvoldoende om te twijfelen aan het standpunt van de advocaat. De rechter-commissaris besliste dat ervan moest worden uitgegaan dat in de brieven en e-mails van de advocaat aan de Belastingdienst informatie was opgenomen die hij in de relatie advocaat-cliënt had verkregen en dus (in beginsel) vertrouwelijk was. Het feit dat deze informatie was overgedragen aan de Belastingdienst betekende niet zonder meer dat de vertrouwelijkheid daarvan was prijsgegeven. In deze zaak deed zich

volgens de rechter-commissaris echter de bijzonderheid voor dat de informatie was verstrekt in het kader van de vaststelling van de hoogte van de belastingschuld en (dus) de beoordeling van de juistheid van de ingediende aangiften Vpb, terwijl de verdenking op precies die gedraging zag. Verder was deze informatie verstrekt aan de inspecteur, die op grond van artikel 80 lid 1 AWR ook was belast met de opsporing van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten. Volgens de rechter-commissaris brachten deze bijzonderheden mee dat moest worden geoordeeld dat de betrouwbaarheid van de informatie niet alleen was prijsgegeven in de administratiefrechtelijke relatie tot de Belastingdienst inzake de afwikkeling van de ingediende aangiften Vpb, maar ook in het mogelijke strafrechtelijke vervolg daarop. De rechter-commissaris bepaalde dat de officier van justitie kennis mocht nemen van de correspondentie tussen de Belastingdienst en de fiscaal advocaat. Het zal geen verbazing wekken dat de auteurs van deze rubriek vraagtekens hebben bij de wijze waarop de rechter-commissaris het tweede geschilpunt beslecht. Allereerst is in belastingzaken bij herhaling geprocedeerd over de informatie-uitwisseling tussen de Belastingdienst en FIOD en heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de beide onderdelen niet als één en ondeelbaar moeten of mogen worden gezien. Daarnaast is opmerkelijk dat het Openbaar Ministerie deze vordering doet, wetende dat de op grond van een informatieverplichting verstrekte (wilsafhankelijke) informatie aan de Belastingdienst niet voor bestraffing mag worden gebruikt.

Overig

- *Kabinet pakt opmerkelijke belastingconstructies aan*¹⁸

Ten slotte nog een opmerkelijke oproep van het kabinet, die breed in de media en fiscale vakliteratuur is gedeeld. Het is geen verrassing dat het kabinet opmerkelijke belastingconstructies wil aanpakken. Het ministerie van Financiën is hiervoor een project gestart, waarbij naar het gehele belastingstelsel wordt gekeken. In de eerste fase worden de opmerkelijke belastingconstructies in kaart gebracht. Onderdeel hiervan is een internetconsultatie, waarvoor het ministerie Nederlanders oproept opmerkelijke constructies aan te dragen. In het voorjaar van 2023 worden de eerste opmerkelijke belastingconstructies die aangepakt worden, gepresenteerd. Dit moet leiden tot een opbrengst van € 160 miljoen in 2024 en uiteindelijk € 550 miljoen structureel vanaf 2027. Als definitie van een opmerkelijke belastingconstructie wordt gehanteerd: als een belastingplichtige zo min mogelijk belasting betaalt door het structureren, omvormen of verschuiven van transacties, inkomen, winst en vermogen. Bij dat soort constructies wordt er gebruikgemaakt van de verschillen in belastingtarieven, grondslagen, vrijstellingen dan wel aftrekposten. Het gaat hierbij om gevallen waarbij er weliswaar wordt gehandeld naar de letter van de wet, maar niet naar de geest van de wet. Dat leidt niet te duiden op een strafrechtelijk perspec-

tief, maar de ervaring leert dat belastingontwijking en belastingontduiking als snel door elkaar gebruikt gaan worden. Kortom, een ontwikkeling om ook in het kader van het fiscale strafrecht in de gaten te houden.

Financieel strafrecht

Verzorgd door mr. N.M.D. van der Aa, mr. J.S. Boeser en prof. mr. M. Nelemans¹⁹

Inleiding

Deze paragraaf behandelt de ontwikkelingen van het afgelopen halfjaar op de volgende gebieden van het financieel strafrecht: (i) Wwft en witwassen: beleid; (ii) Wwft en witwassen: rechtspraak; (iii) Cryptovaluta en witwassen; (iv) Toezicht en handhaving; (v) Internationale sancties; (vi) Europese sancties tegen Rusland; (vii) marktmisbruik; (viii) Ontneming en (ix) Procesafspraken.

Wwft en witwassen: beleid

Het is op het gebied van het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme het afgelopen halfjaar niet stil gebleven. Eind augustus kwam de *Financial Action Task Force* (FATF) met zijn oordeel over de Nederlandse strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering.²⁰ Volgens de FATF is Nederland de afgelopen jaren vooruitgegaan in zijn aanpak van witwassen. Tegelijkertijd ziet de FATF nog op meerdere punten ruimte voor verbetering. Nederland zou bijvoorbeeld meer moeten doen om te voorkomen dat rechtspersonen worden ingezet voor criminele doeleinden. Ook is volgens de FATF winst te behalen in de naleving van de Wwft voor beroepsgroepen zoals notarissen en advocaten, en het toezicht op deze naleving. Niet lang na de publicatie van de FATF-evaluatie publiceerde De Nederlandsche Bank (DNB) een paper waarin vooruit wordt geblikt op een meer risico-gebaseerde witwasaanpak, met een bijzondere focus op banken.²¹ Volgens DNB is dit een gerichtere aanpak om financieel-economische criminaliteit buiten de financiële sector te houden en 'ongewenste neveneffecten van de poortwachtersrol van banken en andere financiële instellingen' te verminderen.²²

In de vorige kroniek berichtten we over het wetsvoorstel Plan van aanpak witwassen en de kritiek van de Raad van State op de maatregel voor gezamenlijke transactie-

19 Wij danken mr. F.A.L. Leegstra voor haar hulp bij deze bijdrage.

20 *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – The Netherlands, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, FATF augustus 2022, te raadplegen via: www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-netherlands-2022.html.

21 *Van herstel naar balans. Een vooruitblik naar een meer risicogebaseerde aanpak van het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering*, De Nederlandsche Bank 8 september 2022, te raadplegen via: www.dnb.nl/media/2ambvxt/van-herstel-naar-balans.pdf.

22 'Aanpak van witwassen moet gericht', *dnb.nl* 9 september 2022. Zie ook A. Merz & J. Goudsmit, 'Interview met Steven Maijoor (DNB) over rapport Van herstel naar balans', *TvT* 2022, p. 106-108.

18 Nieuwsbericht van 29 november 2022, www.rijksoverheid.nl.

monitoring.²³ Inmiddels is het wetsvoorstel in herziene vorm bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt.²⁴ Vanuit meerdere hoeken zijn reacties op het ingediende wetsvoorstel gekomen. Zo acht de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) de voorgestelde wijzigingen noodzakelijk²⁵ en verzoekt de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) om een heroverweging van de rol van de belastingadviseur als poortwachter aangaande gegevensdeling tussen instellingen.²⁶ De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) uitte net als de Raad van State eerder al zorgen over gezamenlijke transactiemonitoring en gaat nu kijken of haar advies is overgenomen: *‘Als de bezwaren niet zijn weggenomen, opent een nieuw wetsvoorstel de deur naar een ongekende massasurveillance van Nederlanders’*, aldus de AP.²⁷

In de voorgaande editie bespraken wij ook de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies.²⁸ Op 1 november 2022 startte de registratieplicht van UBO's voor beheerders van trusts, fondsen voor gemene rekening en soortgelijke juridische constructies in het Nederlandse UBO-register.²⁹ Kort hierna kwam het UBO-register voor vennootschappen en andere juridische entiteiten onder vuur te liggen in een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.³⁰ Kort gezegd heeft het Hof geoordeeld dat de bepaling in de Europese Anti-witwasrichtlijn die voorschrijft dat lidstaten moeten zorgen voor publieke toegang tot de informatie uit het UBO-register, *‘onvoldoende is onderbouwd en daarmee ongeldig is’*. In reactie hierop heeft de minister van Financiën de Kamer van Koophandel gevraagd om tijdelijk geen informatie uit het UBO-register meer te verstrekken aan het publiek.³¹ Tot slot wijzen wij in het kader van het UBO-register nog op de door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) gepubliceerde geactualiseerde Handleiding Wwft en UBO-register voor advocaten.³²

Ook op Europees niveau hebben zich enkele anti-witwasontwikkelingen voorgedaan. Zo heeft de Europese Raad zich op 5 december 2022 uitgelaten over de aankomende Europese Anti-witwasverordening en -richtlijn, waardoor nu de onderhandelingen met het Europees

Parlement van start kunnen gaan.³³ Voorts heeft het Europees Openbaar Ministerie (EOM) een adviesraad (ARMLAB) opgericht. ARMLAB moet de strategische doelstellingen van het EOM op het vlak van ontneming en witwassen vergemakkelijken en stroomlijnen.³⁴ Daarnaast bracht Eurojust op 20 oktober 2022 een eerste speciale publicatie uit over het witwassen van geld.³⁵ In deze publicatie worden bij Eurojust geregistreerde witwaszaken geanalyseerd. Daaruit kwam naar voren dat tussen 2016 en 2021 bijna 3.000 witwaszaken werden geregistreerd, waarbij het aantal zaken sinds 2016 gestaag toenam.

Tot slot noemden wij in de vorige kroniek het standpunt van de Raad van de Europese Unie over de oprichting van de Europese *Anti-Money Laundering Authority* (AMLA) en de mogelijke vestiging hiervan in Nederland.³⁶ Inmiddels heeft het kabinet *‘besloten om af te zien van een voorstel voor de vestiging van AMLA in Nederland’*.³⁷

Wwft en witwassen: rechtspraak

In een rechtszaak tussen bunq en DNB van oktober 2022 stond de hiervoor ook al aangehaalde *risk based*-benadering centraal.³⁸ DNB verweet bunq voornamelijk dat zij aan nieuwe klanten een standaard gebruikersprofiel toekent, dat niet is gebaseerd op informatie die bij een klant wordt ingewonnen. Volgens DNB werd daarmee bij het aangaan van een klantrelatie het doel en de beoogde aard van de klantrelatie niet vastgesteld.³⁹ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) stelde DNB ten aanzien van dit verwijt in het ongelijk. Volgens het CBB kent de Wwft open normen en schrijft de Wwft niet voor op welke wijze banken hun klanten moeten screenen. DNB heeft volgens het CBB onvoldoende duidelijk gemaakt waarom de methode van cliëntenonderzoek van bunq ontoereikend is om het doel en de beoogde aard van de klantrelatie vast te stellen.⁴⁰ Op een aantal punten oordeelde het CBB wel dat bunq de Wwft heeft overtreden.⁴¹ DNB heeft laten weten dat het de uitspraak meeneemt *‘in de dialoog die DNB voert met de financiële sector over de risicogerichte invulling van de wettelijke vereisten en de inzet van technologie bij de bestrijding van witwassen’*.⁴²

23 H.J.B. Sackers (red.) 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022', *TBS&H* 2022, p. 253-254.

24 *Kamerstukken II* 2021/22, 36228, nr. 2.

25 'Met wetswijziging witwassen effectiever te voorkomen', nvb.nl 21 oktober 2022.

26 'Reactie Wet plan van aanpak witwassen', nob.net 5 december 2022.

27 'Nieuwe wet opent deur naar ongekende massasurveillance door banken', ap.nl 21 oktober 2022.

28 H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022', *TBS&H* 2022, p. 253.

29 *Stb.* 2022, 405.

30 HvJ EU 22 november 2022, C-37/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*).

31 Kamerbrief van de minister van Financiën, 'Tijdelijke geen informatieverstrekingen uit het UBO-register naar aanleiding van uitspraak EU Hof', 22 november 2022.

32 *Handleiding Wwft en UBO-register voor advocaten*, Nederlandse Orde van Advocaten september 2022, te raadplegen via: www.advocatenorde.nl/handleiding-wwft-voor-advocaten.

33 Raad van de EU, 'Witwasbestrijding: Raad bepaalt standpunt over versterkt rulebook', 7 december 2022, www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/07/anti-money-laundering-council-agrees-its-position-on-a-strengthened-rulebook/.

34 Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 28 September 2022 on Establishing the Asset Recovery and Money Laundering Advisory Board of the European Public Prosecutor's Office, 042/2022.

35 *Eurojust Report on Money Laundering*, Eurojust oktober 2022, te raadplegen via: www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-report-money-laundering.

36 H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022', *TBS&H* 2022, p. 254.

37 Kamerbrief van de minister van Financiën, 'Update kandidatuur Nederland voor AMLA', 18 november 2022.

38 CBB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707.

39 *Ibid.*, r.o. 8.6.2.

40 *Ibid.*, r.o. 8.6.3-8.6.4.

41 *Ibid.*, r.o. 10.1-10.5 en 11.1-11.5.

42 'Reactie op uitspraak CBB in zaak bunq', dnb.nl 18 oktober 2022.

Cryptovaluta en witwassen

In de vorige editie van deze kroniek berichtten wij over de toename van het gebruik van cryptovaluta in criminele constructies en dat cryptovaluta vaker worden gebruikt als betaalmiddel.⁴³ Eveneens benoemden we dat het Openbaar Ministerie in toenemende mate cryptovaluta onttrekt.⁴⁴ In november 2022 verscheen een WODC-onderzoek waarin de mogelijkheden voor de opsporing van criminele gelden middels virtuele valuta worden onderzocht.⁴⁵ De onderzoekers hebben drie handelingsperspectieven geformuleerd die bij kunnen dragen aan een succesvolle opsporing en inbeslagname van criminele geldstromen via virtuele valuta. Ten eerste is dat het doen van fenomeenonderzoek waarbij inzicht en kennis in crimineel gebruik van virtuele valuta wordt vergroot. Het tweede handelingsperspectief ziet op de vergroting van de ‘intelligence-positie’ van de opsporingsautoriteiten. Tot slot wordt aangescherpt toezicht op de aankoop van en transacties met prepaid debit- en creditcards aangeraden.

Toezicht en handhaving

Op het gebied van toezicht en handhaving wijzen wij op de volgende ontwikkelingen: (1) het Trendzicht 2023 van de Autoriteit Financiële Markten (AFM); (2) de interpretatie van de AFM van het begrip incident in het kader van de Wet toezicht accountantsorganisaties en het Besluit toezicht accountantsorganisaties; en (3) de aanscherping van wet- en regelgeving trustsector.

De AFM heeft in november 2022 het Trendzicht 2023 gepubliceerd, waarin zij onder meer ingaat op (1) de informatiepositie en samenwerking met ketenpartners; (2) de internationalisering van toezicht; en (3) integriteit en crimineel gedrag in de financiële sector.⁴⁶ Ten aanzien van de informatiepositie en samenwerking met ketenpartners geeft de AFM onder meer aan (verder) in te zetten op een betere informatiepositie en samenwerking met ketenpartners, onder andere op het gebied van het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering en de naleving van de Sanctiewet.⁴⁷ In Europees verband zet de AFM in dat kader in op het versterken van dit toezicht en op toezichtconvergentie.⁴⁸ Daarnaast wijst de AFM op de internationalisering van het toezicht. In dat kader merkt de AFM onder meer op dat de Europese Unie ‘binnen sectorale regelgeving mechanismes heeft ontwikkeld waarin bevoegdheden tussen nationale toezichthouders, dat wil zeggen de “home toezichthouder” als vergunningverlener en de “host toezichthouder” in het land waar een product of dienst worden aangeboden, wor-

den verdeeld’.⁴⁹ Ten aanzien van integriteit en crimineel gedrag in de financiële sector merkt de AFM op dat accountants bij hun controlewerkzaamheden meer aandacht zouden moeten hebben voor fraude in de brede zin van het woord, waaronder *greenwashing* en discontinuïteit bij gecontroleerde ondernemingen, onder meer wegens de ondermijnende werking en toenemende internationalisering.⁵⁰ Tot slot waarschuwt de AFM onder meer voor handel met voorwetenschap rondom *commodity markets* en beleggingsfraude.⁵¹ Wat deze trends en risico’s concreet zullen betekenen voor de toezichtactiviteiten zal de AFM in haar Agenda 2023 presenteren. Naar verwachting zal de AFM deze begin 2023 bekendmaken.⁵²

Recentelijk heeft de AFM een herziene interpretatie van het begrip incident in het kader van de Wet toezicht accountantsorganisaties en het Besluit toezicht accountantsorganisaties gepubliceerd.⁵³ Zo legt de AFM uit wanneer sprake kan zijn van ‘ernstige gevolgen voor de integere uitoefening van het bedrijf’. De interpretatie bevat eveneens een uiteenzetting van het wettelijk kader en praktijkvoorbeelden.⁵⁴

Wij berichtten in de vorige editie van de kroniek reeds over een mogelijke aanscherping van wet- en regelgeving voor de trustsector.⁵⁵ Op 29 november 2022 heeft de Eerste Kamer het eindverslag uitgebracht inzake het wetsvoorstel Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren 2018 in verband met maatregelen om trustdienstverlening in gevallen met hoge integriteitsrisico’s te verbieden. Op 6 december 2022 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel als hamerstuk afgedaan.⁵⁶ Voornoemd wetsvoorstel omvat onder meer een verbod op gebruikmaking van doorstroomvennootschappen en een verbod op trustdienstverlening indien sprake is van een cliënt, doelvennootschap of UBO in bepaalde hoog-risicolanden. Overtreding van beide verbodsbepalingen wordt strafbaar gesteld in de WED.⁵⁷

Internationale sancties

De ontwikkelingen op het gebied van internationale sancties werden het afgelopen jaar gedomineerd door de sancties tegen Rusland. Dit onderwerp behandelen wij hieronder apart. Mede als gevolg van deze ontwikkelingen hebben zich ook nog een aantal algemene ontwik-

43 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022’, TBS&H 2022, p. 255.

44 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022’, TBS&H 2022, p. 255.

45 V. Schrama (e.a.), *Virtuele valuta; Handelingsperspectieven voor data-gedreven opsporing*, Delft: WODC 2022.

46 Trendzicht AFM 2023, te raadplegen via: www.afm.nl/nl-nl/over-de-afm/verslaglegging/trendzicht.

47 Ibid., p. 30.

48 Ibid., p. 30.

49 Ibid., p. 30-31

50 Ibid., p. 51.

51 Ibid., p. 42 en 38.

52 Ibid., p. 6.

53 Interpretatie van het begrip incident in het kader van de Wet toezicht accountantsorganisaties en het Besluit toezicht accountantsorganisaties, te raadplegen via: www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2022/november/verduidelijking-incident-accountantsorganisaties.

54 Ibid.

55 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2021’, TBS&H 2022, p. 56.

56 Verslag EK 2022/23, nr. 11, item 3.

57 Het gaat om een nieuw art. 3a en een gewijzigd art. 23a van het wetsvoorstel Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren 2018 in verband met maatregelen om trustdienstverlening in gevallen met hoge integriteitsrisico’s te verbieden (*Kamerstukken II 2021/22, 36102, nr. 2* (voorstel van wet)).

kelingen voorgedaan. Zo is in november 2022 door de minister van Buitenlandse Zaken een brief aan de Tweede Kamer verstuurd over de modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel.⁵⁸ Het kabinet ziet aanleiding voor modernisering omdat *‘de Sanctiewet 1977 in het afgelopen decennium slechts beperkt [is] gewijzigd terwijl de omvang en complexiteit van Europese sanctieregelgeving sterk is toegenomen.’* Bovendien verwacht het kabinet dat *‘het sanctie-instrumentarium ook in de toekomst zal blijven worden ingezet en verder aan relevantie zal winnen’*. Het voornemen van het kabinet is *‘om de Sanctiewet 1977, en waar nodig aanpalende wetgeving en regelgeving, geheel te herzien’*. De herziening ziet onder andere op het regelen van beheer en bewind van bepaalde bevroren tegoeden en economische middelen, het moderniseren en mogelijk uitbreiden van bestuursrechtelijk toezicht en handhaving, en een nadere aansluiting van de Sanctiewet 1977 op de Wwft. Het streven van het kabinet is om de consultatiefase van het wetsvoorstel te starten in juli 2023.

DNB heeft de afgelopen periode een nadere toelichting gegeven op bepaalde delen van de sanctieregelgeving. Zo heeft DNB verduidelijkt dat de reikwijdte van de plicht om een sanctiemelding te doen bij DNB⁵⁹ is beperkt tot de eerste keer dat een gesanctioneerde relatie wordt geïdentificeerd door een meldingsplichtige instelling.⁶⁰ Dit heeft in de praktijk tot gevolg dat niet iedere opvolgende transactie hoeft te worden gemeld bij DNB.

Verder heeft DNB in september 2022 haar definitieve Q&A over sanctiescreening bij inkomende en uitgaande cryptotransacties gepubliceerd.⁶¹ Op grond van de Sanctiewet 1977 en de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 houdt DNB toezicht op de administratieve organisatie en interne controlesystemen die aanbieders van bepaalde cryptodiensten moeten hebben om de sanctieregelgeving na te leven. DNB beoordeelt onder andere de effectiviteit van de procedures en maatregelen die zijn gericht op de naleving van de sanctieregelgeving, waaronder de sanctiescreening bij cryptotransacties. In de Q&A gaat DNB in *‘op de wijze waarop de aanbieders van cryptodiensten invulling kunnen geven aan sanctiescreening bij cryptotransacties’*.

De Raad van de Europese Unie heeft een besluit aangenomen om de schending van Europese sancties toe te voegen aan de lijst van EU-misdrijven in artikel 83 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese

Unie (VWEU).⁶² Op grond van artikel 83 lid 1 VWEU kunnen de Raad en het Europees Parlement ten aanzien van de daarin genoemde EU-misdrijven bij richtlijnen minimumvoorschriften vaststellen betreffende de bepaling van strafbare feiten en sancties. Door de schending van Europese sancties toe te voegen aan de lijst van EU-misdrijven, wil de Raad van de Europese Unie waarborgen dat Europese sancties in de hele Europese Unie op dezelfde wijze worden gehandhaafd, en dat pogingen om Europese sancties te omzeilen of overtreden, worden ontmoedigd.

Europese sancties tegen Rusland

De eerste helft van 2022 heeft de Europese Unie, naar aanleiding van de Russische invasie van Oekraïne, zeven sanctiepakketten uitgevaardigd tegen Rusland. In de tweede helft van 2022 zijn hier het achtste⁶³ en negende⁶⁴ sanctiepakket van de Europese Unie aan toegevoegd. Het achtste sanctiepakket bestaat onder andere uit een verbod op het direct of indirect verlenen van diensten op het gebied van juridisch advies aan de regering van Rusland of in Rusland gevestigde rechtspersonen, entiteiten of lichamen.⁶⁵ Het verlenen van juridische diensten in het kader van vertegenwoordiging in juridische procedures valt niet onder het voorgenoemde verbod. Het verstrekken van juridisch advies in niet-contentieuze aangelegenheden, zoals bijvoorbeeld een transactie, valt wel onder dit verbod. Het negende sanctiepakket bestaat onder andere uit nieuwe beperkingen op de export van goederen en technologieën die voor Russische militaire doeleinden kunnen worden gebruikt, zoals motoren voor drones.⁶⁶

Op 7 oktober 2022 berichtte *Het Financieel Dagblad* dat het Openbaar Ministerie een strafrechtelijk onderzoek zou zijn gestart naar minstens dertien bedrijven en personen die worden verdacht van het overtreden van Russische sancties.⁶⁷ De AFM heeft onderzoeken uitgevoerd bij tien beleggingsondernemingen en -instellingen naar de naleving van Europese sancties tegen Rusland. Uit dit onderzoek en de jaarlijkse uitvraag van de AFM aan deze

58 Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2023, minister van Buitenlandse Zaken 4 november 2022, te raadplegen via: www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2022D45562.

59 In de zin van art. 3 van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977.

60 'Reikwijdte sanctiemeldplicht', dnb.nl 25 november 2022.

61 'Sanctiescreening bij (inkomende en uitgaande) cryptotransacties', dnb.nl 16 september 2022. De Q&A is te raadplegen via: www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-wet-regelgeving/toezicht-wet-regelgeving/sanctiewet-1977-sw/sanctiescreening-bij-inkomende-en-uitgaande-cryptotransacties/.

62 Besluit van de Raad betreffende het aanmerken van de schending van beperkende maatregelen van de Unie als een vorm van criminaliteit die voldoet aan de in artikel 83, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie genoemde criteria, 30 juni 2022, te raadplegen via: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10287-2022-REV-1/nl/pdf>.

63 Aangenomen op 6 oktober 2022, zie onder meer: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/10/06/sancties-rusland-nieuws-eu-neemt-achtste-sanctiepakket-aan.

64 Aangenomen op 16 december 2022, zie onder meer: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/12/16/sancties-rusland-eu-neemt-negende-sanctiepakket-aan.

65 Artikel 5 quinquies, lid 2 van de gewijzigde Verordening (EU) nr. 833/2014 van de Raad van 31 juli 2014 betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren.

66 Verordening (EU) nr. 2022/2474 van de Raad van 16 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 833/2014 betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren.

67 'Dertien strafrechtelijke onderzoeken naar overtreding Russische sancties', fd.nl 7 oktober 2022.

sector is gebleken dat instellingen over het algemeen voldoende maatregelen treffen in hun bedrijfsvoering om de Europese sancties tegen Rusland te kunnen uitvoeren en dat de sanctieregelgeving door de instellingen in het algemeen op goede wijze wordt nageleefd.⁶⁸

Er is relatief weinig rechtspraak over de naleving en handhaving van de Europese sancties tegen Rusland. Een spaarzaam voorbeeld van een zaak waarin de Europese sancties tegen Rusland centraal stonden is een kort geding bij de rechtbank Amsterdam.⁶⁹ In dit kort geding vorderde de eigenaar van een pand in Amsterdam dat de krakers die zijn pand sinds oktober 2022 bezetten, zouden worden verplicht het pand te ontruimen. De voorzieningenrechter heeft deze vordering afgewezen omdat, indien deze zou worden toegewezen, ongerechtvaardigde leegstand dreigde. De voorzieningenrechter heeft in zijn oordeel meegenomen dat leegstand die het gevolg is van een verbouwing van het pand leidt tot waardevermeerdering, hetgeen uiteindelijk tot gevolg heeft dat het vermogen van de pandeigenaar groeit.⁷⁰ Dit is volgens de voorzieningenrechter in strijd met de Europese sancties omdat de UBO van de pandeigenaar, een Russische oligarch, op de Europese sanctielijst staat.⁷¹

Voorts is geprocedeerd over de vraag hoe bevroerings-sancties doorwerken in concernverhoudingen en bij aandeelhouderschap en certificaathouderschap. Begin september 2022 werd door de voorzieningenrechter in Amsterdam het verzoek om de dochteronderneming van een Russische gesanctioneerde bank toe te laten tot de vergadering van certificaathouders en te laten stemmen op bepaalde voorstellen toegewezen,⁷² terwijl dit verzoek vervolgens in hoger beroep in december 2022 door het hof Amsterdam werd afgewezen.⁷³

Marktmisbruik

Op 23 juni 2022 deed de rechtbank Rotterdam een langverwachte uitspraak over de toepassing van de openbaarmakingsplicht in geval van signalen van omkoping.⁷⁴ Deze uitspraak is met name relevant voor vennootschappen die te maken hebben met signalen van potentieel koersgevoelige misstanden en voor de praktijk van interne onderzoeken. De AFM heeft SBM op

28 maart 2019 een bestuurlijke boete opgelegd van € 2 miljoen. SBM zou volgens de AFM in de periode van 27 maart 2012 tot 12 november 2014 viermaal hebben nagelaten om voorwetenschap over haar handelspraktijken in Brazilië onverwijld te publiceren. SBM is hier tegen in bezwaar en beroep gegaan. In wezen draait de zaak om de toepassing van de concreetheidseis in onderzoeken naar signalen van misstanden. Alvorens daarop in te gaan, brengen we eerst kort nog even de concreetheidseis in herinnering. Informatie moet concreet en koersgevoelig zijn om als voorwetenschap te kunnen kwalificeren. Die concreetheid kan bestaan uit een gebeurtenis die reeds heeft plaatsgevonden (denk aan het ontdekken van een groot gasveld) of een gebeurtenis waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat die zal plaatsvinden (denk aan een mogelijke overname die nog wordt uitonderhandeld). Nu gaan we naar de concreetheid van signalen van omkoping. Volgens de AFM gaat het bij het vaststellen van de concreetheid om de vraag of de vennootschap redelijkerwijs moet aannemen dat in de toekomst omkoping zal worden vastgesteld. SBM heeft hiertegen aangevoerd dat een signaal over feiten uit het verleden valt onder de categorie reeds plaatsgevonden gebeurtenissen. Hierbij geldt volgens SBM dat een gebeurtenis pas concreet is wanneer deze (door middel van onderzoek) wordt vastgesteld, en dat het criterium van toekomstige gebeurtenissen niet van toepassing is. De rechtbank volgt de redenering van SBM en oordeelt dat twee van de vier door de AFM gestelde overtredingen niet zijn komen vast te staan. De rechtbank voorziet zelf in de zaak door de boete te halveren.

Op het gebied van handel met voorwetenschap zijn weer enkele handhabingsbewegingen waar te nemen. In een zaak van een beleggingsonderneming tegen de AFM oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam op 25 oktober 2022 dat de AFM niet onrechtmatig had gehandeld door een door de AFM gedane aangifte van handel met voorwetenschap niet in te trekken of aan te passen.⁷⁵ De AFM had naar aanleiding van een vermoeden van overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap aangifte gedaan tegen twee handelaren van een beleggingsonderneming op grond van artikel 14 MAR.⁷⁶ Het OM heeft zijn verdenkingen gebaseerd op deze aangifte. Tussen de eisers en de AFM bestond discussie of de AFM na het doen van haar aangifte nog steeds een redelijk vermoeden van handel met voorwetenschap kon hebben, aangezien de AFM pas na het doen van de aangifte bekend werd met een aantal ontlastende feiten, en of de AFM onrechtmatig handelde door het standpunt in de aangifte hierop niet aan te passen. Hoewel de AFM van mening was dat de *compliance officer* van de beleggingsonderneming, die op dat moment over een ruime set informatie beschikte, niet

68 'Beleggingsondernemingen en -instellingen scherp op naleving EU-sancties Rusland', afm.nl 1 september 2022. De belangrijkste algemene uitkomsten zijn te raadplegen via: www.afm.nl/~profmedia/files/doelgroepen/beleggingsondernemingen/2022/onderzoek-naleving-eu-sancties-rusland.pdf?sc_lang=nl-nl&hash=41B6C84E34D5E1B076098BAEE9E9E07A.

69 Rb. Amsterdam 16 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6687.

70 Rb. Amsterdam 16 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6687, r.o. 4.7.

71 Op grond van art. 2 lid 1 van Verordening (EU) nr. 269/2014 van de Raad van 17 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen moeten alle tegoeden en economische middelen die toebehoren aan, eigendom zijn, in het bezit zijn of onder zeggenschap staan van gesanctioneerde personen, of met hen verbonden natuurlijke personen of rechtspersonen, entiteiten of lichamen, worden bevroren.

72 Rb. Amsterdam 6 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5466.

73 Hof Amsterdam 29 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3691.

74 Rb. Rotterdam 23 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4948.

75 Rb. Amsterdam 25 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6076.

76 Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening Marktmisbruik), *PbEU* 2014, L 173.

verwijtbaar had gehandeld door geen zogeheten STOR in de zin van artikel 16 lid 2 MAR te doen,⁷⁷ handelde de AFM volgens de voorzieningenrechter niet onrechtmatig door haar standpunt ten aanzien van artikel 14 MAR te handhaven. De voorzieningenrechter oordeelde dat het niet aan de burgerlijke rechter is om een voorlopig oordeel te geven in een zaak die in onderzoek is bij het Openbaar Ministerie, dat het Openbaar Ministerie een eigen onderzoek uitvoert en dat het Openbaar Ministerie niet gehouden is aan de conclusie van de AFM.

Ontneming

In het kader van ontwikkelingen in ontnemingszaken op het gebied van het financieel strafrecht noemden wij in deze rubriek reeds het wetsvoorstel Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II.⁷⁸ Dit wetsvoorstel introduceert onder meer de zogeheten *non-conviction based confiscation* (NCBC).⁷⁹ De NCBC betreft een instrument dat voorziet in de ontneming van vermogensbestanddelen zonder een daaraan voorafgaande veroordeling.⁸⁰ De NCBC zou vorm moeten krijgen in een nieuwe Wet confiscatie criminele goederen. Eind november 2022 is het wetsvoorstel Confiscatie criminele goederen voor advies aan de Raad van State voorgelegd.⁸¹

Procesafspraken

Op het gebied van procesafspraken is het afgelopen halfjaar het nodige gebeurd en geschreven.⁸² In de praktijk blijkt dat procesafspraken onder andere een rol kunnen spelen in grote complexe zaken op het gebied van het financieel strafrecht. De witwaszaak Cymbal, die hieronder aan bod komt, vormt hier een voorbeeld van.⁸³

Op dit moment ontbreekt een specifieke wettelijke regeling voor procesafspraken. Wel heeft de Hoge Raad op 27 september 2022, naar aanleiding van een cassatie in het belang der wet,⁸⁴ een kader geschetst waarbinnen procesafspraken gemaakt kunnen worden.⁸⁵ Deze uitspraak heeft alleen betrekking op procesafspraken waarbij een gezamenlijk ‘afdoeningsvoorstel’ van het Openbaar Ministerie en de verdediging over de bewezenverklaring en/of de strafoplegging aan de strafrechter wordt voorgelegd. De Hoge Raad oordeelt dat procesafspraken tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging toelaatbaar zijn indien de wettelijke regeling en de eisen van het recht op een eerlijk proces in acht worden genomen. Wel stelt de Hoge Raad dat de totstandkoming van procesafspraken geen afbreuk mag doen aan de eigen positie van de strafrechter.⁸⁶ Indien het afdoeningsvoorstel tot een uitkomst zou leiden ‘die niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van de zaak’, zal de strafrechter van het afdoeningsvoorstel moeten afwijken.⁸⁷ Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer aangegeven dat deze uitspraak meegenomen zal worden bij de voorbereiding voor een OM-Aanwijzing over procesafspraken.⁸⁸ De minister van Veiligheid en Justitie heeft eveneens aangegeven dat zij voornemens is in het nieuwe Wetboek van Strafvordering een regeling over procesafspraken op te nemen.⁸⁹

Het hof Arnhem-Leeuwarden is op 2 december 2022,⁹⁰ na een eerdere afwijzing van de rechtbank,⁹¹ akkoord gegaan met procesafspraken in de witwaszaak Cymbal. Volgens het hof was het ‘swipen’ van geld in Curaçao, waarbij vreemde valuta worden omgewisseld tegen bijvoorbeeld dollars via een creditcard, een algemeen bekend verdienmodel en werd het gedoogd door de centrale bank en plaatselijke banken.⁹² Ook achtte het hof van belang dat de belangen van de Belastingdienst en een benadeelde bank de procesafspraken niet in de weg stonden. Afsluitend nam het hof in overweging dat de verdachten volledig hadden meegewerkt en hiermee het Openbaar Ministerie hadden ondersteund bij het contacteren van de overige betrokken personen en organisaties.⁹³

77 Artikel 16 lid 2 MAR bepaalt dat iedere persoon die beroepshalve transacties met betrekking tot financiële instrumenten tot stand brengt of uitvoert, doeltreffende regelingen, systemen en procedures instelt voor de opsporing en melding van verdachte orders en transacties, en deze onderhoudt. Wanneer die persoon een redelijk vermoeden heeft dat een order of transactie met betrekking tot enigerlei financieel instrument, al dan niet op een handelsplatform geplaatst of uitgevoerd, mogelijk handel met voorwetenschap, marktmanipulatie of een poging tot handel met voorwetenschap of marktmanipulatie inhoudt, moet die persoon de bevoegde autoriteit daarvan onverwijld in kennis stellen.

78 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022’, *TBS&H* 2022, p. 257.

79 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2021’, *TBS&H* 2022, p. 60.

80 H.J.B. Sackers (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021’, *TBS&H* 2021, p. 281.

81 ‘Crimineel vermogen harder aangepakt’, Rijksoverheid 25 november 2022, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/nieuws/2022/11/25/crimineel-vermogen-harder-aangepakt.

82 Zie bijvoorbeeld V.J.C. de Bruijn, ‘Hoge Raad accepteert procesafspraken en geeft eerste kaders’, *TBS&H* 2022, p. 371-377; L.J.J. Peters, ‘Procesafspraken in strafzaken. Bespreking van actuele experimenten en in het bijzonder de vonnissen uit Limburg en Rotterdam’, *NTS* 2022/2; L.D. Lubrano, ‘Wettelijke normering van procesafspraken: noodzaak, nuttig of nodeloos?’, *TS&O* 2022/4/5; P.P.J. van der Meij, ‘De rafelranden van procesafspraken’, *BSb* 2022/4; J. Janssen & A.H.T. de Haas, ‘Overeenstemming en afstemming in het strafproces met oog voor ieders belangen. Een kwestie van doen’, *BSb* 2022/4; C.J.D. van den Hazel, A.S. van de Stouwe & M. Tiebosch, ‘Over procesafspraken en de zoektocht naar het gedeelde belang’, *BSb* 2022/4.

83 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10370 en ECLI:NL:GHARL:2022:10371, maar zie bijvoorbeeld ook Rb. Overijssel 15 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2611, een accijnsfraudezaak waarin procesafspraken werden toegestaan.

84 Concl. A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2022:566, bij HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252.

85 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, r.o. 5.2.2.

86 Ibid.

87 Ibid.

88 Kamerbrief van de minister van Justitie en Veiligheid, ‘Procesafspraken in strafzaken’, 26 oktober 2022.

89 Ibid.

90 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10370 en ECLI:NL:GHARL:2022:10371.

91 Rb. Overijssel 4 september 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3103.

92 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10370 en ECLI:NL:GHARL:2022:10371.

93 Ibid.

Milieustrafrecht

Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans

Recente ontwikkelingen

Op het terrein van de verschillende rapporten waarover in de vorige edities is gerapporteerd, is wederom weinig te melden. Wel interessant is het advies van de Strategische milieukamer over de fraude- en bewuste-niet-naleef-risico's van salderen. Dit is als bijlage gevoegd bij de kabinetsbrief aan de Tweede Kamer van 25 november 2022 over het stikstofbeleid. In het advies is de gevoeligheid voor fraude en andere vormen van bewuste niet-naleving bij salderen geanalyseerd door middel van een deskresearch naar openbare informatie over het instrument salderen. Niet onderzocht is of, en zo ja in welke mate, fraude en andere vormen van bewuste niet-naleving zich voordoen in de praktijk. De in het advies geconstateerde frauderisico's zijn onder te verdelen in twee thema's: ten eerste de verantwoordelijkheden van initiatiefnemers en bevoegde instanties en ten tweede de informatievoorziening over het instrument salderen en het gebruik van AERIUS hierbij.

Bij salderen zijn verschillende verantwoordelijkheden te onderscheiden voor zowel initiatiefnemers als bevoegde instanties. De initiatiefnemer bepaalt zelf op basis van een voortoetsing of het project significant negatieve effecten kan veroorzaken op Natura 2000-gebieden. Indien daar sprake van is kan de initiatiefnemer intern salderen of op basis van extern salderen een vergunning aanvragen, die door het bevoegd gezag wordt getoetst. In het advies signaleert de SMK met name frauderisico's ten aanzien van het feit dat de initiatiefnemers zelf verantwoordelijk zijn voor het uitvoeren van de voortoetsing, de toepassing van intern salderen zonder toets door het bevoegd gezag en het aanleveren van gegevens en bewijsstukken voor een vergunningaanvraag op basis van extern salderen. Daarnaast ziet de SMK de gefragmenteerde verantwoordelijkheid voor de toepassing van het instrument extern salderen als een frauderisico.

De minister acht deze risico's echter niet zo groot, getuige zijn opmerking dat ten aanzien van de eigen verantwoordelijkheid voor correcte aanvragen ervan uitgegaan mag worden dat de initiatiefnemers dit zorgvuldig en naar waarheid doen. Hetzelfde geldt voor de toetsing door bevoegde instanties. Dit is natuurlijk een dooddoener van jewelste. Immers, als iedereen zijn aanvragen en belastingaangiften zorgvuldig en naar waarheid zou invullen, bestond er geen fraude. Het probleem is nu juist dat mensen dat niet doen en de huidige invulling van de salderingsregeling, waarbij er dus weinig of geen controle is, nodigt uit om te frauderen. Dat zien we immers op elk terrein waar dit soort of type regelgeving aan de orde is. Daar stapt de minister echter gemakshalve maar even overheen.

Ten aanzien van het extern salderen merkt de SMK op dat nu de saldogeiver verantwoordelijk is voor het tijdig

beëindigen van de saldogevende activiteit daar een risico op (tijdelijke) toename van de stikstofuitstoot en -depositie op de loer ligt wanneer dit niet tijdig gebeurt. Ook dit risico acht de minister niet al te groot, aangezien dit risico wordt ondervangen doordat het bevoegd gezag de natuurvergunning van de saldogeiver intrekt of actualiseert wanneer de activiteit is beëindigd of gewijzigd. Bovendien wordt dit risico ook via toezicht en handhaving geadresseerd, aldus de minister. Ook dit wekt toch wel wat verbazing, indachtig de eerdergenoemde rapporten van de Commissie-Van Aartsen, de Rekenkamer en het CCV-rapport.⁹⁴ Immers, uit die rapporten komt duidelijk naar voren dat de aanpak van milieucriminaliteit en overtredingen ontoereikend is en dat het slecht gesteld is met het stelsel van vergunningverlening, toezicht en handhaving.

Met andere woorden kan de conclusie zijn dat de risico's op fraude inderdaad groot zijn en dat de overheid die risico's aanvaardbaar acht en niet van plan is daar iets aan te doen. Maar gelet op het feit dat ook de eerdergenoemde rapporten niet tot enige 'sense of urgency' hebben geleid bij onze overheid, verbaast dat niet.

Rechtspraak

Gelukkig hebben we de rechtspraak nog. Daar gebeuren soms wel opmerkelijke dingen. In het oog springend was de recente veroordeling van de bestuurders van een van de grootste mestadviesbureau Nederland wegens onder meer deelname aan een criminele organisatie. De bestuurders zochten samen met agrarische bedrijven naar manieren om te veel uitgereden mest op papier te laten verdwijnen. Daartoe werden op grote schaal documenten vervalst. Soms werden daarbij data vervalst, ook werd op een bouwtekening de inhoudsmaat van een mestsilo aangepast. Daarnaast werd er creatief omgegaan met ongebruikte percelen die werden uitgegeven als waren ze in gebruik met het doel meer mest te kunnen uitrijden. Soms behoorden die percelen niet eens toe aan het desbetreffende bedrijf. En op geen enkel moment werd er rekening gehouden met het milieu, aldus de rechtbank. Aangezien de wetsovertredingen zo stelselmatig waren, was er volgens de rechtbank sprake van een criminele organisatie, hoewel het adviesbureau ook wel legale activiteiten ontplooidde. Echter, *'er is over de loop van vele jaren een bedrijfscultuur gecreëerd. Er wordt meegedacht met de klant, maar niet gericht op het naleven van de geldende wet- en regelgeving. Het meedenken met de klant betekende het overtreden van de wet door middel van valsheid in geschrifte'*, zo stelt de rechtbank in haar vonnis.⁹⁵

Een andere vermeldenswaardige uitspraak is die van het hof Den Haag, zitting houdende te Amsterdam op 25 oktober 2022.⁹⁶ In die zaak ging het om het feitelijk lei-

94 'De markt de baas, CCV rapport, 16 september 2019, Om de leefomgeving, Cie Van Aartsen 4 maart 2021, Handhaven in het duister', Algemene Rekenkamer, 30 juni 2021.

95 Rb. Oost-Brabant 20 december 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5549.

96 Hof Amsterdam 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3037.

dinggeven aan het laden van een ketel- en/of tankwagen (wagon) met methanol in strijd met de vergunning en de interne procedures. In casu kon door een storing in het computersysteem de wagon niet worden geladen door middel van een laadarm met een overvulbeveiliging. Vervolgens is de wagon handmatig geladen met slangen. Tijdens het vullen van de wagon met de slangen is te veel methanol in de wagon gepompt, waardoor methanol in de lekbak onder de wagon terecht is gekomen. Deze gemorste methanol is via de waterzuiveringsinstallatie afgevoerd. Het niet lekvrij laden van de wagon en het niet gebruiken van een laadarm met overvulbeveiliging was in strijd met de vergunningvoorschriften.

De verdachte was ten tijde van het incident werkzaam als wachtchef en in die functie leidinggevende van de operators, die het operationele werk uitvoerden. Hij werd verzocht om, gelet op de niet werkende computer, te helpen bij de belading van de wagon in het bedrijf. Zoals gezegd was het voorgeschreven om aldaar te beladen met laadarmen met overvulbeveiliging. Tijdens het overleg hierover heeft de verdachte voorgesteld de wagon, nu er niet geladen kon worden met de laadarmen, met behulp van slangen te beladen. Ondanks tegenstand van enkele operators, die aan de verdachte en terminal manager te kennen gaven dat deze manier van beladen buiten alle beveiligingen om met gevaar voor vrijkomende dampen en explosie niet veilig was, heeft de terminal manager de opdracht gegeven om alles in gereedheid te brengen voor het beladen van de wagon met slangen. Gelet op zijn functie wist de verdachte, althans had hij moeten weten, zeker na de waarschuwingen van zijn operators, dat het op deze manier beladen van de wagon in strijd was met de vergunningvoorschriften. De belading met behulp van slangen heeft vervolgens in het bijzijn van de verdachte plaatsgevonden. Hierbij is de belading niet automatisch gestopt. De overvulbeveiliging werkte niet, omdat de in de vergunning voorgeschreven laadarm niet werd gebruikt. De wagon is uiteindelijk overgelopen en er is methanol gelekt. Weliswaar is de methanol in eerste instantie opgevangen in een lekbak, maar uiteindelijk is deze via de afvalwaterzuiveringsinstallatie afgebroken en in het riool geloosd.

Door de verdediging worden verschillende niet-ontvankelijkheidsverweren gevoerd, waarbij met name het verweer met betrekking tot het verbod van willekeur / strijd met het gelijkheidsbeginsel alsook strijd met de aanwijzing handhaving milieurecht interessant zijn. Ten aanzien van het eerste verweer overweegt het hof dat de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie slechts in zeer beperkte mate inhoudelijk door de rechter mag worden getoetst, in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkheidsverklaring van de officier van justitie in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met de beginselen van een goede procesorde. Naast het geval dat bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat

hij niet (verder) zal worden vervolgd, doet zo'n geval zich voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl geen redelijk handelend lid van het Openbaar Ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. In het geval van een zodanige, aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing is de (verdere) vervolging onverenigbaar met het verbod van willekeur.

'Hiervan is naar het oordeel van het Hof in het onderhavige geval niet gebleken. Het openbaar ministerie heeft in zijn afwegingen betrokken dat de rechtspersoon kort voordien strafrechtelijk voor soortgelijke feiten is vervolgd en daarvoor een zware straf opgelegd heeft gekregen, terwijl in de visie van het openbaar ministerie verdachte tegen de uitdrukkelijke wens van andere werknemers in, opdracht tot het plegen van de milieu-overtreding heeft gegeven. Het openbaar ministerie heeft naar het oordeel van het hof dan ook in redelijkheid tot de beslissing kunnen komen de verdachte en niet de vennootschap te vervolgen. De aan de medeverdachte ten laste gelegde feiten zijn verjaard, hetgeen heeft geleid tot de intrekking van het hoger beroep tegen die verdachte.'

Voorts blijkt niet dat in casu in strijd is gehandeld met de destijds geldende Aanwijzing handhaving milieurecht. Ingevolge de Aanwijzing dient het strafrecht in hoofdzaak te worden ingezet bij overtreding van kernbepalingen, zijnde bepalingen die binnen de regeling of vergunning waarvan zij deel uitmaken de kern vormen van de bescherming van de belangen waartoe die regeling of vergunning behoort. Het hof overweegt dat:

'voor wat betreft de vraag of het openbaar ministerie op grond van de Aanwijzing tot vervolging had mogen overgaan, uitgangspunt vormt het moment dat is besloten tot vervolging. Het tenlastegelegde feit 5 is opgenomen in de als bijlage 1 bij de Aanwijzing opgenomen lijst met kernbepalingen en betreft derhalve een zogenaamde kernbepaling. Zoals hiervoor reeds overwogen, heeft het openbaar ministerie in zijn afwegingen betrokken dat de rechtspersoon kort voordien strafrechtelijk voor soortgelijke feiten is vervolgd en daarvoor een zware straf opgelegd heeft gekregen, terwijl in de visie van het openbaar ministerie verdachte tegen de uitdrukkelijke wens van andere werknemers in opdracht tot het plegen van de milieu-overtreding heeft gegeven.'

Gelet hierop komt het hof tot de conclusie dat de in de Aanwijzing opgenomen uitzondering voor vervolging bij overtreding van een kernbepaling zich hier niet voordoet en het Openbaar Ministerie derhalve niet in strijd heeft gehandeld met de Aanwijzing door tot vervolging van de verdachte over te gaan.

Daar waar verdachte door de rechtbank Rotterdam eerder was vrijgesproken komt het hof wel tot een bewezenverklaring. Daarbij overweegt het hof dat:

‘pas nadat is vastgesteld dat de verboden gedragingen aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend en kan worden vastgesteld dat rechtspersoon de desbetreffende handelingen opzettelijk heeft verricht, aan de orde komt of kan worden bewezen dat de verdachte daaraan feitelijke leiding heeft gegeven. Bij de beoordeling daarvan dient niet uitsluitend te worden betrokken de juridische positie, maar ook de feitelijke positie van de verdachte bij de rechtspersoon en het gedrag dat de verdachte heeft vertoond of nagelaten op grond waarvan hij geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven. De rechtspersoon in casu is een bedrijf dat zich ten tijde van de tenlastegelegde feiten bezighield met de opslag en het transport van chemicaliën. Hieronder viel ook het beladen van onder andere (trein)wagons. Het beladen van de wagon met methanol op 14 oktober 2009 valt daarmee in de sfeer van de rechtspersoon. Bij het beladen van wagons diende te worden voldaan aan de regels opgenomen in de aan de rechtspersoon afgegeven milieuvergunning, maar ook aan de eigen werkinstructies van de rechtspersoon. Uit het dossier en het verhandelde ter terechtzitting blijkt dat op het moment dat op 14 oktober 2009 de beladingscomputer niet werkte door en hierop geacteerd moest worden. De methanol moest immers zo snel mogelijk in de wagon worden geladen zodat deze kon vertrekken naar de klant. Uiteindelijk werd gekozen voor een oplossing die in strijd was met de afgegeven milieuvergunning en de eigen werkinstructies van het bedrijf. Door op deze wijze te handelen heeft het bedrijf opzettelijk de vergunningvoorschriften overtreden.

De verdachte was ten tijde van het incident werkzaam als wachtchef en in die functie leidinggevende van de operators, die het operationele werk uitvoerden. Hij werd verzocht om, gelet op de niet werkende computer, te helpen bij de belading van de wagon. Voorgescreven was om aldaar te beladen met laadarmen met overvulbeveiliging. Tijdens het overleg hierover heeft de verdachte voorgesteld de wagon met behulp van slangen te beladen. Ondanks tegenstand van enkele operators, die aan de verdachte en terminal manager te kennen gaven dat deze manier van beladen buiten alle beveiligingen om met gevaar voor vrijkomende dampen en explosie niet veilig was, heeft de terminal manager de opdracht gegeven om alles in gereedheid te brengen voor het beladen van de wagon met slangen. Gelet op zijn functie wist de verdachte, althans had hij moeten weten, zeker na de waarschuwingen van zijn operators, dat het op deze manier beladen van de wagon in strijd was met de vergunningvoorschriften. De belading met behulp van slangen heeft vervolgens in het bijzijn van de verdachte plaatsgevonden. Hierbij is de belading niet automatisch gestopt. De overvulbeveiliging werkte niet omdat de in de vergunning voorgeschreven laadarm niet werd gebruikt. De wagon is uiteindelijk overgelopen en methanol is gelekt. Weliswaar is de methanol in eerste instantie opgevangen in een lekbak, maar uiteindelijk is deze via de afvalwaterzuiveringsinstallatie afgebroken en in het riool geloosd. Gelet op de gedragingen van de

verdachte en zijn positie binnen het bedrijf kan wettig en overtuigend worden bewezen dat de verdachte feitelijk leiding heeft gegeven aan het opzettelijk overtreden van de vergunningvoorschriften 20.9, 20.11 en 20.16 door de rechtspersoon.’

Het mooie aan deze uitspraak is dat het hof stap voor stap de drijfmeestercriteria ten aanzien van het daderschap van de rechtspersoon afloopt, om vervolgens pas daarna invulling te geven aan het feitelijk leidinggeven.

Ten slotte is er nog een uitspraak van de rechtbank Rotterdam waarbij de strafmaatoverwegingen mij opvielen. In casu ging het om een EVOA-overtreding inzake de illegale overbrenging van afvalstoffen, in casu naar Nigeria, waarbij de verdachte via zijn onderneming een MAN-truck, waarin zich een afgedankte en gebruikte bestelbus van het merk Nissan, een afgedankte personenauto van het merk Honda Civic, een accu voor een personenauto en televisietoestellen bevonden, heeft willen exporteren. De Honda Civic had geen achterraut, was volgestopt met elektrische toestellen en lag op zijn zijkant in de oude Nissan bestelbus. Daarnaast heeft verdachte een Volvotruck, geladen met 68 gebruikte koelkasten en diepvriezers, waarvan zeven met een afgeknipte kabel, willen exporteren. Er waren van de elektrische en elektronische apparaten uit beide bovengenoemde transporten geen geldige test- of controle-rapporten aanwezig waaruit de functionaliteit van deze goederen bleek.

De rechtbank komt tot een bewezenverklaring van de tenlastegelegde feiten en overweegt ten aanzien van de strafmaat: *‘gelet op de ernst van de feiten is in beginsel de oplegging van een onvoorwaardelijke geldboete een passende sanctie. De rechtbank ziet hiervan af op grond van de persoonlijke omstandigheden van de verdachte.’*

In casu ging het om een *first offender*, maar belangrijker is dat de verdachte financieel zwaar is getroffen door de gevolgen van de bewezenverklarde strafbare feiten en bestuurlijke interventie. De kosten in verband met de retourzendingen van beide transporten zijn aan hem doorbelast. Verder is de verdachte zijn onderneming kwijtgeraakt en is hij achtergebleven met flinke schulden. Echter, wat mij betreft is met name de overweging dat *‘het de rechtbank ter terechtzitting gebleken dat de verdachte onvoldoende in staat is geweest de complexe milieuwetgeving omtrent het overbrengen van afvalstoffen te doorgronden en dat zijn handelen niet zo zeer ingegeven lijkt te zijn door verkeerde intenties, maar dat dit voortkwam uit een tekort aan kennis en inzicht’*, opmerkelijk. Het is eigenlijk een beetje een omgekeerde ‘garantstelling’ en dat kom je niet zo heel vaak tegen. Vervolgens legt de rechtbank een voorwaardelijk geldboete op omdat die er tevens toe dient de verdachte er in de toekomst van te weerhouden om opnieuw strafbare feiten te plegen.⁹⁷

97 Rb. Rotterdam 8 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11221.

Omkoopings

Verzorgd door mr. J. Boonstra

Inleiding

Het afgelopen halfjaar heeft zich het nodige voorgedaan op het gebied van corruptie. In dit onderdeel van de kroniek wordt achtereenvolgens ingegaan op de volgende onderwerpen: (i) ambtelijke corruptie; (ii) schending ambtsgeheim; (iii) Belastingdienst; (iv) Isala; (v) Vanguard; (vi) OPL245-zaak; (vii) verschoningsrecht; (viii) interne onderzoeken; (ix) klokkenluidersbescherming; en (x) varia aan wetgeving.

Ambtelijke corruptie

Qua ambtelijke corruptie in Nederland lijkt het, als je de rechtspraak grondig in de gaten houdt, schering en inslag. Het afgelopen halfjaar speelden er tal van zaken met een groot aantal veroordelingen als uitkomst.

Tegen een voormalige werkvoorbereider bij de gemeente Amsterdam is door het Openbaar Ministerie begin augustus een gevangenisstraf van zeven maanden geëist.⁹⁸ De man zou zich jarenlang door aannemers hebben laten 'trakteren' en vertrouwelijke informatie hebben gedeeld. Volgens het Openbaar Ministerie heeft hij zichzelf en zijn omgeving voor meer dan € 80.000 verrijkt. Het onderzoek is gestart na een TCI-tip in 2015. Ruim een jaar later kwamen ook anonieme brieven bij de Rijksrecherche binnen met informatie over corrupte ambtenaren.⁹⁹

Deze en andere TCI-informatie heeft ook geleid tot de veroordeling van ambtenaar van de gemeente Amsterdam die in drie jaar tijd bijna € 13.000 aan giften had aangenomen van aannemers, die als doel hadden om met hun bedrijven een voorkeursbehandeling te krijgen bij het verstrekken van werk bij de gemeente Amsterdam.¹⁰⁰ De verdachte is veroordeeld tot een taakstraf van 180 uur, waarvan 60 uur voorwaardelijk. Interessant aan deze uitspraak is dat de rechtbank ingaat op het juridisch kader van passieve ambtelijke omkoopings en de wetwijziging per 1 januari 2015 op dit vlak. De ten laste gelegde feiten 1 en 2 bestrijken namelijk de periode 1 april 2013 tot en met 8 maart 2016. Voor 1 januari 2015 was passieve ambtelijke omkoopings geregeld in artikel 362 en 363 Sr, waarbij artikel 362 Sr het oog had op doen of nalaten van de ambtenaar zonder daarbij in strijd met zijn plicht te handelen en artikel 363 Sr op doen of nalaten in strijd met zijn plicht. Omdat dit onderscheid in de rechtspraak weinig betekenis had, is het per 1 januari 2015 uit de wet gehaald. Daarnaast zijn per 1 januari 2015 de strafmaxima voor ambtelijke omkoopings verhoogd.

De rechtbank Noord-Holland¹⁰¹ heeft in september 2022 een man veroordeeld voor het aannemen van giften. Dat gebeurde toen hij als ambtenaar bij de gemeente Bergen werkte. De man krijgt een taakstraf van 200 uur opgelegd. Daarnaast is een ontnemingsvordering toegekend tot een bedrag van ruim € 35.000. De verdachte was werkzaam als projectleider bij de gemeente Bergen. Tijdens een project is hij bevriend geraakt met de directeur van een bepaalde vennootschap. Van deze leende de verdachte, voor de aankoop van zijn woning, een geldbedrag tegen zeer gunstige voorwaarden. Het rentepercentage lag lager dan het destijds gemiddelde rentepercentage voor langlopende leningen en werd halverwege de looptijd met terugwerkende kracht gehalveerd (van 4% naar 2%). Jarenlang hoefde de verdachte ook geen rente en aflossingen te betalen. De vennootschap heeft na het verstrekken van de hypothecaire geldlening een grondpositie aangekocht in een van de projecten die de verdachte begeleidde. De rechtbank oordeelt dat de verdachte door het sluiten van de hypothecaire geldlening giften (een voordelig rentepercentage en uitgestelde aflossingen en rentebetalingen) en een dienst (de lening) heeft aangenomen. De verdachte heeft hiervan voordeel gehad. Er is overigens geen bewijs dat de vennootschap een concrete tegenprestatie van de verdachte heeft verlangd of dat deze daadwerkelijk door de verdachte is bevoordeeld in een van de projecten.

Een zaak waarin wel de ruilrelatie duidelijk is geworden, is een zaak waarin drie voormalig medewerkers van de gemeente Amsterdam zijn veroordeeld voor ambtelijke corruptie.¹⁰² Een van de verdachten, een 56-jarige man, verkreeg in minder dan vier jaar tijd meer dan € 65.000 voordeel via verschillende aannemers. Het doel hiervan was om een voorkeursbehandeling te krijgen bij de vergunning van gemeentelijke opdrachten. Zo liet hij op kosten van verschillende aannemers onder meer de woning van zijn partner verbouwen. Ook accepteerde hij kostbare luxegoederen zoals televisies, een Rolex en een Apple Watch, en liet hij zich fêteren. Als tegenprestatie bevoordeelde hij de bedrijven ook daadwerkelijk. Alle drie de verdachten worden veroordeeld tot geldboetes plus terugbetalen van het verkregen voordeel.

Schending ambtsgeheim

Schending van ambtsgeheimen gaat vaak hand in hand met ambtelijke omkoopings, aangezien het in veel gevallen gaat om ambtenaren die een tegenprestatie in het vooruitzicht wordt gesteld in ruil voor informatie. Ook het afgelopen halfjaar kwamen de nodige zaken hierover voorbij.

Zo is een politieambtenaar door de rechtbank Overijssel veroordeeld tot een gevangenisstraf van dertig maanden voor schending van zijn ambtsgeheim, ambtelijke omkoopings en computervrederebreuk. Hij zocht twee jaar

98 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/08/03/zeven-maanden-geest-tegen-van-corrupcie-verdachte-oud-ambtenaar.

99 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/08/03/zeven-maanden-geest-tegen-van-corrupcie-verdachte-oud-ambtenaar.

100 Rb. Amsterdam 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6003.

101 Rb. Noord-Holland 28 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8602 en ECLI:NL:RBNHO:2022:8603.

102 Rb. Amsterdam 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5709, ECLI:NL:RBAMS:2022:5710 en ECLI:NL:RBAMS:2022:5711.

lang veelvuldig informatie op over specifieke personen en kentekens in de politiesystemen. Tegen betaling deelde hij deze informatie vervolgens met een of meer personen die hij kende van vroeger. Degene die de politieambtenaar giften en/of geldbedragen zou hebben geboden in ruil voor informatie, is vrijgesproken. Volgens de rechtbank was er onvoldoende bewijs in het dossier voor een veroordeling.¹⁰³

Dit soort zaken, waarbij politieambtenaren worden vervolgd na het raadplegen van de systemen en delen van informatie daaruit, spelen veelvuldig. Vaak vallen daarin weinig kansrijke verweren te voeren. Uitzondering is de zaak waarin de rechtbank Gelderland uitspraak deed op 15 november 2022.¹⁰⁴ De verdachte in deze zaak betreft ook een politieambtenaar die werd vervolgd na het raadplegen van de politiesystemen. Wat was echter het geval: de verdachte deed dit op verzoek van het Team Criminele Inlichtingen van de politie (TCI). De verdachte was benaderd door het TCI met de vraag of hij informatie kon verstrekken over de criminele activiteiten in Culemborg. Hem werd gevraagd om alert te zijn en de politie in te lichten als hij opmerkelijke zaken aantroef. Om die reden heeft verdachte vaker het systeem geraadpleegd om verbanden te kunnen leggen tussen personen en incidenten. Dat de TCI, dan wel een andere afdeling van de Politie Eenheid Oost-Nederland, hem dit heeft gevraagd blijkt ook uit e-mailberichten die de verdachte voorafgaand aan de zitting heeft ingebracht en die door de rechtbank aan het dossier zijn toegevoegd. De rechtbank past het door de Hoge Raad gegeven kader¹⁰⁵ toe voor beantwoording van de vraag of sprake is van schending van het ambtsgeheim. In deze zaak komt de rechtbank tot de conclusie dat niet kan worden bewezen dat de verdachte politie-informatie heeft gedeeld met onbevoegde derden en hij wordt dan ook vrijgesproken.

Overigens is het volgens de Hoge Raad¹⁰⁶ niet aan de strafrechter om te beoordelen of de in artikel 272 Sr bedoelde geheimhoudingsplicht terecht aan een verdachte is opgelegd. In deze zaak ging het om een veroordeling wegens schending van het ambtsgeheim door een gemeenteraadslid die stukken die haar onder geheimhouding zijn verstrekt door college van burgemeester en wethouders, opzettelijk openbaar heeft gemaakt op een door haar georganiseerde (pers)bijeenkomst en deze vervolgens op website van politieke partij heeft geplaatst. Volgens de Hoge Raad is de taak van de strafrechter beperkt tot onderzoek van de vraag of de aan verdachte opgelegde geheimhoudingsplicht formeel in overeenstemming is met de wettelijke regeling waarop de geheimhoudingsplicht is gebaseerd. Aangevoerd werd door de verdediging en geklaagd in cassatie dat het besluit van het college van burgemeester en wethouders

tot oplegging van een geheimhoudingsplicht aan de verdachte niet rechtsgeldig tot stand was gekomen.

Een uitspraak van het hof Den Haag van 23 juni 2022¹⁰⁷ gaat over de wijze van verstrekken van geheime informatie. Aangevoerd was dat uit de bewijsmiddelen niet volgt op welke wijze de door verdachte verkregen informatie is gedeeld en dat dit in de weg staat aan een bewezenverklaring. Geoordeeld wordt dat voor de schending van het ambtsgeheim niet relevant is hoe geheime gegevens zijn verstrekt. De zaak gaat over een politieambtenaar die wordt veroordeeld voor het delen van politie-informatie met een derde. Volgens het hof volgt uit de wetsgeschiedenis dat het schenden van een geheim, in de zin van artikel 272 Sr, moet worden uitgelegd als het verstrekken van geheime gegevens aan een ander, die tot kennisneming daarvan onbevoegd is. De wijze waarop dat is geschied, is daarbij niet relevant.

Belastingdienst

Het aantal corruptiezaken met betrokkenheid van medewerkers van de Belastingdienst rechtvaardigt een aparte bespreking.

Allereerst is tijdens de zomer bekend geworden¹⁰⁸ dat de Rijksrecherche een ambtenaar van de Belastingdienst heeft aangehouden op verdenking van ambtelijke corruptie, computervredebreuk, valsheid in geschrifte, schending van zijn geheimhoudingsplicht en witwassen. Het onderzoek is gestart naar aanleiding van onderschepte cryptoberichten van berichtendienst SKY-ECC. Daaruit ontstond het vermoeden dat de verdachte tegen betaling informatie uit systemen van de Belastingdienst opvroeg en leverde. De verdachte is niet alleen in bewaring gesteld, aan hem zijn ook alle beperkingen opgelegd.

In een andere zaak zijn in september in de rechtbank Overijssel gevangenisstraffen van 24 en achttien maanden geëist tegen twee voormalig medewerkers van de Belastingdienst.¹⁰⁹ Het Openbaar Ministerie verdenkt ook hen van schending van het ambtsgeheim en het plegen van computervredebreuk. Het Openbaar Ministerie eiste voor beiden ook een verbod om de functie als ambtenaar te bekleden voor de duur van vijf jaar. Een van de verdachten wordt bovendien ambtelijke corruptie verweten, omdat hij vergoedingen ontving voor de verstrekte vertrouwelijke informatie. Ook dit strafrechtelijk onderzoek is gestart naar aanleiding van ontsleutelde berichten, in dit geval die uit Encrochat. De verdachten raadpleegden de systemen voor kentekens en bijbehorende gegevens – zoals tenaamstellingen, naam, adres en automerk – te verstrekken aan niet-gerechtigde derden.

103 Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2065, ECLI:NL:RBOVE:2022:2066 en ECLI:NL:RBOVE:2022:2068.

104 Rb. Gelderland 15 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2021:6094.

105 Vgl. HR 7 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:523.

106 HR 12 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1073.

107 Hof Den Haag 23 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1063.

108 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/07/14/ambtenaar-belastingdienst-aangehouden-in-corruptieonderzoek.

109 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/09/13/strafreisen-24-en-18-maanden-gevangenisstraf-tegen-twee-voormalig-medewerkers-belastingdienst.

De vraag die opkomt is hoe het kan zijn dat dit misbruik (pas) naar voren is gekomen bij het ontcijferen van de ontsleutelde berichten. Het NRC meldde¹¹⁰ op basis van ‘goed ingevoerde bronnen bij betrokken overheidsdiensten’ dat de computersystemen van de Belastingdienst niet goed bijhouden welke informatie door medewerkers wordt opgevraagd. Dat maakt het lastig om te achterhalen welke informatie door corrupt personeel wordt opgezocht voor criminelen. Volgens de krant bemoeilijken technische beperkingen onderzoek naar corruptie binnen de Belastingdienst. Dit nieuwsbericht leidde tot het stellen van Kamervragen.¹¹¹ Staatssecretaris Van Rij (Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst) probeert in antwoord hierop het beeld weg te nemen dat er bij de Belastingdienst sprake zou zijn van één grote databank waarin alle informatie over alle burgers en alle bedrijven terug te vinden is. De staatssecretaris gaat ook nader in op wat er wordt gedaan om misbruik en corruptie binnen de Belastingdienst te voorkomen. Hoewel corruptie nooit volledig voorkomen kan worden, wordt dit zo veel als mogelijk beperkt. Binnen de Belastingdienst is veel aandacht voor integriteit. Niet erg bemoedigende woorden wat mij betreft.

In 2021 zijn bij de Belastingdienst in totaal elf (vermoedelijke) integriteitsschendingen geregistreerd die betrekking hebben op het ongeoorloofd raadplegen van systemen. In zeven gevallen is na onderzoek komen vast te staan dat sprake was van een integriteitsschending. In een van deze gevallen heeft een veroordeling plaatsgevonden wegens onder andere ambtelijke omkoping. De vraag is echter of dit slechts het topje van de ijsberg is.

Isala

Sinds de zomer van 2022 is er de nodig aandacht voor corruptie in de zorg, meer specifiek voor corrupte medisch specialisten. Dat begon met een persbericht¹¹² van de FIOD over de doorzoeking, in samenwerking met buitenlandse zusterorganisaties, van ruim tien locaties in Nederland en Duitsland en op Curaçao. Het vermoeden is dat medisch specialisten jarenlang betalingen hebben ontvangen van een leverancier van medische hulpmiddelen in ruil voor een voorkeursbeleid voor hun producten. Artsen zouden hiervoor miljoenen euro's hebben ontvangen via internationale constructies. Inmiddels is duidelijk dat het concreet gaat om een vijftal cardiologen die bij het ziekenhuis Isala in Zwolle werkten.¹¹³ Het Anti-Corruptie Centrum van de FIOD (ACC)

110 www.nrc.nl/nieuws/2022/10/09/corruptie-bij-fiscus-lastig-te-traceren-a4144623.

111 Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst (Marnix L.A. van Rij) van 6 december 2022 met als onderwerp Antwoorden op vragen van Idsinga en Michon-Derkzen ‘corruptie is bij de Belastingdienst lastig te traceren’. Te raadplegen via: <https://open.overheid.nl/repository/ronl-2c004cdb06ffa6ba7cfd5d48e93033443723a13d/1/pdf/kamerbrief-inzake-vragen-van-de-leden-idsinga-en-michon-derkzen-beiden-vvd-aan-de-minister-van-justitie-en-veiligheid-ende-staat-...-54b8153.pdf>.

112 www.fiod.nl/onderzoek-naar-corruptie-bij-medisch-specialisten/.

113 www.nrc.nl/nieuws/2022/12/04/de-cardiologen-van-het-isala-ziekenhuis-wilden-uitbreiden-en-dat-kon-in-hun-eigen-vastgoed-a4150415 en www.wilden-uitbreiden-en-dat-kon-in-hun-eigen-vastgoed-a4150415.

doet onderzoek in deze zaak. De FIOD heeft aangekondigd corruptie in de zorg de komende tijd prioriteit te geven.¹¹⁴ De Isala-casus heeft ook geleid tot Kamervragen.¹¹⁵

Vanguard

Vorig jaar is het Openbaar Ministerie na afronding van een grootschalig strafrechtelijk onderzoek naar buitenlandse omkoping en valsheid in geschrifte (Vanguard) een transactieovereenkomst aangegaan met een aantal dochterbedrijven van SHV Holdings N.V.¹¹⁶ Het OM greep destijds de zaak aan voor het bieden van meer transparantie over de beloning voor zelfmelden en medewerking door bedrijven. Met deze zaak is geprobeerd zichtbaar te maken welke invloed, in strafmatigende zin, een ‘volledige zelfmelding en medewerking’ heeft op de boeteberekening. Het uitgangspunt van het Openbaar Ministerie is dat een van buitenlandse omkoping verdachte rechtspersoon die zichzelf meldt en die maximaal meewerkt aan het strafrechtelijk onderzoek, in totaal 50% korting op de geldboete kan krijgen (25% voor de zelfmelding en 25% voor de medewerking).¹¹⁷

In deze zaak is ook uitvoerig strafrechtelijk onderzoek verricht naar mogelijke betrokkenheid van anderen bij deze strafbare feiten. Naar aanleiding van de resultaten van dit onderzoek heeft het OM besloten een viertal natuurlijke personen te vervolgen dat feitelijk leiding heeft gegeven aan verboden gedragingen. Aan ieder van hen is een strafbeschikking opgelegd in de vorm van een geldboete van € 25.000.¹¹⁸

OPL245-zaak

De OPL245-zaak gaat over de beschuldiging dat een bedrag van 1,3 miljard dollar die Shell en het Italiaanse oliebedrijf Eni in 2011 betaalden voor de exploitatierechten van olieveld OPL245 voor de Nigeriaanse kust, voor een groot deel zijn weg zou hebben gevonden naar tientallen corrupte Nigeriaanse ambtenaren en politici, onder wie waarschijnlijk de voormalige president Goodluck Jonathan.¹¹⁹

De rechtbank in Milaan sprak Shell, Eni, alsook voormalige en huidige bestuurders van Shell en Eni, onder wie

ftm.nl/artikelen/hoogleraar-verdacht-van-corruptie-gefinancierd-door-bedrijf-dat-artsen-omkocht?share=vm%2FxfxS%2FfBWkmitHjbjZEGBeXcWh%2BKkxQ%2F%2FSSzlib4jB%2BDkRCbEVxZIXPLZgM%3D.

114 www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/in-de-strijd-tegen-corruptie-kijkt-de-fiod-ook-naar-de-medische-wereld.htm.

115 Antwoord op vragen van de leden Tielen en Van Wijngaarden over het bericht ‘Mogelijke corruptie in Zwols Isala-ziekenhuis groter dan gedacht’ van 8 juli 2022. Te raadplegen via: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2022Z14798&did=2022D30487>.

116 www.om.nl/actueel/nieuws/2021/04/28/econosto-mideast-econostoeeriks-cmk-en-mammoet-salvage-treffen-transacties-met-het-openbaar-ministerie.

117 www.bijzonderstrafrecht.nl/home/om-wil-meer-transparantie-bieden-over-beloning-voor-zelfmelden-en-medewerking-door-bedrijven-het-begin-van-een-clementiekader-in-buitenlandse-corruptiezaken.

118 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/07/15/om-legt-straf-op-aan-personen-in-onderzoek-vanguard.

119 www.ftm.nl/artikelen/corruptiezaak-nigeria-blijft-shell-achtervolgen?share=5G21YbRRTOxL%2FZc%2BntMZi1evv%2FuYpSkhhGE78%2BqKbkWNVBoF7egGejmT7rkBM%3D.

topman Claudio Descalzi van het Italiaanse olie- en gasconcern vrij. De aanklagers hadden boetes geëist tegen Shell en Eni van € 900.000 per bedrijf. Tegen Descalzi werd een gevangenisstraf van acht jaar geëist, net als tegen oud-Eni-baas Paolo Scaroni. Bij voormalig Shell-bestuurder Malcolm Brinded, die destijds aan het hoofd stond van de exploratie- en productietak van Shell, ging het om een eis van zeven jaar en vier maanden.¹²⁰ Het hoger beroep tegen het vonnis is in juli 2022 ingetrokken.

De vrijspraak in Italië heeft de nodige kritiek van de OESO opgeleverd. Op 18 oktober 2022 is het Fase 4-rapport¹²¹ gepubliceerd, de vierde evaluatie van Italië in het kader van de OESO Anti-Corruptie Werkgroep (Working Group on Bribery). De werkgroep heeft vooral kritiek op de manier waarop Italië omgaat met indirect bewijs in buitenlandse omkopingzaken. In het rapport wordt ook bezorgdheid geuit over de Italiaanse wetgeving om bedrijven aansprakelijk te stellen voor buitenlandse omkoping. De boetes voor bedrijven zijn zo laag dat ze niet doelmatig zijn. De verjaringstermijn is voor bedrijven veel korter dan voor individuen. Naast deze aanbevelingen beveelt de werkgroep ook aan dat Italië: (i) een alomvattende nationale strategie ontwikkelt om buitenlandse omkoping te bestrijden; (ii) bedrijven proactief aanmoedigen om anti-corruptieprogramma's in te voeren; en (iii) verdere bewustmaking van buitenlandse omkoping.¹²²

48 Ook in Nederland liep sinds begin 2016 vanwege deze feiten een strafrechtelijk onderzoek naar Royal Dutch Shell plc. Dit naar aanleiding van een Italiaans rechtshulpverzoek. Deze zaak is afgelopen zomer, vanwege het onherroepelijk worden van de vrijspraak in Italië, geseponeerd.¹²³ In Nederland was Shell nog niet gedagvaard omdat het strafrechtelijk onderzoek nog niet was afgerond. Bovendien liep er nog een procedure over het verschoningsrecht van in-house counsels van Shell. De einduitspraak in Italië maakt volgens het OM dagvaarding onmogelijk vanwege het ne bis in idem-beginsel.

Tegen deze beslissing van het Openbaar Ministerie is eind oktober 2022 een artikel 12 Sv-beklagprocedure gestart. De non-gouvernementele organisaties Re:Common (Italië), HEDA Resource Centre (Nigeria) en Corner House (Verenigd Koninkrijk) willen dat het Openbaar Ministerie het onderzoek naar vermeende corruptie door energieconcern Shell in Nigeria heropent. Zij erkennen weliswaar dat Royal Dutch Shell plc niet kan worden vervolgd voor omkoping in verband met de OPL245-deal (de kern van de Italiaanse vervolging), maar betogen dat er voldoende grondslag is voor verder onderzoek en vervolging voor andere misdrijven, waar-

onder witwassen, heling, bedrog, diefstal en lidmaatschap van een criminele organisatie. De ngo's noemen twee Shell-maatschappijen en andere hooggeplaatste Shell-managers (die in Italië geen van allen zijn vervolgd) als beoogd verdachten.¹²⁴

Verschoningsrecht: uitgrijzen vs. vernietigen

Over de Box/Stibbe-zaak is de afgelopen jaren al het nodige geschreven. Voor deze rubriek is noemenswaardig de uitspraak van de Hoge Raad van 20 september 2022¹²⁵ over het uitgrijzen en vernietigen van geheimhouderinformatie. Kort gezegd heeft het Openbaar Ministerie in het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar onder andere fiscale fraude een grote hoeveelheid e-mails verkregen via de internetprovider van de verdachte (Box Consultants). Van de ca. twee miljoen e-mails waren meer dan drieduizend mails uitgewisseld tussen de Stibbe-advocaten en cliënt Box.

Dit is (op enig moment) ook door het Openbaar Ministerie erkend, nu het Openbaar Ministerie besloot deze gegevens 'uit te grijzen'. Er is echter geen toepassing gegeven aan artikel 126aa Sv en het daarop gebaseerde Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde gegevens. Op grond van die bepalingen moet, indien opsporingsambtenaren kennisnemen van communicatie met verschoningsgerechtigden, alles waarop en waarin die communicatie is vastgelegd worden vernietigd. Het Openbaar Ministerie koos voor een andere aanpak, waardoor alle gevorderde verschoningsgerechtigde informatie eerst door opsporingsmedewerkers werd gelezen en beoordeeld. Aanvankelijk zijn drieduizend vertrouwelijke e-mails 'uitgrijpsd' op een door het Openbaar Ministerie gemaakte werkkopie van een USB-stick waarop zich alle gegevens bevonden. Ze waren dus onzichtbaar gemaakt voor de bij de zaak betrokken opsporingsmedewerkers, maar niet vernietigd. Later is een nieuwe werkkopie gemaakt en werden ongeveer honderd bestanden die eerder waren uitgrijpsd, ter beschikking gesteld van het onderzoeksteam.

Toen deze gang van zaken aan het licht kwam, hebben de raadslieden een klaagschrift ex artikel 552a Sv ingediend bij de rechtbank Rotterdam waarin is verzocht om vernietiging van het dossier en een verbod op het gebruik van de gegevens. Het Openbaar Ministerie stelde dat klagers niet-ontvankelijk waren in hun beklag omdat 'uitgrijzen' gelijk zou staan aan 'vernietigen'. Daadwerkelijke vernietiging zou niet mogelijk zijn omdat de 'forensic trail' dan zou verdwijnen. De rechtbank volgde dit standpunt en oordeelde dat het feit dat het mogelijk is om eenmaal 'grijpsde' informatie opnieuw toegankelijk te maken niet tot de conclusie leidt dat geen sprake is van vernietiging.

De rechtbank heeft vastgesteld dat de gegevens waarop het klaagschrift betrekking heeft ontoegankelijk zijn ge-

120 www.trouw.nl/buitenland/italiaanse-rechter-spreekt-shell-en-eni-vrij-van-corruptie~b4743872/.

121 www.oecd.org/daf/anti-bribery/italy-phase-4-report.pdf.

122 www.bijzonderstrafrecht.nl/home/kritiek-van-oeso-op-itali-na-vrijspraak-eni-shell.

123 www.om.nl/actueel/nieuws/2022/07/21/om-seponeert-strafrechtelijk-onderzoek-naar-omkoping-door-shell-in-nigeria.

124 www.prakkendoliveira.nl/nieuws/2022/artikel-12-klacht-om-onderzoek-naar-shell-en-shell-managers-in-opl245-zaak-te-heropenen.

125 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1257.

maakt ‘voor de opsporing’ door het privilegiëren ofwel uitgrijzen van die gegevens. Op grond daarvan heeft de rechtbank geoordeeld dat die gegevens ‘niet meer kenbaar zijn’ in de zin van artikel 5 lid 1 en 2 Besluit.

In cassatie werd geklaagd over het oordeel van de rechtbank dat de gegevens waarop het klaagschrift betrekking heeft reeds zijn ‘vernietigd’ in de zin van artikel 126aa lid 2 Sv. De vraag was dus of uitgrijzen kan worden gelijkgesteld met vernietigen in de zin van artikel 126aa Sv. De Hoge Raad zet in deze uitspraak op heldere wijze de bedoeling van artikel 126aa Sv uiteen. Met het voorschrift van artikel 126aa lid 2 Sv is beoogd het belang te beschermen dat eenieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van wat aan – onder anderen – de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen. Het voorschrift strekt ertoe dat gegevens die als gevolg van de toepassing van de bevoegdheden genoemd in artikel 126aa lid 1 Sv zijn verkregen, onmiddellijk worden vernietigd indien zij vallen onder het verschoningsrecht als bedoeld in artikel 218 Sv, zodat is verzekerd dat die gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht wordt geslagen.

Uit artikel 126aa lid 2 Sv vloeit voort dat gegevens als in die bepaling bedoeld niet in het strafproces kunnen worden gebruikt. Uit artikel 5 lid 1 en 2 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken volgt verder dat, als gegevens zijn opgeslagen op een (afzonderlijke) gegevensdrager of ander voorwerp, ook van de vernietiging van die gegevens sprake is als die gegevens ‘niet meer kenbaar zijn’. Hoewel in die artikelleden wordt gesproken over de bewerking van de ‘gegevensdrager’ of het ‘voorwerp’, is gelet op de strekking van deze voorschriften niet uitgesloten dat ook door de bewerking van de digitale voorziening waarmee de gegevens raadpleegbaar zijn, kan worden bereikt dat die gegevens ‘niet meer kenbaar zijn’ in de zin van die artikelleden. De wijze waarop dit wordt vormgegeven, moet beantwoorden aan het onder rechtsoverweging 2.4.1 van het arrest omschreven doel van artikel 126aa Sv.

Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank onvoldoende gemotiveerd dat met het privilegiëren ofwel het uitgrijzen van de gegevens zoals dat in deze zaak heeft plaatsgevonden is verzekerd dat de gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht kan worden geslagen. Daarbij neemt de Hoge Raad mede in aanmerking dat de rechtbank weliswaar heeft vastgesteld dat de gegevens ontoegankelijk zijn gemaakt ‘voor de opsporing’ maar geen vaststellingen heeft gedaan over de wijze waarop is gewaarborgd dat personen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot de uitgrijpsde gegevens. In dat verband is van belang dat de rechtbank er wel van uitgaat dat er ‘technisch mogelijkheden bestaan om eenmaal “gegrijpsde” informatie opnieuw toegankelijk te maken’, maar dat uit haar vaststellingen niet blijkt voor wie, op

welke wijze en onder welke voorwaarden deze gegevens dan opnieuw toegankelijk kunnen worden. Het cassatiemiddel slaagt. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van de rechtbank en wijst de zaak terug naar de rechtbank Rotterdam.

Interne onderzoeken

- *Intern onderzoek en advies door dezelfde advocaat voor dezelfde cliënt onwenselijk*

Op 13 juni 2022 heeft de Raad van Discipline uitspraak gedaan in twee tuchtzaken die tegen dezelfde advocaat zijn aangespannen.¹²⁶ De eerste tuchtklacht was ingediend door de Amsterdamse deken, Evert-Jan Henrichs. Die heeft meerdere zaken aangebracht om meer duidelijkheid te krijgen over gedragsregels voor advocaten die interne onderzoeken verrichten. In die zaak heeft de Raad geoordeeld dat het onwenselijk is dat advocaten naast hun klassieke juridische dienstverlening aan een cliënt ook interne onderzoeken verrichten voor diezelfde cliënt. De advocaat in kwestie deed onderzoek in de zaak rondom de directeur van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), Harm Mannak. Die bleek niet transparant te zijn geweest over een belang in het bedrijf van Andrew Fastow, de voor fraude veroordeelde ex-topman van Enron. De advocaat onderzocht in opdracht van de NBA hoe het precies was gelopen met de nevenfuncties van Mannak. Dat onderzoek was aangekondigd als onafhankelijk, ook in publieke uitingen van de NBA. De advocaat gaf echter in dezelfde zaak ook arbeidsrechtelijk advies aan de organisatie, die Mannak schorste en later zijn ontslagzaak schikte. In de betreffende periode is de advocaat in de klassieke rol van advocaat van de wederpartij bij de onderhavige kwestie betrokken geweest. Niet gebleken is dat de beroepsorganisatie op dat moment ook al opdracht aan haar had gegeven om ook onafhankelijk feitenonderzoek te verrichten. De Raad heeft niet kunnen vaststellen dat de advocaat nog in enige vorm arbeidsrechtelijk advies aan de beroepsorganisatie heeft gegeven nadat zij de onderzoeksoopdracht had aanvaard en daardoor gelijktijdig de klassieke rol van advocaat van de wederpartij zou hebben vervuld. Dat zij een dubbele rol vervulde ten tijde van het onderzoek en in haar communicatie met de directeur en diens advocaat is dus niet vast komen te staan. Om die reden is de klacht ongegrond verklaard. De Raad merkt echter wel op dat het in verband met de kernwaarde onafhankelijkheid (art. 10a lid 1 onder a Advocatenwet) onwenselijk is dat de advocaat als onafhankelijk advocaat-onderzoeker is opgetreden, nadat zij de beroepsorganisatie had bijgestaan in het arbeidsgeschil. Dat de werkzaamheden van de advocaat in het arbeidsgeschil beperkt zijn geweest, doet hier niet aan af.

- *Openbaarmaking onderzoeksrapport*

Een ander onderdeel van deze tuchtzaak ziet op het gebruik van het onderzoeksrapport. Volgens de deken zou

¹²⁶ Raad van Discipline Amsterdam 13 juni 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:108 en ECLI:NL:TADRAMS:2022:107.

de advocaat te weinig hebben gedaan om de NBA duidelijk te maken dat het onderzoeksrapport alleen voor intern gebruik was. De organisatie publiceerde destijds delen van het rapport. De Raad van Discipline vindt ook dat de advocaat meer had moeten doen, maar stelt dat hier een straf te ver zou gaan. De Raad overweegt dat niet is gebleken dat de advocaat onvoldoende heeft ondernomen om aan het bestuur van de beroepsorganisatie duidelijk te maken dat de inhoud van het rapport vertrouwelijk moest blijven en uitsluitend intern mocht worden gebruikt. Uit de stukken en de verklaring van de advocaat ter zitting blijkt dat zij dit juist duidelijk (en bij herhaling) tegenover de beroepsorganisatie heeft gecommuniceerd en dat hierover geen misverstand bij de beroepsorganisatie bestond. Dat de advocaat nog meer had kunnen doen dan zij al heeft gedaan om te waarborgen dat (de conclusies van) het rapport niet in de openbaarheid werd(en) gebracht, brengt echter niet met zich dat zij in dit opzicht tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Dat de beroepsorganisatie in strijd met de gemaakte afspraken heeft besloten om alsnog tot publicatie van de conclusies uit het rapport over te gaan, ligt onder de gegeven omstandigheden buiten de risicosfeer van verweerster. Ook dit onderdeel van de tuchtklacht is ongegrond.

- *Onafhankelijke advocaat-onderzoekers*

In de tweede tuchtzaak heeft de advocaat wél een waarschuwing opgelegd gekregen. Het betreft een klacht van een advocaat van de wederpartij. De tuchtrechter oordeelt dat de advocaten in kwestie hebben gehandeld in strijd met gedragsregel 9 lid 1 en gedragsregel 24. Het had op hun weg gelegen om al in de eerste e-mail hun precieze rol duidelijk te maken. Door de wijze van communiceren van de advocaten is klaagster ervan uitgegaan dat de advocaten optraden als onafhankelijke advocaat-onderzoekers. Volgens klaagster hebben zij en haar cliënt op grond van die communicatie nietsvermoedend aan een interview meegewerkt en werden zij vervolgens overvallen door de vraagstelling. Verder blijkt uit de stukken dat klaagster na het interview steeds bij de advocaten heeft aangedrongen op nadere informatie en het meenemen van voorstellen van haar cliënt. Een en ander had voor de advocaten temeer aanleiding moeten zijn om hun positie tegenover klaagster duidelijk te maken. Dat de advocaten de onduidelijkheid hebben laten voortbestaan en pas op 30 oktober 2019 (dus bijna drie weken na hun eerste e-mail van 11 oktober 2019) expliciet aan klaagster hebben medegedeeld dat zij optraden als advocaat wederpartij valt verweersters tuchtrechtelijk te verwijten volgens de Raad.

- *Eisen onafhankelijkheid van de advocaat als externe onderzoeker*

Nog geen twee weken later heeft dezelfde Raad van Discipline uitspraak¹²⁷ gedaan, waarin de eisen aan de onafhankelijkheid van de advocaat als externe onderzoeker

zijn aangescherpt. Ook deze uitspraak volgt op een denkenbezwaar, waarbij de verweerders als advocaten een feitenonderzoek hebben verricht en bijbehorend rapport hebben opgesteld.

De procedure gaat over een onderzoeksrapport van een advocatenkantoor in opdracht van de Raad van Commissarissen van accountants- en belastingkantoor Baker Tilly. In het rapport worden bevindingen geformuleerd over de dienstverlening van het accountantskantoor over een truststructuur van een van zijn klanten. De bevindingen uit het onderzoeksrapport belanden vervolgens bij een aantal derden, waaronder de Belastingdienst en het ministerie van Financiën.¹²⁸

De Raad van Discipline neemt tot uitgangspunt dat het niet verboden is voor een advocaat om feitenonderzoek te doen en daarover naar zijn of haar cliënt te rapporteren. Als het rapport bovendien enkel en alleen voor interne doeleinden is bestemd, dan staat het de advocaat ook vrij om de inrichting van het onderzoek te bepalen. In deze zaak ging het echter niet om een rapport voor interne doeleinden, maar een rapport dat was bestemd voor extern gebruik. Doorslaggevend voor die conclusie is dat het rapport aan derden als onafhankelijk is gepresenteerd. Aan een dergelijk rapport worden strengere eisen gesteld.

Uit de uitspraak volgt dat het voor advocaten mogelijk is om als onafhankelijk onderzoeker op te treden. In het geval van een rapport door een onafhankelijk advocaat-onderzoeker dat extern wordt gebruikt gelden er 'zware eisen'. Het onderzoek moet dan worden uitgevoerd met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor, het rapport naar aanleiding van het onderzoek moet misverstanden zo veel als mogelijk voorkomen en moet alle relevante feiten bevatten. Tot slot moeten advocaten werken aan de hand van duidelijke afspraken over de opzet en uitvoering van het onderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van een protocol.

In deze zaak zijn de betrokken advocaten volgens de Raad op al deze onderdelen tekortgeschoten, waardoor sprake is van strijd met de in artikel 46 Advocatenwet omschreven norm.

Klokkenluidersbescherming

Op 20 december 2022 is het voorstel voor de Wet bescherming klokkenluiders (Wbk) inclusief een aantal amendementen aangenomen door de Tweede Kamer.¹²⁹ Deze wet dient ter implementatie van de Europese Klokkenluidersrichtlijn.¹³⁰ Tijdens de plenaire behandeling¹³¹ de week ervoor in de Tweede Kamer is een aantal amen-

128 H.J.Th. Biemond & S.J. Lopik, 'Duidelijkheid over de rol van de advocaat als onderzoeker', TBS&H 2022, p. 241-245.

129 www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2021Z09596&dossier=35851#activity-2022A09907.

130 Richtlijn 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.

131 <https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/wijziging-van-de-wet-huis-voor-klokkenluiders-1>.

127 Raad van Discipline Amsterdam 25 juli 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:140.

dementen ingediend. Een aantal daarvan is ook daadwerkelijk aangenomen, waardoor de wettekst wijzigt. Zo krijgt de afdeling onderzoek van het Huis voor klokkenluiders de bevoegdheid om via het bestuursrecht sancties op te leggen aan werkgevers.

Wetgeving – varia

Op 1 januari 2023 treedt de Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur¹³² in werking. Deze wet regelt onder meer een verplichte Verklaring omtrent het Gedrag voor kandidaat-bestuurders en een versterking van de informatiepositie van de commissaris van de Koning bij bestuurlijke problemen en integriteitskwesties.

De Europese Commissie zal in het komende jaar maatregelen voorstellen om het Europees wetgevingskader voor de bestrijding van corruptie bij te werken. Wat valt er te verwachten? Strengere normen voor delicten als onrechtmatige verrijking, ongeoorloofde beïnvloeding en machtsmisbruik, naast de meer klassieke delicten als omkoping. Ook komt er een voorstel om corruptie op te nemen in de sanctieregeling op het gebied van de mensenrechten, ons nieuwe instrument ter bescherming van onze waarden in het buitenland.¹³³

Bijzondere wetgeving

Verzorgd door mr. dr. B. van der Vorm

Drank- en Horecawet/Alcoholwet¹³⁴

Op 1 oktober 2022 is de Tweede tranche van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob)¹³⁵ in werking getreden. Deze wijziging van de Wet Bibob heeft geleid tot een verruiming van de bevoegdheden tot informatiedeling tussen het Landelijk Bureau Bibob (LBB) en overheden en tussen overheden onderling en een uitbreiding van het toepassingsbereik van deze wet.¹³⁶ Inmiddels is deze wet al vele malen uitgebreid en wordt in de literatuur de vraag opgeworpen of de verwachtingen ten aanzien van de verruiming van de bevoegdheden tot informatiedeling niet te hooggespannen zijn.¹³⁷ Het jaar 2023 zal aantonen hoe deze uitbreiding van de Wet Bibob zich zal manifesteren.¹³⁸

In deze tweede helft van 2022 is er één uitspraak van de Afdeling verschenen waarin de Wet Bibob is toegepast ten aanzien van de aanvraag van een Drank- en Horecawetvergunning. In dit verband wordt gewezen op een zaak die betrekking heeft op Yin Yang Exploitatie B.V. In die zaak heeft Yin Yang Exploitatie B.V. om een exploitatievergunning verzocht en heeft de burgemeester van Roermond bij het LBB om een advies gevraagd. Het LBB heeft in zijn advies van 11 oktober 2018 geconcludeerd dat er een ernstig gevaar bestaat dat de door Yin Yang Exploitatie B.V. aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, zoals bedoeld in artikel 3 lid 1, aanhef en onder b, Wet Bibob. Volgens het LBB doen zich bij gemachtigde – die indirect leiding geeft aan en indirect zeggenschap heeft over Yin Yang Exploitatie B.V. – feiten en omstandigheden voor die redelijkerwijs doen vermoeden dat hij in de periode van november 2014 tot en met 23 juni 2015 strafbare feiten, te weten: witwassen, heeft gepleegd. Omdat gemachtigde voor die feiten een transactie heeft geaccepteerd en voldaan, is het vermoeden dat hij dit strafbare feit heeft gepleegd, ernstig, aldus het LBB. Daaropvolgend heeft het LBB op 24 december 2019 op verzoek van de burgemeester een aanvullend advies uitgebracht. Daarin concludeert het LBB dat Yin Yang Exploitatie B.V. in een zakelijk samenwerkingsverband staat tot (het concern van) [zoon van gemachtigde], de zoon van [gemachtigde]. Van onder meer CS Horeca B.V. is [zoon] (in) direct aandeelhouder/certificaathouder. Over hem komt een ernstig vermoeden naar voren dat hij dezelfde strafbare feiten heeft gepleegd. Ook hij heeft voor deze strafbare feiten een transactie geaccepteerd en voldaan. Ook hieruit leidt het LBB af dat er een ernstig gevaar bestaat dat de aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. Op grond van deze informatie van het LBB heeft de burgemeester bij besluit van 19 februari 2020 het verzoek van Yin Yang Exploitatie B.V. om een exploitatievergunning voor de seksinrichting van saunaclub Yin Yang afgewezen. Bij afzonderlijk besluit van 19 februari 2020 heeft de burgemeester de exploitatievergunning en Drank- en horecawetvergunning (hierna: ‘DHW-vergunning’) van CS Horeca B.V. voor het horecagedeelte van de saunaclub ingetrokken. In hoger beroep houden de besluiten van de burgemeester stand.¹³⁹

Naast de toepassing van de Wet Bibob ten aanzien van de aanvraag van een DHW-vergunning, heeft de Afdeling zich in de tweede helft van 2022 ook gebogen over kwesties die betrekking hebben op de eis dat de aanvrager niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn. In een zaak heeft de burgemeester van Nijmegen bij besluit van 1 juli 2019 geweigerd om aan appellant een DHW-vergunning te verlenen. Appellant heeft een DHW-vergunning aangevraagd voor de exploitatie van het horecabedrijf te Nijmegen. Hiervoor was appellant exploitant van een eetcafé op een andere locatie in Nij-

132 Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur, Stb. 2022, 504.

133 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_5493.

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

135 Voor een uitgebreid overzicht van de Bibob-jurisprudentie wordt verwezen naar M. Buitenhuis & B.J.P.G. Roozendaal, ‘De laatste vijf jaar Wet Bibob (Overzichtsartikel Wet Bibob, 2018-2022)’, Gst. 2022/77.

136 ‘Verruiming informatiedeling Wet Bibob’, NJB 2022/1645.

137 B. van der Vorm, ‘De interbestuurlijke tipfunctie en de meldplicht van bestuursorganen in de Tweede Tranche van de Wet Bibob’, Gst. 2022, p. 482-489.

138 Interessant is overigens de conclusie van A-G Snijders over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht, die is neergelegd in artikel 28 Wet Bibob. Zie Concl. A-G Snijders 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1013.

139 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2399, AB 2022/288, m.nt. B. van der Vorm; Gst. 2022/87, m.nt. B. van der Vorm.

megen en had hij daarvoor een DHW-vergunning. De burgemeester heeft de aanvraag afgewezen. Uit het antecedentenonderzoek bleek dat er vijf feiten op naam van appelland staan geregistreerd in de periode van 2014 tot 2017. Volgens de burgemeester voldoet appelland wegens de antecedenten niet aan de eis van artikel 8 lid 1 onder b en lid 2, Drank- en Horecawet, dat een leidinggevende van een horecabedrijf niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn. Volgens de burgemeester gaat het met name om de antecedenten die betrekking hebben op de hennepkwekerij die is aangehouden in het pand van appelland. De Afdeling overweegt dat het enkele verwijt dat appelland onvoldoende toezicht heeft gehouden op zijn pand, het niet aanneemelijk maakt dat hij betrokken is geweest bij de hennepkwekerij. De burgemeester heeft geen nadere motivering gegeven over de aanneemelijkheid van de betrokkenheid van appelland bij de hennepkwekerij. Ook is niet gemotiveerd hoe appelland had kunnen weten dat hij, gelet op de feiten in deze zaak, van slecht levensgedrag is. Dat 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 evidentiecriteria. Nu het besluit op deze punten geen inzicht verschaft in de afweging van de burgemeester, berust het niet op een deugdelijke motivering, aldus de Afdeling.¹⁴⁰

In een andere zaak heeft de burgemeester van 's-Hertogenbosch bij besluiten van 16 maart 2020 de drank- en horecavergunning en exploitatievergunning voor twee horecabedrijven ingetrokken. Appellante sub 1A is eigenaresse van horecabedrijf A in 's-Hertogenbosch. Appelland sub 1B is enig bestuurder van appellante sub 1A en exploitant en leidinggevende van het horecabedrijf A. Appelland sub 1B was tot 9 november 2021 ook eigenaar, exploitant en leidinggevende van horecabedrijf B in 's-Hertogenbosch. In de nacht van 14 op 15 december 2019 heeft in horecabedrijf [appellante sub 1A] een striptease-act plaatsgevonden zonder een daarvoor vereiste evenementenvergunning. Dit is voor de burgemeester aanleiding geweest om bij besluiten van 16 maart 2020 de horecavergunningen voor de horecabedrijven in te trekken. Volgens de burgemeester voldoet appelland sub 1B niet aan de eis dat hij als leidinggevende van een horecabedrijf niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is (art. 8 lid 1, aanhef en onder b, Drank- en Horecawet). Hieraan heeft de burgemeester meerdere feiten ten grondslag gelegd. De Afdeling verklaart het door appellante sub 1A en appelland sub 1B ingestelde hoger beroep ongegrond.¹⁴¹

De Wet op de kansspelen

De jurisprudentie van de Afdeling in de tweede helft van 2022 is overzichtelijk. Er kan worden gewezen op een zaak, waarbij bij besluit van 3 december 2021 de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit (hierna: Ksa) aan

Holland Casino een last onder dwangsom heeft opgelegd. De Ksa heeft onderzoek verricht naar de website van Holland Casino, waarop Holland Casino onlinekansspelen aanbiedt. Volgens de Ksa wordt op deze website door middel van navigatieknoppen reclame gemaakt voor vestigingen van speelcasino's. De Ksa stelt zich op het standpunt dat Holland Casino daarmee in strijd handelt met artikel 4.2 lid 5 Besluit kansspelen op afstand. Zij heeft daarom aan Holland Casino een last onder dwangsom opgelegd. Deze houdt in dat Holland Casino alle reclame- en wervingsactiviteiten voor (activiteiten in) vestigingen van Holland Casino op de (mobiele) website voor haar onlinekansspelaanbod moet verwijderen en verwijderd moet houden. Doet Holland Casino dat niet, dan verbeurt hij een dwangsom van maximaal € 25.000. Het bezwaar van Holland Casino tegen dit besluit heeft de Ksa ongegrond verklaard. De voorzieningenrechter van de Afdeling is onbevoegd om van het hoger beroep kennis te nemen. Het verzoek om voorlopige voorziening wordt daarom afgewezen.¹⁴²

De Opiumwet

Naar aanleiding van de bekende Harderwijk-uitspraak ('evenredigheidsbeginsel nieuwe stijl')¹⁴³ zijn in de tweede helft van 2022 de eerste uitspraken van de Afdeling verschenen, waarin toepassing is gegeven aan deze nieuwe toetsing. In een van deze zaken heeft de burgemeester van Best bij besluit van 5 oktober 2020 gelast de woning op het adres [locatie A] in Best te sluiten voor de duur van zes maanden. Bij aanvullend besluit van 26 oktober 2020 heeft de burgemeester een aanvullend besluit genomen waarin hij heeft aangegeven dat de sluiting ook geldt voor de kindstandplaats met nummer [locatie B]. Met 'de woning' wordt bedoeld: de woning met het bijbehorende erf op het adres [locatie A] en [locatie B] in Best. Appellanten wonen met hun drie minderjarige kinderen in de woning. De woning is een woonwagen. Op 14 september 2020 heeft de politie de woning doorzocht. In de woning zijn 32 XTC-pillen en 16,9 g MDMA verpakt in enkele gripzakjes, een boksbeugel, verschillende enveloppen met bankbiljetten met een totaalbedrag van € 10.365,00 en een witte kunststof ton met daarin een groot gewicht aan muntgeld en diverse bankbiljetten aangetroffen. Dit blijkt uit een bestuurlijke rapportage van 23 september 2020. De burgemeester heeft daarop besloten om de woning, inclusief kindstandplaats, op grond van artikel 13b Opiumwet te sluiten. Ingevolge het Damoclesbeleid gemeente Best wordt bij een eerste constatering van harddrugs in een woning de woning voor de duur van vier maanden gesloten. Als er sprake is van verzwarende omstandigheden, kan de woning langer worden gesloten. De burgemeester stelt zich op het standpunt dat er verzwarende omstandigheden zijn waardoor een sluiting voor de duur van zes maanden evenredig is. Deze omstandigheden zijn de aanwezigheid van een boksbeugel, de gripzakjes

140 ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2247, r.o. 5.2.

141 ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3620.

142 ABRvS 1 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3531.

143 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten.

en de hoeveelheid. De woning is met ingang van 18 november 2020 gesloten. Volgens de Afdeling is een sluiting voor de duur van zes maanden onevenredig in verhouding tot de met de sluiting te dienen doelen. Het betoog slaagt in zoverre. De Afdeling ziet aanleiding om zelf in de zaak te voorzien en te bepalen dat de woning voor de duur van vier maanden gesloten mocht worden. Deze duur komt overeen met de sluitingsduur die volgens het Damoclesbeleid wordt opgelegd na de eerste vondst van harddrugs in een woning.¹⁴⁴

In een andere zaak heeft de burgemeester van Rotterdam bij besluit van 17 oktober 2019 gelast om een appartement in Rotterdam voor de duur van zes maanden te sluiten. Appellante woonde met haar toenmalige echtgenoot in het appartement in Rotterdam. Zij huurden het appartement van woningcorporatie Havensteder. Op 14 juli 2019 ontving de politie een anonieme melding dat er mogelijk verdovende middelen en/of een aanzienlijk geldbedrag in een personenauto lagen. De politie heeft de auto met drie inzittenden, onder wie de toenmalige echtgenoot, staande gehouden en de auto doorzocht. Daarnaast heeft de politie het appartement en de bijbehorende kelderbox doorzocht. In een bestuurlijke rapportage van 7 augustus 2019 staat dat in de kelderbox een wasteil is aangetroffen die zwaar vervuild was met bruin poeder. In de wasteil lagen een eveneens met bruin poeder vervuilde pollepel en zeefje en een zakje met bruin poeder. De burgemeester heeft naar aanleiding hiervan bij het besluit van 17 oktober 2019 op grond van artikel 13b lid 1 Opiumwet en overeenkomstig de Beleidslijn bestuurlijke handhaving artikel 13b Opiumwet Rotterdam 2019 gelast om het appartement voor de duur van zes maanden te sluiten. Twee dagen na het uitreiken van het besluit is het appartement feitelijk gesloten. De sluiting heeft geduurd tot en met 13 december 2019, omdat de voorzieningenrechter van de rechtbank bij uitspraak van die datum het besluit van 17 oktober 2019 heeft geschorst tot vier weken nadat op het bezwaar is beslist. Het door appellante gemaakte bezwaar heeft de burgemeester bij het besluit van 6 maart 2020 ongegrond verklaard. Tegelijk heeft hij besloten dat het appartement niet opnieuw feitelijk gesloten hoeft te worden. De rechtbank heeft dat besluit in stand gelaten. In hoger beroep overweegt de Afdeling dat de burgemeester het appartement op 17 oktober 2019 op grond van de destijds bekende informatie weliswaar heeft mogen sluiten, maar dat hij in het besluit op bezwaar niet had mogen volstaan met het in stand laten van de sluiting voor de duur van zes maanden. Op dat moment was immers bekend dat [appellante] geen verwijt trof en de gevolgen van de sluiting, waaronder een reëel risico op ontbinding van de huur-overeenkomst en plaatsing op een zwarte lijst, alleen haar zouden treffen. De burgemeester had daarom ten tijde van het besluit op bezwaar niet kunnen oordelen dat de nadelige gevolgen voor [appellante] niet oneven-

redig waren in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De rechtbank heeft dat niet onderkend.¹⁴⁵

Een andere zaak die interessant is om de revue te laten passeren is de zaak waarin de burgemeester van Tilburg bij besluit van 9 juni 2020 onder aanzegging van bestuursdwang heeft gelast de panden aan de Kooikerstraat 2 en 4 in Tilburg voor de duur van 24 maanden te sluiten. De panden aan de Kooikerstraat 2 en 4 in Tilburg zijn in eigendom van Het Laar en worden door Laar Investments B.V. en L&H Beheer en Administratie B.V. gehuurd. Laar Investments B.V. en L&H Beheer en Administratie B.V. zijn bestuurder van vier besloten vennootschappen die ieder voor zich een vestiging van coffeeshop The Grass Company in Tilburg dan wel Den Bosch exploiteren. Op 15 november 2019 heeft er in beide panden een bestuurlijke controle door gemeentelijke toezichthouders en de politie plaatsgevonden. Uit de bestuurlijke rapportage van 3 februari 2020 en het controleverslag van 20 november 2019 blijkt dat daarbij in een verborgen ruimte in de kelder van het pand aan de Kooikerstraat 4 121,88 kg gedroogde henneptoppen, 44,94 kg hasjiesj, 42,98 kg voorgedraaide joints, 14 stuks voorgedraaide joints, 114 kg hennep-/hasjiesj-koekjes en 1.050 stuks joint-tips voor e-smokers zijn aangetroffen. De burgemeester heeft naar aanleiding van de aangetroffen softdrugs besloten om de panden met toepassing van artikel 13b lid 1 Opiumwet en de Beleidsregels artikel 13b van de Opiumwet (hierna: de Beleidsregel) voor de duur van 24 maanden te sluiten. Op grond van dat artikel is de burgemeester bevoegd tot het opleggen van een last onder bestuursdwang als in een lokaal of op een daarbij behorend erf een middel als bedoeld in lijst I of II van de Opiumwet wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is. De last tot sluiting van de panden is nog niet geëffectueerd. In afwijking van de rechtbank wordt de burgemeester door de Afdeling in het gelijk gesteld. De burgemeester heeft terecht betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij redelijkerwijs niet van zijn bevoegdheid gebruik heeft mogen maken. De burgemeester heeft zich redelijkerwijs op het standpunt kunnen stellen dat sluiting van het pand noodzakelijk was en niet onevenredig is in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.¹⁴⁶

De volgende zaak kan ook niet onvermeld blijven. Bij besluit van 5 juli 2019 heeft de burgemeester van Asten onder aanzegging van bestuursdwang gelast twee loodsen op een adres in Asten met ingang van 15 juli 2019 voor zes maanden te sluiten. Wederpartij is eigenaar van het perceel in Asten. Op het perceel bevinden zich diverse opstallen, waaronder een woning, een berging/garage, een machineberging/werkplaats en twee voormalige kippenschuren. De machineberging/werkplaats wordt hierna loods 2 genoemd. Een deel van de kippenschuren, in de gedingstukken door de burgemeester aangeduid als 'grote kippenloods 3c' wordt hierna loods 3 ge-

144 ABRvS 23 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3402.

145 ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3076.

146 ABRvS 7 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2614.

noemd. Loods 2 werd ten tijde van belang verhuurd aan [huurder 1] en [huurder 2]. Loods 3 werd ten tijde van belang verhuurd aan [huurder 3] en [huurder 4]. Van de verhuur van de loodsen zijn geen schriftelijke huurovereenkomsten opgesteld. Op 19 maart 2019 heeft een toezichthouder van de gemeente Asten op het perceel onderzocht of het perceel wordt gebruikt in overeenstemming met het bestemmingsplan. In hoger beroep overweegt de Afdeling dat de burgemeester bevoegd was de loodsen te sluiten, maar dat hij de sluitingsduur had moeten beperken tot drie maanden. Dit heeft de rechtbank ten onrechte niet onderkend. De Afdeling ziet aanleiding om zelf in de zaak te voorzien door het besluit van 5 juli 2019 te herroepen en te bepalen dat de loodsen voor de duur van drie maanden gesloten mochten worden.¹⁴⁷

Daarnaast kan ook worden gewezen op een zaak waarbij bij besluit van 7 augustus 2019 de burgemeester van Veldhoven het bedrijfspand, bekend als [locatie 1] in Veldhoven, op grond van artikel 13b Opiumwet met ingang van 19 augustus 2019 voor 24 maanden heeft gesloten. Appellante is eigenaresse van een bedrijfspand aan De Run dat bestaat uit panddelen met de nummers [locatie 2], [locatie 1] en [locatie 3] in Veldhoven. Vanaf de wegzijde gezien liggen nummers [locatie 3] en [locatie 2] naast elkaar, met elk een eigen toegangsdeur. Achter nummer [locatie 2] ligt nummer [locatie 1]. Nummer [locatie 1] heeft een toegangsdeur aan de achterkant van het pand. De delen met de verschillende nummers zijn gescheiden van elkaar met een muur. [huurder] huurde het deel van het bedrijfspand met nummers [locatie 2] en [locatie 1]. [huurder] heeft het deel met nummer [locatie 1] van 1 maart 2018 tot 29 mei 2019 onderverhuurd aan [persoon]. Een gedeelte van het pand met nummer [locatie 1] gebruikte hij nog wel zelf. De burgemeester heeft aanleiding gezien om het pand met nummer [locatie 1] (hierna: het pand) te sluiten op grond van artikel 13b lid 1 Opiumwet. In het Damoclesbeleid gemeente Veldhoven (Handhavingsbeleid op artikel 13b Opiumwet) (hierna: het Damoclesbeleid) heeft de burgemeester uiteengezet hoe hij van deze bevoegdheid gebruik maakt. In beginsel wordt een pand voor twaalf maanden gesloten, maar als er indicatoren zijn die wijzen op de handel in drugs met een beroeps- of bedrijfsmatig en georganiseerd karakter, dan volgt een sluiting voor de duur van 24 maanden. De burgemeester heeft in de aangetroffen attributen, de wapens, en in de omstandigheid dat uit een oudere bestuurlijke rapportage blijkt dat eerder, in 2017, al 4,9 gram harddrugs is aangetroffen, aanwijzingen gezien dat het pand gebruikt werd voor de handel in drugs. Hij heeft daarom besloten het pand te sluiten voor de duur van 24 maanden. In hoger beroep overweegt de Afdeling evenwel dat er een verminderde noodzaak was om het pand te sluiten. Een sluiting voor de duur van 24 maanden is onevenredig in verhouding tot de met de sluiting te dienen doelen. De

Afdeling ziet aanleiding om zelf in de zaak te voorzien en te bepalen dat het pand voor de duur van twaalf maanden gesloten mocht worden. Deze duur komt overeen met de sluitingsduur die volgens het Damoclesbeleid wordt opgelegd na de eerste vondst van harddrugs in een pand.¹⁴⁸

Tot slot wordt nog gewezen op drie zaken waarbij de burgemeester in het ongelijk wordt gesteld, omdat sprake is van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel,¹⁴⁹ een sluiting voor de duur van 52 weken onevenredig is in verhouding tot de met de sluiting te dienen doelen¹⁵⁰ en omdat de burgemeester geen gebruik heeft mogen maken van zijn bevoegdheid tot sluiting van de woning.¹⁵¹ Daarnaast werd de burgemeester in een andere zaak wel in het gelijk gesteld door de Afdeling, omdat de burgemeester, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, op grond van artikel 13b lid 1 Opiumwet wel bevoegd was om wederpartij een last onder dwangsom op te leggen.¹⁵²

Europees strafrecht

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

Inleiding

Er zijn het afgelopen halfjaar weinig ontwikkelingen geweest op het gebied van het Europees strafrecht die relevant zijn voor het bijzonder strafrecht. Veel van de (veelal eerder in deze kroniek gesignaleerde) wetgevingsinitiatieven zitten nog in de pijplijn en zijn nog in behandeling.

Algemene ontwikkelingen

- *AML rulebook*

In eerdere edities van deze kroniek hebben wij reeds gewezen op het voorstel voor een Europees 'rulebook' ter versterking van de preventie van witwassen en terrorismefinanciering.¹⁵³ Onderdeel van dit pakket aan wetgeving zijn een voorstel voor een EU-anti-witwasverordening en een nieuwe richtlijn (AMLD6). Op 7 december 2022 is een belangrijke volgende stap gezet in dit wetgevingsproces: de Raad van de Europese Unie heeft op die datum zijn standpunt bepaald over de genoemde voorstellen voor een anti-witwasverordening en een nieuwe richtlijn. Op verschillende punten heeft de raad wijzigingen aangebracht in de voorstellen, onder andere waar het gaat om maatregelen voor cliëntenonderzoek door aanbieders van cryptoactivadiensten en regels

147 ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2523, Gst. 2022/103, m.nt. S.K. Hooijer.

148 ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1910.

149 ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2544.

150 ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1911.

151 ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1913.

152 ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3149.

153 Zie H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2021', *TBS&H* 2022, p. 72; H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2020', *TBS&H* 2020, p. 214; H.J.B. Sackers, 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2020', *TBS&H* 2021, p. 82.

voor uiteindelijk begunstigen (UBO's).¹⁵⁴ Hiermee gaan deze (vergaande) wetgevingsvoorstellen een nieuwe fase in. Het woord is nu aan het Europees Parlement.

- *Voorstel voor een Richtlijn betreffende de definitie van strafbare feiten en sancties voor de schending van beperkende maatregelen van de Unie*

In de vorige Kroniek ondernemingsstrafrecht¹⁵⁵ (eerste helft 2022) berichtten wij reeds over het voorstel om het schenden van EU-sancties aan te merken als EU-misdrijf. In navolging van dit voorstel om artikel 83 lid 1 VWEU uit te breiden, heeft de Europese Commissie ook een voorstel gedaan om de definitie van strafbare feiten en sancties voor de schending van beperkende maatregelen van de Unie vast te stellen.¹⁵⁶ De Commissie hoopt op deze wijze een eenvoudige rechtsbasis onder artikel 83 lid 1 VWEU te verkrijgen.

Het voorstel tot een richtlijn beoogt de definities van strafbare feiten die verband houden met de beperkende maatregelen op elkaar af te stemmen, te zorgen voor sanctietypes en -niveaus voor deze strafbare feiten, grensoverschrijdend onderzoek en grensoverschrijdende vervolging te bevorderen, en de doeltreffendheid van nationale handavingsketens te bevorderen. Dat een dergelijke uniformering wenselijk kan zijn blijkt wel uit het feit dat de EU momenteel 40 verschillende regelingen kent inzake sancties voor schending van beperkende maatregelen van de Unie.

De richtlijn wordt van toepassing op schendingen van beperkende maatregelen, zoals de bevrozing van goederen en economische middelen, een verbod op het beschikbaar stellen van goederen en economische middelen, en een verbod op de binnenkomst of doorreis via het grondgebied van een lidstaat van de EU, die zijn vastgesteld op basis van artikel 29 VEU of artikel 25 VWEU (art. 2). Een schending van deze maatregelen wordt in deze richtlijn aangemerkt als strafbaar feit, waarbij gedacht kan worden aan omzeiling van de maatregelen, inbreuken op de voorwaarden van de door de bevoegde autoriteit verstrekte vergunningen om bepaalde activiteiten te verrichten die – zonder vergunning – door de beperkende maatregelen verboden zijn (art. 3). Het leveren van goederen en diensten voor dagelijks gebruik, bestemd voor persoonlijk gebruik door aangewezen natuurlijke personen, zijn van de strafbaarstelling uitgesloten wanneer zij duidelijk zijn bestemd om te voorzien in de fundamentele menselijke behoeften van deze personen. Hetzelfde geldt voor de verstrekking van humanitaire hulp. In artikel 5 t/m 10 zijn vervolgens de strafrechtelijke sancties voor natuurlijke personen en rechtspersonen opgenomen, alsmede verzachtende en verzwarende omstandigheden.

154 Zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15517-2022-INIT/en/pdf>.

155 H.J.B. Sackers, 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022', *TBS&H* 2022, p. 265-266.

156 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de definitie van strafbare feiten en sancties voor de schending van beperkende maatregelen van de Unie, COM(2022) 684 final.

Jurisprudentie

- *Ne bis in idem*

In januari 2022 wordt HF – een Servische staatsburger, gearresteerd in Duitsland op basis van een zogenoemde *red notice* die op verzoek van de Amerikaanse autoriteiten was gepubliceerd door Interpol. Daarop verzoeken de Amerikaanse autoriteiten om uitlevering van HF met het oog op de strafvervolging wegens fraudemisdrijven. HF is in Slovenië reeds bij onherroepelijk vonnis veroordeeld voor dezelfde feiten als bedoeld in het uitleveringsverzoek; hij heeft bovendien zijn straf volledig uitgezeten.¹⁵⁷ De Duitse rechter besluit daarop het Hof van Justitie te vragen of hij op grond van het *ne bis in idem*-beginsel de uitlevering moet weigeren voor de strafbare feiten waarvoor HF inmiddels onherroepelijk veroordeeld is in Slovenië.¹⁵⁸

Het Hof stelt allereerst vast dat artikel 54 SUO bescherming van het *ne bis in idem*-beginsel waarborgt wanneer iemands proces definitief is afgehandeld in een lidstaat. Er wordt derhalve geen voorwaarde gesteld dat de persoon de nationaliteit van die lidstaat dient te bezitten. Ook in het licht van artikel 50 EU Handvest wordt geen verband gelegd met de status van burger van de EU. Dat is ook zo in het licht van de doelstellingen van deze bepalingen – het waarborgen van de rechtszekerheid door eerbiedigingen van onherroepelijke besluiten van overheidsinstanties. Of een burger al dan niet rechtmatig verblijft in de EU doet daar niet aan af.¹⁵⁹

In de tweede plaats stelt het Hof vast dat de uitleveringsovereenkomst tussen de EU en de VS van toepassing is op het geding. Artikel 17 lid 2 van deze overeenkomst verbiedt de uitlevering van personen die reeds onherroepelijk zijn berecht voor hetzelfde feit als waarvoor om uitlevering wordt verzocht. De Duitse uitleveringsovereenkomst met de VS lijkt op het eerste gezicht niet een dergelijke bepaling te bevatten. In dat geval dient volle werking te worden gegeven aan artikel 54 SUO en artikel 50 EU Handvest en dienen de bepalingen die onverenigbaar zijn met deze artikelen buiten toepassing te worden gelaten. In dat geval kan toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel worden gebaseerd op artikel 17 lid 2 van de EU-VS-overeenkomst.¹⁶⁰

157 HvJ EU 28 oktober 2022, C-435/22, ECLI:EU:C:2022:852 (HF), r.o. 22 t/m 52.

158 HvJ EU 28 oktober 2022, C-435/22, ECLI:EU:C:2022:852 (HF), r.o. 54.

159 HvJ EU 28 oktober 2022, C-435/22, ECLI:EU:C:2022:852 (HF), r.o. 63 t/m 94.

160 HvJ EU 28 oktober 2022, C-435/22, ECLI:EU:C:2022:852 (HF), r.o. 95 t/m 114.

Cybercrime (& cybersecurity)

Verzorgd door mr. N. van der Voort

Inleiding

2022 was wat cybercriminaliteit betreft weer een bewogen jaar. Het jaar stond wederom in het teken van groot-schalige nationale en internationale hacks. Deze ingezette lijn werd al bevestigd door de Datalekkenrapportage 2021 van de Autoriteit Persoonsgegevens: het aantal meldingen van datalekken door cyberaanvallen (hacking, malware of phishing) is in 2021 88% gestegen. Toch werden er ook stappen gezet in de preventie, met name nieuwe wetgeving en ondersteuning door overheden bij cybersecurity voor bedrijven. In deze kroniek wordt stilgestaan bij de belangrijkste ontwikkelingen in de wet- en regelgeving en wordt een overzicht gegeven van de rechtspraak op het gebied van cybercrime.

Ontwikkelingen in de regelgeving

- *Doxing wordt strafbaar*

Op 7 juli 2022 is het wetsvoorstel Strafbarestelling gebruik persoonsgegevens voor intimiderende doeleinden ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁶¹ Het wetsvoorstel heeft betrekking op het onderwerp ‘doxing’ of wel het openbaar maken van iemands privé-informatie. Het wetsvoorstel beperkt zich tot *doxing* voor intimiderende doeleinden. Met het voorstel wordt het strafbaar om persoonsgegevens van een ander aan een derde te verschaffen, te verspreiden of anderszins ter beschikking te stellen met het oogmerk die ander vrees aan te (laten) jagen, ernstige overlast aan te (laten) doen of hem in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig te (laten) hinderen. De voorgestelde strafbaarstelling is een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de derde categorie.

- *Wetsvoorstel Bevordering digitale weerbaarheid bedrijven*

Het kabinet heeft dit jaar verder gewerkt aan het wetsvoorstel Bevordering digitale weerbaarheid bedrijven, ter verbetering van de digitale weerbaarheid van het niet-vitale bedrijfsleven in Nederland. Waar de Ministerraad in april dit jaar nog instemde met het wetsvoorstel, was de Raad van State kritisch en stuurde het kabinet terug naar de tekentafel.¹⁶² De voornaamste kritiek ziet op de noodzakelijkheid van een geheel nieuwe wet, de Raad van State wijst op de reeds bestaande Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (die ziet op het vitale bedrijfsleven, bijvoorbeeld energiebedrijven, drinkwaterbedrijven en banken) en acht het inpassen van de voorgestelde extra bevoegdheden – ofwel het in-formeren van het bedrijfsleven over actuele dreigingen op gebied van security, zoals kwetsbaarheden en incidenten – in deze wet op zijn plaats. Bovendien acht de Raad van State het van belang dat duidelijker uiteen wordt gezet hoe deze nieuwe informatiebevoegdheid

zich verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven op het gebied van cybersecurity. Wordt vervolgd in 2023.

- *EU Netwerk- en Informatiebeveiligingsrichtlijn (NIB2)*

Ook Europees wordt druk gesleuteld aan nieuwe regelgeving. Waar op 13 mei de EU-lidstaten en het Europees Parlement een politiek akkoord bereikten over de herziening van de zogenoemde EU Netwerk- en Informatiebeveiligingsrichtlijn (NIB2), in Europa ook wel NIS2 (Network and Information Systems) Directive genoemd, heeft het Europees Parlement op 10 november 2022 ingestemd met de nieuwe richtlijn.¹⁶³ Het doel? Het cyberbeveiligingsniveau in Europa verhogen. Dit moet bewerkstelligd worden door ondernemingen in meer sectoren te verplichten maatregelen te nemen om cyberbeveiligingsrisico's te beheersen. De digitale zorgplicht zal dus uitgebreid worden naar een grotere kring van bedrijven. Het gaat hier onder andere om de levensmiddelensector (industriële voedselproductie en -distributie zoals grotere supermarkketens), partijen in de chemische en maakindustrie, afvalverwerking, post- en koeriersdiensten, maar ook meer algemeen de gezondheidszorg, bijvoorbeeld fabrikanten van medische hulpmiddelen. Ofwel ondernemingen die van cruciaal belang zijn voor de economie en samenleving.

- *Digital Operational Resilience Act (DORA)*

Een verordening waar het Europees Parlement mee heeft ingestemd was de Digital Operational Resilience Act (DORA).¹⁶⁴ Deze verordening ziet specifiek op het versterken van de digitale weerbaarheid van de financiële sector. Het hoofddoel van de DORA is te voorzien in de versterking en overkoepeling van regels voor financiële entiteiten betreffende het gebruik van ICT, met name ICT-risicobeheer, beveiliging en bedrijfscontinuïteit, het testen van de weerbaarheid van digitale activiteiten, alsmede een kader voor toezicht op kritische ICT-dienstverleners. De definitieve vaststelling van de verordening wordt eind 2022 of uiterlijk begin 2023 verwacht. Er geldt een overgangperiode van twee jaar. DORA zal derhalve naar verwachting eind 2024 of begin 2025 in werking treden.

- *Voorstel voor nieuwe Europese Cyber Resilience Act*

De Europese Commissie werkt aan een nieuwe Europese verordening waardoor consumenten en bedrijven beter worden beschermd tegen producten met ontoereikende beveiligingsvoorzieningen door verplichte cyberbeveiligingseisen in te voeren voor producten met digitale elementen gedurende hun gehele levenscyclus.¹⁶⁵ Op dit moment is het wachten op de standpunten van de Europese Raad en het Europees Parlement over de ontwerpverordening.

161 Kamerstukken II 2021/22, 36171, nr. 2.

162 Kamerstukken II 2021/22, 36084, nr. 4.

163 www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/06/22/cybermaatregelen-in-meer-sectoren-maken-nederland-en-eu-digitaal-veiligere#:~:text=De%2520EU%2520lidstaten%2520en%2520het,Europese%2520afspraken%2520op%2520dit%2520gebied.

164 [www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/11/28/digital-finance-council-adopts-digital-operational-resilience-act/.](https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/11/28/digital-finance-council-adopts-digital-operational-resilience-act/)

165 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/cyber-resilience-act.>

- *Europese Raad verlengt sanctieregeling voor cyberaanvallen*

De EU kan sancties opleggen aan personen of entiteiten die verantwoordelijk zijn voor (pogingen tot) cyberaanvallen, of daarmee worden geassocieerd.¹⁶⁶ Op 16 mei heeft de Raad van de Europese Unie het kader voor beperkende maatregelen tegen cyberaanvallen die de EU bedreigen met drie jaar verlengd, tot en met 18 mei 2025. Beperkende maatregelen kunnen onder meer bestaan uit een verbod om naar de EU te reizen en een bevrozing van goederen van personen en entiteiten.

Jurisprudentie

- *DDos-aanvallen*

Als start van dit jurisprudentieoverzicht is het goed om het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 over Ddos-aanvallen in herinnering te brengen.¹⁶⁷ De Hoge Raad herhaalt hierin de wetsgeschiedenis over het begrip geautomatiseerd werk (art. 80sexies Sr)¹⁶⁸ en oordeelt dat de opvatting van het hof Amsterdam niet onbegrijpelijk is op het punt dat de instandhouding van een actieve website vereist dat een geautomatiseerd werk in werking is en dat het uitvoeren van een DDoS-aanval de toegang tot die website belemmert, hetgeen ook meebrengt dat daardoor de werking van het geautomatiseerde werk, voor zover het de functionaliteit van die website in stand houdt, wordt belemmerd.

Het jaar 2022 startte vervolgens met een veroordeling voor DDos-aanvallen (Distributed Denial-of-Service-aanvallen) op mijnoverheid.nl.¹⁶⁹ Volgens de rechtbank heeft de verdachte opzettelijk en wederrechtelijk de toegang tot en het gebruik van een geautomatiseerd werk, te weten de webserver van overheid.nl, belemmerd door daaraan gegevens aan te bieden of toe te zenden (art. 138b Sr). Bij het bepalen van de straf houdt de rechtbank onder meer rekening met de omstandigheid dat de DDoS-aanvallen zijn gepleegd in de beginfase van de coronapandemie, toen veel mensen behoefte hadden aan informatie van de overheid over de verspreiding van het virus en de maatregelen ter bestrijding daarvan door de overheid. De rechtbank legt de verdachte een voorwaardelijke gevangenisstraf op van drie maanden en een onvoorwaardelijke taakstraf van 120 uur.

- *Computervredebreuk*

Veruit de meeste gepubliceerde uitspraken betreffen zaken over computervredebreuk, in deze kroniek wordt een selectie besproken.¹⁷⁰ Een opvallende uitspraak en

tevens vrijspraak is van de rechtbank Noord-Holland in juni 2022.¹⁷¹ In deze zaak gaat het om kerstcadeaukaarten van Albert Heijn, die ingewisseld konden worden bij bepaalde webshops. Uit de overwegingen van de rechtbank is op te maken dat de verdachten hadden ontdekt dat de cadeaukaartcodes te dupliceren waren door tegelijk dezelfde code op meerdere apparaten of meerdere openstaande tabbladen naar de website te sturen en zo tegelijk meerdere vouchers te verkrijgen. Vervolgens ontdekten de verdachten dat met een *brute force attack*¹⁷² op het tekstveld van de website, waarbij door een programma willekeurige cijfercombinaties worden geprobeerd, cadeaukaartcodes gevonden konden worden, waarmee de website kon worden benaderd. Nadat deze misbruik was ontdekt, is de website verder beveiligd met onder meer een blokkade van IP-adressen die meerdere keren werden gebruikt en een tweestapsverificatie.¹⁷³ Om deze zwaardere beveiliging te omzeilen hebben de verdachten een script ontwikkeld om de *brute force attacks* uit te blijven voeren, hebben zij de beschikking gekregen over 10.000 IP-adressen en maakten zij gebruik van een grote hoeveelheid prepaid simkaarten. In totaal zijn er meer dan 700 vouchers verzilverd ter waarde van ongeveer € 17.500. De rechtbank heeft zich gebogen over de vraag of de verdachten zich schuldig hebben gemaakt aan computervredebreuk, ofwel het binnendringen in een geautomatiseerd werk als bedoeld in artikel 138ab Sr. De rechtbank behandelt eerst de vraag of er sprake is van een geautomatiseerd werk (ex art. 80sexies Sr),¹⁷⁴ waarbij de rechtbank benadrukt dat hierbij steeds een (onderdeel van) een fysiek apparaat is begrepen.¹⁷⁵ De instandhouding van een actieve website vereist dat een geautomatiseerd werk in werking is. Om die reden gaat de rechtbank er bij de beoordeling vanuit dat *activiteiten op een actieve website activiteiten op de achterliggende server impliceren*. Ofwel, de uitgevoerde handelingen hadden betrekking op een geautomatiseerd werk. Nadat

28 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5561; Rb. Amsterdam 8 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3944; Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2065; Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3502; Rb. Rotterdam 1 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8682; Rb. Rotterdam 1 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8683; Rb. Midden-Nederland 5 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3538; Rb. Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7657; Rb. Midden-Nederland 19 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3726; Rb. Den Haag 22 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9613; Rb. Amsterdam 23 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5572; Rb. Noord-Holland 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9498; Rb. Overijssel 27 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2703; Rb. Rotterdam 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8561; Rb. Rotterdam 11 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8485; Rb. Gelderland 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5879; Rb. Amsterdam 21 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6814.

166 Besluit (GBVB) 2019/797 Van de Raad van 17 mei 2019 betreffende beperkende maatregelen tegen cyberaanvallen die de Unie of haar lidstaten bedreigen.

167 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1944.

168 *Kamerstukken II 1998/99, 26671*, nr. 3, p. 44; *Kamerstukken II 2004/05, 26671*, nr. 10, p. 31; *Kamerstukken II 1989/90, 21551*, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II 1998/99, 26671*, nr. 3, p. 28; *Kamerstukken II 2004/05, 26671*, nr. 10, p. 5; *Kamerstukken II 2015/16, 34372*, nr. 3, p. 85-86.

169 Rb. Den Haag 4 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:22.

170 In deze kroniek is met name gefocust op de tweede helft van 2022. Hof Den Haag 23 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1063; Rb. Noord-Holland

171 Rb. Noord-Holland 28 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5561.

172 Hackers passen deze methode toe om o.a. toegang te krijgen tot persoonlijke accounts, om gegevens te ontsleutelen, of om netwerken of systemen te hacken.

173 Daarbij moest een telefoonnummer worden ingevoerd waar een code naartoe werd gestuurd die weer op de website moest worden ingevoerd.

174 Onder geautomatiseerd werk wordt verstaan een apparaat of groep van onderling verbonden of samenhangende apparaten, waarvan er een of meer op basis van een programma automatisch computergegevens verwerken.

175 Computer, server, router, chip maar in elk geval zogenoemde *hardware*.

deze eerste horde genomen was door de rechtbank komt zij tot de overweging dat het voor het binnendringen van beslissende betekenis of de verdachten hiermee toegang hebben verkregen tot afgeschermd gegevens op het geautomatiseerde werk en, zo ja, door welke techniek(en). De rechtbank komt tot het oordeel dat geen sprake is geweest van de in de tenlastelegging omschreven feitelijke gedraging *‘inloggen dan wel toegang verkrijgen tot de website door middel van codes’*, de website van Albert Heijn was namelijk vrij toegankelijk was; er hoefde niet ingelogd te worden. De rechtbank kan niet met zekerheid vaststellen of de verdachte en zijn medeverdachten meer hebben gedaan dan het gebruik maken van een kwetsbaarheid van de website waarmee zij vouchers in bezit hebben gekregen. Er is weliswaar sprake geweest van het gebruik van een valse sleutel, als bedoeld artikel 138ab lid 1 Sr, maar de strafbepaling kan niet zo worden gelezen dat deze handelwijze als zodanig reeds het zich verschaffen van toegang oplevert. De verdachten worden vrijgesproken van computervredesbreuk. Wél komt de rechtbank tot een veroordeling wegens diefstal nu er sprake is van het wederrechtelijk wegnemen – door middel van het plaatsen in een virtuele winkelmand en na invoering van onrechtmatig verkregen codes van de kerstcadeaukaarten elektronisch over te laten brengen naar het ingevoerde e-mailadres – van vouchers (een goed, te weten een niet-stoffelijk object van economische waarde).

Een andere vrijspraak in het kader van computervredesbreuk komt van het hof Den Haag.¹⁷⁶ Het Openbaar Ministerie legt het hacken van een website en vervolgens wederrechtelijk overnemen van gegevens ten laste. Het hof herhaalt de overwegingen uit 2020 en wetsgeschiedenis¹⁷⁷ en concludeert dat een website als zodanig niet als geautomatiseerd werk in de zin van artikel 80sexies Sr aangemerkt kan worden: *‘Nu een website feitelijk slechts bestaat uit een samenstel van gegevens, geen fysieke vorm heeft en derhalve het karakter van “inrichting” ontbeert.’* Het hof overweegt dat er in de tenlastelegging geen nadere aanduiding is opgenomen van een inrichting van een geautomatiseerd werk.¹⁷⁸ De verdachte wordt vrijgesproken. Indien de het Openbaar Ministerie de tenlastelegging specifiek had ingestoken, bijvoorbeeld ‘het binnendringen van een webserver waarop een website draait’, zou de zaak gezien de staande jurisprudentie vermoedelijk in een veroordeling zijn geëindigd.

Een andere uitspraak betreft de veroordeling van een man voor diefstal van bitcoins.¹⁷⁹ Het slachtoffer in deze

zaak had zijn blockchainaccount staan op de werkcomputer van zijn tandartsenpraktijk. Nadat werd geconstateerd dat er 30 bitcoins en 30 bitcoin cash waren verdwenen is er een onderzoek verricht door Fox-IT. Uit dit onderzoek blijkt o.a. dat er sprake is geweest van een ‘remote desktop’-sessie, waarmee de verdachte toegang had verkregen tot het systeem van het slachtoffer. De bitcoins zijn verstuurd naar een andere wallet en vervolgens opgesplitst in negen transacties waarbij gebruik werd gemaakt van Shapeshift.io, ook wel bekend als zogenoemde *bitcoinmixer*.¹⁸⁰ De rechtbank neemt bij de strafmaat expliciet in overweging dat het vertrouwen van het slachtoffer in het digitale betalingsverkeer is geschaad, maar ook voor de maatschappij in het algemeen. De rechtbank acht dit vertrouwen – in de huidige tijd waarin online betalen aan de orde van de dag is en natuurlijke personen hiervan afhankelijk zijn – van groot belang. De verdachte wordt veroordeeld tot een taakstraf van 240 uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden.

Ook zijn er in 2022 weer de nodige uitspraken geweest over ambtsdragers en andere functionarissen van de overheid die betrokken zijn bij computervredesbreuk.¹⁸¹ In juni en juli 2022 werden twee politieambtenaren veroordeeld voor het delen van politie-informatie met een derde en voor het bevragen van de politiestructuren voor ‘privédoeleinden’.¹⁸² Op grond van artikel 138ab Sr is sprake van wederrechtelijk binnendringen wanneer men zich buiten de opgedragen taak toegang verschafft tot een geautomatiseerd werk.¹⁸³ De rechtbank Overijssel kwam derhalve in juli 2022 tot de veroordeling van de politieambtenaar wegens het zeer frequent schenden van het ambtsgeheim en het plegen van computervredesbreuk.¹⁸⁴ De politieambtenaar heeft circa twee jaar lang vertrouwelijke informatie opgezocht die was opgeslagen in diverse digitale politiestructuren (o.a. over personen en kentekens).¹⁸⁵ Deze bevragingen konden plaatsvinden door de aanstelling als opsporingsambtenaar, waarmee hij over een autorisatie beschikte om de systemen te raadplegen. De crux van de zaak ligt volgens de rechtbank bij de omstandigheid dat de verdach-

176 Hof Den Haag 23 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1551.

177 Hof Den Haag 22 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2005.

178 Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever in de begripsbepaling van ‘geautomatiseerd werk’ steeds het oog gehad op uitsluitend fysieke apparaten. Meer specifiek heeft de wetgever met betrekking tot art. 138a (oud) / 138ab (nieuw) Sr de opvatting tot uiting gebracht dat het daarbij gaat om de bescherming van het voorwerp waarin de gegevens zich bevinden, en niet om de gegevens zelf (zie onder meer *Kamerstukken II 1990/91, 21551, nr. 6, p. 8-9* en *Kamerstukken II 1998/99, 26671, nr. 3, p. 32-33*).

179 Rb. Midden-Nederland 7 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1414. Hof Den Haag 23 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1063.

180 Een dienst die bitcointransacties door elkaar husselt, zodat het spoor onderbroken wordt en het traceren van de transacties wordt bemoeilijkt.

181 Hof Den Haag 23 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1063; Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2065; Rb. Rotterdam 1 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8682; Rb. Rotterdam 1 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8683; Rb. Noord-Holland 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9498; Rb. Overijssel 27 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2703; Rb. Gelderland 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5879.

182 Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2065.

183 HR 30 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1691, NJ 2022/54.

184 Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2065.

185 Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2065, par. 4.1 (*modus operandi*): *(...) korte tijd na een gedane bevraging in de politiestructuren betreffende een specifiek persoon of kenteken een of meer contacten hebben plaatsgevonden tussen verdachte en (onder meer) [medeverdachte], zoals blijkt uit onderzoek van de WhatsApp-contacten van verdachte in de onder hem inbeslaggenomen smartphone. (...) De rechtbank stelt verder vast dat kort voor of na een bevraging in de politiestructuren door verdachte een afspraak is gemaakt voor een ontmoeting met onder meer [medeverdachte] en kort daarna diverse malen contante geldstortingen hebben plaatsgevonden op de bankrekening van verdachte of zijn dochters.’*

te met deze niet noodzakelijke en/of niet-werkgerelateerde bevragingen de grenzen van de aan hem verleende autorisatie ver te buiten ging. Op deze wijze – dus door zijn autorisatie te gebruiken voor doeleinden die buiten de grenzen van zijn autorisatie vielen – is hij daarmee diverse malen wederrechtelijk binnengedrongen in een geautomatiseerd werk. Door zich telkens op die manier toegang te verwerven, heeft de verdachte gebruik gemaakt van een valse sleutel in de zin van artikel 138ab Sr. De politieambtenaar wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van dertig maanden. Het hof Den Haag veroordeelde een andere politieambtenaar, wederom in hoger beroep, wegens het bevragen en opzoeken in het politiestelsel van persoonsgegevens voor privégebruik.¹⁸⁶ In september 2022 zijn twee politieagenten veroordeeld wegens het meerdere malen plegen van computervrederebreuk. Beide agenten waren al ruim veertig jaar in dienst bij de politie. In het onderzoek door de politie is niet geheel duidelijk geworden waarom de agenten in een periode van ruim twee respectievelijk vier jaar zowel onder werktijd als in de vrije tijd, de servers van de politie hebben geraadpleegd om niet-werkgerelateerde redenen en daarbij gegevens van zichzelf en van andere personen hebben opgezocht. Gezien de lange staat van dienst bij de politie, het feit dat hij spijt heeft betuigd en de wens die hij heeft uitgesproken om de komende jaren tot aan zijn pensioen nog werkzaam te blijven binnen de politie wordt een van de agenten veroordeeld voor een geheel voorwaardelijke taakstraf van 60 uur. Tegen de andere agent wordt een taakstraf geëist, maar de rechtbank komt uiteindelijk tot het opleggen van een geldboete.¹⁸⁷ In oktober 2022 werd wederom een politieagent veroordeeld voor computervrederebreuk wegens het meermaals raadplegen van gegevens zonder dat daartoe vanuit de uitoefening van de politietaken enige aanleiding bestond.¹⁸⁸ Uit het strafrechtelijk onderzoek is niet gebleken dat de verdachte criminele intenties heeft gehad bij de bevragingen van de politiestelsels, evenmin is gebleken dat de verdachte informatie heeft gedeeld uit eigen (financieel) gewin en/of ter frustratie van lopende strafrechtelijke onderzoeken. Volgens de rechtbank is de strafzaak niet te vergelijken met die van zogenoemde politiemollen. De rechtbank komt om die reden tot een taakstraf die – omgerekend – gelijk is aan de duur van het voorarrest, te weten 54 uur.

Ook enkele medewerkers van de Belastingdienst zijn door de rechtbank Overijssel veroordeeld voor computervrederebreuk naar aanleiding van het zogenoemde on-

derzoek ‘26Bozeman’.¹⁸⁹ Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat personen via het communicatienetwerk Encrochat informatie met elkaar uitwisselden die afkomstig leek van de Belastingdienst. Uit verschillende chats kwam naar voren dat gegevens van bepaalde kentekenhouders, waaronder namen, adressen en auto-merken, tegen betaling werden ingewonnen via een medewerker van de Belastingdienst. Er is volgens de rechtbank sprake geweest van het wederrechtelijk in delen van geautomatiseerde werken, namelijk in servers van de Belastingdienst (het RDW-systeem van de Belastingdienst) binnendringen met behulp van een valse sleutel, namelijk door onbevoegd gebruik te maken van een gebruikersnaam en wachtwoord en toegang te verschaffen tot servers waarop informatie was geplaatst met een ander doel dan waarvoor die gebruikersnaam en dat wachtwoord ter beschikking stonden en waarvoor die toegang was toegestaan. De verdachte kreeg een gevangenisstraf van achttien maanden opgelegd, waarvan zes maanden voorwaardelijk. De rechtbank rekent de volgende omstandigheden aan de verdachte aan: het gemak waarmee de gegevens werden verstrekt, de frequentie (maar liefst 216 keer), het enkele financiële eigen gewin en het op geen enkele manier rekening houden met de mogelijke gevolgen en gevaren voor anderen. De tweede medewerker werd veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden.¹⁹⁰

Dan is er nog een veroordeling door de militaire kamer te benoemen van een (ondertussen) ex-medewerker van de Marechaussee, Brigade Politie en Beveiliging op Schiphol.¹⁹¹ Hij heeft zich gedurende een periode van bijna een jaar schuldig gemaakt aan het meermalen plegen van computervrederebreuk, door het ongeautoriseerd raadplegen van verschillende politie-informatiesystemen, op verzoek van een derde. De verdachte heeft deze informatie enige tijd bevestigd en doorgegeven in ruil voor cocaïne en is nadat hij is afgekickt doorgegaan met de informatieverschaffing, onder druk van bedreigingen. De militaire kamer acht een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf van acht maanden, met een proeftijd van drie jaar, met daarnaast een taakstraf van 240 uur, passend en geboden.

En ten slotte zijn de vonnissen van de rechtbank Midden-Nederland¹⁹² en de rechtbank Rotterdam¹⁹³ noemenswaardig. Hier ging het om het onbevoegd opzoeken en delen van (medische) gegevens in GGD-systemen. De verdachte in de zaak bij de rechtbank Midden-Nederland maakte zich schuldig aan computervrederebreuk (in vereniging) door buiten zijn bevoegdheid om in het CoronIT-systeem persoonsgegevens van zichzelf, vrienden, familieleden en enkele bekende Nederlanders in te zien en werd veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van een maand en een taakstraf

186 Hof Den Haag 23 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1063.

187 De rechtbank acht een taakstraf in onderhavig geval niet passend en geboden, gelet op de leeftijd van de verdachte en zijn staat van dienst binnen de politie. De verdachte heeft zich als politieambtenaar ruim 47 jaar ingezet voor (de veiligheid van) de maatschappij. Ook na zijn pensioen zet hij zich middels vrijwilligerswerk nog voor de maatschappij in. Tot slot houdt de rechtbank er rekening mee dat de feiten langere tijd geleden zijn gepleegd en dat de strafvervolgning geruime tijd boven het hoofd van de verdachte heeft gehangen.

188 Rb. Noord-Holland 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9498.

189 Rb. Overijssel 27 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2703.

190 Rb. Overijssel 27 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2700.

191 Rb. Gelderland 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5879.

192 Rb. Midden-Nederland 5 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3538.

193 Rb. Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7657.

van 120 uren. Bij de rechtbank Rotterdam was sprake van een grootschalige fraude in vaccinatiebewijzen, waarbij de verdachte in het CoronIT-systeem van de GGD gegevens van personen heeft ingevoerd, waarna zij in het systeem als gevaccineerd werden geregistreerd. De verdachte heeft op die manier met anderen valse Coronavaccinatiebewijzen verkocht en zich schuldig gemaakt aan computervredesbreuk om dit te bewerkstelligen. De verdachte wordt veroordeeld voor een gevangenisstraf van twaalf maanden waarvan negen maanden voorwaardelijk.

- *Malware*

In deze zaak heeft de verachte malware voorhanden gehad (bestaande uit de *Remote Acces Trojan Tool Immminent Monitor (IM RAT)*, *Dark Comet* en *Nanocore*) om daarmee computers binnen te dringen.¹⁹⁴ De verdachte heeft de malware echter niet alleen voorhanden gehad maar ook gebruikt en zich gedurende een periode van ruim vijf jaar schuldig gemaakt aan computervredesbreuk. Hij heeft door middel van de voornoemde malware een groot aantal computers geïnfecteerd, waarna hij cryptovaluta en inloggegevens van de gebruikers van deze computers naar zijn eigen computer kon downloaden en zich toe-eigenen. Uit de analyse van de bankrekeningen van de verdachte blijkt dat er structureel aanzienlijke bedragen aan cryptovaluta giraal zijn uitbetaald, in totaal een bedrag van € 447.539,73. De verdachte wordt veroordeeld voor de duur van 24 maanden waarvan zes maanden voorwaardelijk.

Een andere uitspraak betreft de veroordeling van een man voor het aftappen van gegevens en het plaatsen van opname- en af luisterapparatuur.¹⁹⁵ Verdachte had een laptop met spyware aan zijn ex-partner verstrekt; daardoor kreeg hij de mogelijkheid om na te gaan welke informatie zijn ex-partner op deze laptop ontving, op sloeg en verstuurde. Door zo te handelen heeft hij volgens de rechtbank een ernstige inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van het slachtoffer. De rechtbank veroordeelt verdachte tot een gevangenisstraf van 80 uur.

Ten slotte nog een uitspraak van de rechtbank Amsterdam waar de verdachte werd veroordeeld tot twaalf jaar gevangenisstraf in verband met meerdere strafbare feiten (drugshandel, wapenhandel en computervredesbreuk). De verdachte heeft computervredesbreuk gepleegd door via een havenmedewerkster een USB-stick voorzien van malware te plaatsen in een computer en vervolgens een backdoor te installeren. Via die backdoor werd op afstand toegang verkregen tot de systemen van het havenbedrijf en heeft hij informatie en gegevens ingezien, daar afbeeldingen van gemaakt en die gedeeld met anderen. Het doel was om toegang krijgen tot de havensystemen om vervolgens ongezien en ongemerkt drugs te kunnen invoeren en daarmee de drugshandel mogelijk te maken.

- *Phishing (en online opleuchttingspraktijken)*

En *last but not least* zijn er uiteraard enkele uitspraken te noemen in het kader van *phishing* en andere digitale opleuchttingspraktijken. Te beginnen met een vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 21 november 2022.¹⁹⁶ Het ging hier om een grootschalige online opleuchting waarbij 28 slachtoffers (allen op leeftijd) telefonisch zijn benaderd. De *modus operandi* was steeds als volgt: de persoon die belde deed zich voor als een medewerker van een bank. Tegen het slachtoffer werd gezegd dat er door een derde geprobeerd werd om een geldbedrag van hun bankrekening af te schrijven. In een aantal gevallen werd eerst het vertrouwen van het slachtoffer gewonnen door het delen van persoonlijke gegevens met het slachtoffer. Daarna werd aangegeven dat het slachtoffer geholpen kon worden met het veiligstellen van het geld en het beveiligen van de bankomgeving. Hiervoor werd aan het slachtoffer gevraagd om een programma te downloaden en te installeren. Vervolgens verkregen de daders met dit programma toegang tot de computer van het slachtoffer en konden zij meekijken en de computer overnemen. In een aantal gevallen is gevraagd om een geldbedrag over te maken naar een door verdachte opgegeven bankrekening of werd gesteld dat het geld weggenomen zou worden door hackers die door de beller tegengehouden konden worden. Om deze handelingen te verrichten moesten de slachtoffers inloggen in hun bankomgeving, inloggen op hun randomreader en deze gegevens vervolgens delen met de beller. Volgens de rechtbank heeft de verdachte zich met een aantal onbekend gebleven mededaders schuldig gemaakt aan opleuchting en computervredesbreuk. De rechtbank legt een onvoorwaardelijke gevangenisstraf op voor de duur van dertig maanden.

Op 28 juni 2022 heeft de rechtbank Noord-Holland twee uitspraken gedaan in een zaak over opleuchting door middel van *phishing* en simwissels van ING- en ICS-klanten.¹⁹⁷ De verdachten maakten deel uit van een crimineel samenwerkingsverband waardoor klanten van andere financiële instellingen ook werden opgelicht. De organisatie verstuurde misleidende e-mails uit naam van financiële instellingen met daarin een link naar een *phishing*-website. In deze e-mails werd aan klanten meegedeeld dat er een nieuwe creditcard moest worden aangevraagd omdat de oude bijna was verlopen én dat er gegevens moesten worden ingevuld vanwege een veiligheidsonderzoek. Met deze gegevens werd vervolgens toegang verkregen tot de onlinebankierenomgeving van de slachtoffers. Op deze manier konden de rekeningen van slachtoffers worden leeggehaald door overboekingen naar andere bankrekeningen, pintransacties en het plaatsen en betalen van bestellingen. De rechtbank neemt bij de strafmaat in overweging dat het vertrouwen van de rekeninghouders in het onlinebetalingsver-

194 Rb. Noord-Holland 16 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11549.

195 Rb. Midden-Nederland 23 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3801.

196 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6917.

197 Rb. Noord-Holland 28 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5537 en ECLI:NL:RBNHO:2022:5534.

keer is geschaad en dat dit vertrouwen van groot belang is om ontwrichting van het maatschappelijke en economische verkeer te voorkomen. De ernst van de feiten rechtvaardigt volgens de rechtbank dan ook een forse onvoorwaardelijke gevangenisstraf. De rechtbank houdt wel rekening met de persoonlijke omstandigheden van verdachte en de overschrijding van de redelijke termijn. De verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 87 dagen en een taakstraf van 120 uur. In de tweede zaak wordt verdachte veroordeeld tot een gevangenisstraf van 170 dagen en een taakstraf van 240 uur.

Een andere uitspraak betreft de veroordeling van een man die zich samen met anderen heeft schuldig gemaakt aan oplichting via Marktplaats en gewoontewitwassen.¹⁹⁸ Daarnaast heeft hij technische hulpmiddelen en wachtwoorden voor Marktplaats-accounts voorhanden gehad met het oogmerk computervredbreuk te plegen en had hij de beschikking over bankrekeninggegevens van verschillende mensen ter voorbereiding van het plegen van gewoontewitwassen. Door het Landelijk Meldpunt Internet Oplichting (LMIO) zijn verschillende aangiftes geanalyseerd en geclusterd. Uit de analyse bleek dat diverse bankrekeningnummers voorkwamen van personen die stonden geregistreerd op het adres van een instelling voor jongeren die met justitie in aanraking zijn geweest of dreigen te komen; veel van deze jongeren hebben psychiatrische problemen. Door verdachten werden onder valse namen advertenties geplaatst op Marktplaats waarbij goederen werden aangeboden. Uiteindelijk kwam het tot een overeenkomst waarbij slachtoffers geld overmaakten naar een bankrekening, de goederen werden echter nooit geleverd. Uit de verhoren van meerdere verdachten bleek dat er personen waren in wiens opdracht zij hun bankrekeningnummer beschikbaar stelden, een van die personen was de verdachte. De rechtbank komt tot het oordeel dat de gepleegde feiten het algemene vertrouwen in het digitale betalingsverkeer aantasten. De verdachte werd veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 27 maanden.

Bij het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden ging het om een verdachte die gebruik maakte van software om *phishing* e-mails en sms-berichten te sturen naar een grote hoeveelheid e-mailadressen en telefoonnummers.¹⁹⁹ Daarbij werden slachtoffers via hyperlinks geleid naar niet van echt te onderscheiden (betaal)omgevingen, op deze wijze zijn inloggegevens van slachtoffers gebruikt om geldbedragen over te schrijven en/of op te nemen. Het hof is van oordeel dat met name vanwege de schending van het vertrouwen van de slachtoffers in het betalingsverkeer en het bankwezen een onvoorwaardelijke gevangenisstraf op zijn plaats is: een veroordeling tot een gevangenisstraf voor de duur van 34 maanden.

Een andere uitspraak is van de rechtbank Midden-Nederland en betreft de veroordeling van een man die zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting, computervredbreuk en diefstal door middel van betaallinkfraude.²⁰⁰ Met nepprofielen benaderde hij verkopers op Facebook en toonde interesse in aangeboden goederen; vervolgens vroeg hij de verkopers een klein bedrag over te maken door op een frauduleuze link te klikken waar de slachtoffers vervolgens hun gegevens invulden. Een medeverdachte kreeg daarmee toegang tot de bankomgeving van slachtoffers en wijzigde de instellingen, waardoor hij met zijn eigen smartphone vanaf de rekening van slachtoffers betalingen kon uitvoeren en geld kon opnemen. De rechtbank veroordeelt de verdachte tot een taakstraf van 120 uur.

De volgende strafzaak is onderdeel van een strafrechtelijk onderzoek genaamd Gamay.²⁰¹ De *modus operandi* was als volgt: het slachtoffer, dat een advertentie had geplaatst om een goed te verkopen op Marktplaats, werd benaderd door een geïnteresseerde koper. De geïnteresseerde koper gaf vervolgens aan dat hij slechte ervaringen had met het betalen en verzenden op Marktplaats en vroeg het slachtoffer mee te werken aan een betaalverificatie. Via WhatsApp werd een link gestuurd naar de verkoper om ter verificatie 1 cent over te maken; zo kwamen slachtoffers terecht op een vervalste website van een bank waar zij vervolgens hun gegevens invulden. Op deze wijze werd de slachtoffers geld afhandig gemaakt en werden producten gekocht. De verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van twaalf maanden. Van eenzelfde soort *modus operandi* was sprake bij een strafzaak die diende bij de rechtbank Noord-Nederland. Een man werd veroordeeld voor oplichting, computervredbreuk en diefstal met valse sleutel van ongeveer 250 personen.²⁰² Hij deed zich op Marktplaats voor als geïnteresseerde koper, stuurde vervolgens een phishinglink waardoor slachtoffers terechtkwamen op een nep-bankomgeving waar hen werd gevraagd 1 cent over te maken. De rechtbank komt tot het oordeel dat de verdachte op grote schaal misbruik heeft gemaakt van gebruikers van Marktplaats en het vertrouwen van klanten van banken. De rechtbank rekent het de verdachte aan dat hij bestanden met een groot aantal persoonsgegevens heeft ontvangen en doorverkocht terwijl hij wist dat die bestemd waren tot het plegen van diefstal en oplichting en dat hij daarmee verschillende vormen van cybercriminaliteit in heel Nederland heeft gefaciliteerd. De verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van vier jaar, waarvan één jaar voorwaardelijk.

En ten slotte een arrest van het hof Den Haag waarbij een verdachte werd veroordeeld voor internetoplichting wegens het gebruik van valse Tikkie-links en phishing-

198 Rb. Noord-Nederland 18 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2658.

199 Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:6882.

200 Rb. Midden-Nederland 23 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3430.

201 Rb. Noord-Holland 28 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5537 en ECLI:NL:RBNHO:2022:5534.

202 Rb. Noord-Nederland 30 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3573.

websites. De verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van veertien maanden.²⁰³

Varia

Verzorgd door prof. mr. J. Nan

Het was met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel natuurlijk geen wedstrijd, maar de Hoge Raad lijkt 'm toch te hebben gewonnen. Op 4 oktober 2022 keurde het EHRM namelijk diens beperkte invulling van het beginsel dat men niet hoeft mee te werken aan de eigen veroordeling, in een Nederlandse, fiscale zaak van De Legé expliciet goed.²⁰⁴ Daarin werd geklaagd dat artikel 6 EVRM was geschonden omdat De Legé in verband met een fiscale boeteprocédure ten onrechte gedwongen was op straffe van een civiele dwangsom in het bijzonder bankafschriften over te leggen aan de Belastingdienst van een Luxemburgse bank waar hij een of meer rekeningen zou hebben. Het EHRM besliste echter dat documenten die bestaan en waarvan de sanctionerende overheid weet heeft, op straffe van een dwangsom mogen worden gevorderd van de betrokkene zelf. Anders dan in eerdere rechtspraak, waaronder Ibrahim,²⁰⁵ geeft het EHRM in de onderhavige zaak wél een volledig toetsingskader voor het soms toch wat ongrijpbare nemo tenetur-beginsel.

62

Dat toetsingskader om te bepalen of het beginsel van toepassing en eventueel geschonden is, houdt het volgende in. Ten eerste moet worden bekeken of er op de betrokkene enige druk is uitgeoefend. Ten tweede moet bezien worden of die druk is uitgeoefend rondom een procedure die kan worden bestempeld als een 'criminal charge', en of – als dat niet het geval is – de afgedwongen, belastende informatie nadien alsnog in een dergelijke procedure tegen hem wordt gebruikt. Dit zijn twee voorvereisten.

Vervolgens is het, ten derde, inhoudelijk de vraag of het gebruik van de door dwang verkregen incriminerende informatie niettemin toch buiten het bereik van het nemo tenetur-beginsel valt, nu het beginsel hoofdzakelijk het zwijgrecht beoogt te respecteren. Het omvat niet, zo weten we sinds Saunders,²⁰⁶ *'the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing'*. De hamvraag van de onderhavige zaak was of de overheid (dus) onder dwang ook documenten kon opvragen, zoals de Belastingdienst pleegt te

doen via een kort geding met dwangsom. Die kwestie hield de gemoederen tot op heden al heel lang bezig.²⁰⁷ Daarover schenkt het EHRM dan toch eindelijk klare wijn. Na een tour d'horizon langs zijn eerdere rechtspraak (waaronder Funke, J.B. en Chambaz), komt het hoge woord eruit:

'Where the use of documentary evidence obtained under threat of penalties in the context of financial law matters is concerned, it may further be deduced from the Court's case-law (...), that such use does not fall within the scope of protection of the privilege against self-incrimination where the authorities are able to show that the compulsion is aimed at obtaining specific pre-existing documents – thus, documents that have not been created as a result of the very compulsion for the purpose of the criminal proceedings – which documents are relevant for the investigation in question and of whose existence those authorities are aware. That situation is to be distinguished from the situation where the authorities attempt to compel an individual to provide the evidence of offences he or she has allegedly committed by forcing him or her to supply documents which they believe must exist, although they are not certain of it. The latter situation the Court has described as "fishing expeditions". The Court considers that in that context a parallel may be drawn with testimonial evidence: when a person makes a statement which incriminates him or her, he or she is similarly providing the authorities with information of whose existence those authorities were not yet aware. Where the making of that statement came about as a result of coercion or compulsion, an issue arises under the privilege against self-incrimination, since, as set out above (...), it is incumbent on the prosecution in a criminal case to prove their case without resort to evidence obtained through such methods.'

Het gaat er bij deze derde stap dus om of de documenten reeds bestaan en niet door de betrokkene moeten worden gecreëerd, alsmede of de overheid weet dát zij bestaan. Dan mag de overheid de documenten opvragen en daarvoor druk zetten. Er mag evenwel geen sprake zijn van een 'fishing expedition'. De betrokkene hoeft de overheid in zoverre dus niet tegen zijn wil in wijzer te maken dan zij al is (net als bij de verklaringsvrijheid c.q. het zwijgrecht). Ook zal hij geen toelichting op de verstrekte data hoeven geven, neem ik aan.²⁰⁸ De overheid moet wel zelf de zaak tegen de betrokkene maken. Inzake de toepasselijkheid van het beginsel moet, ten vierde, nog worden bekeken of de dwang dermate groot is dat artikel 3 EVRM is geschonden. Dan valt de wijze van verkrijging alsnog binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, ongeacht de wils(on)afhankelijkheid van het daardoor verkregen materiaal.

203 Hof Den Haag 13 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2145.

204 EHRM 4 oktober 2022, nr. 58342/15 (*De Legé tegen Nederland*).

205 EHRM 13 september 2016 (GK), nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk*).

206 EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91 (*Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk*).

207 Zie recent J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel?', *BSb* 2021, nr. 4, p. 116-128.

208 Vergelijk CBB 5 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177.

Als sprake is van (potentieel) gebruik in een punitieve procedure van door druk afgedwongen materiaal dat binnen het bereik van het nemo tenetur-beginsel valt, moet ten vijfde (en ten slotte) worden bezien of de wijze van verkrijging per saldo niet de beschermende werking van het beginsel teniet doet (*'extinguish the very essence of the privilege'*). Daarvoor moet worden gekeken naar de bekende drie factoren: *'the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.'* Een Nederlands voorbeeld is het met zo nodig gepaste (fysieke) dwang verkrijgen van toegang tot een smartphone via een duimafdruk van de betrokkene. Dat levert geen probleem op, als alle regels dienaangaande netjes zijn gevolgd.²⁰⁹

De Legé had bij de toepassing van dit schema, zoals al gezegd, het nakijken in Straatsburg. De gang van zaken kon voor het EHRM door de beugel, ook al was er wel sprake van dwang (door de dwangsom) en van een 'criminal charge' (het ging immers om de vaststelling van een fiscale boete). De Belastingdienst was er al van op de hoogte dat hij een of meer rekeningen had bij de desbetreffende bank en hij was door de Voorzieningenrechter verplicht voor een specifieke periode van vijf jaren de bankafschriften c.q. overzichten over te leggen. Van een 'fishing expedition' was aldus geen sprake. Evenmin was de wijze van verkrijging in strijd met artikel 3 EVRM. Daarom is in het geval van De Legé het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing. Het EHRM hoefde dus niet meer te kijken of de essentie van het beginsel was uitgedoofd.

Met deze uitspraak van het EHRM kan de Nederlandse praktijk met betrekking tot financiële c.q. fiscale strafzaken wel vooruit, denk ik. Een laatste vraag is in ieder geval nog of het Europese Hof van Justitie er hetzelfde over denkt. Het nemo tenetur-beginsel wordt ook in het EU-recht (expliciet) erkend (zie art. 6 lid 3 VEU, art. 47-48 EU Handvest en art. 7 lid 2 Richtlijn betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld). Het Luxemburgse hof heeft zich over het verstrekken van documenten nog niet zo stellig uitgelaten als het EHRM. Alleen het afdwingen van een verklaring is, zoals mocht worden verwacht, uit den boze.²¹⁰

209 HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, NJ 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

210 HvJ EU 2 februari 2021, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84 (DB).