

# Jurisprudentie

## Kroniek ondernemingsstrafrecht

### Eerste helft 2023

Mr. dr. B. van der Vorm (red.), mr. A.A. Feenstra, mr. M.N.H. Hintzen, prof. mr. M. Nelemans, mr. N.M.D. van der Aa, mr. F.A.L. Leegstra, mr. dr. I. Koopmans, mr. J. Boonstra., mr. R.S. Wijling, mr. L.S.E. Hinrichs, em. prof. mr. H.J.B. Sackers, mr. dr. S.S. Buisman, mr. E. Filius, mr. N. van der Voort en prof. mr. J.S. Nan

### Inleiding

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

In de eerste helft van 2023 hebben zich tal van ontwikkelingen voorgedaan die op de een of andere manier relevant zijn voor het bijzonder strafrecht en het ondernemingsstrafrecht.<sup>1</sup> De vorige kroniek ondernemingsstrafrecht in dit tijdschrift vermeldde dat de meeste regels met betrekking tot de aanpak van COVID-19 niet langer van kracht zijn.<sup>2</sup> Inmiddels gaan we weer een stap verder en komt de A-status van COVID-19 in de Wet publieke gezondheid (Wpg) te vervallen en dat heeft tot gevolg dat COVID-19 niet zal worden ingedeeld in een andere in de Wpg opgenomen groep.<sup>3</sup>

Het WODC-onderzoek over de Italiaanse aanpak van maffiacriminaliteit heeft veel aandacht gekregen.<sup>4</sup> Peters concludeert in deze studie dat Nederland op bepaalde onderdelen kan leren van de Italiaanse aanpak, zoals de landelijke coördinatie van strafrechtelijke onderzoeken

naar criminele samenwerkingsverbanden. Ook pleit zij voor een strakker ingekaderde wettelijke kroongetuigenregeling. De resultaten van dit onderzoek zijn met enthousiasme ontvangen door – thans – demissionair minister van Justitie en Veiligheid Yesilgöz. Naar aanleiding van dit onderzoek wil zij onder andere maximumstraffen voor drugsdelicten verhogen en de regels rond kroongetuigendeals aanscherpen.<sup>5</sup> Daarnaast kan ook gewezen worden op het wetsvoorstel Confiscatie criminele goederen. Dit wetsvoorstel heeft als doel bij te dragen aan een effectievere aanpak van ondermijnende criminaliteit. Via een (civielrechtelijke) wettelijke regeling voor *non conviction based confiscation* (NCBC) wordt voorzien in een nieuwe afdoeningsmodaliteit die kan leiden tot de confiscatie van een goed met een criminele herkomst, zonder een daaraan voorafgaande veroordeling voor een strafbaar feit. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een kritisch advies uitgebracht over dit wetsvoorstel.<sup>6</sup> Voorts zij gewezen op het wetsvoorstel Wijziging van de Penitentiaire beginselenwet in verband met aanvullende maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit tijdens detentie<sup>7</sup> en het advies van de Afdeling advisering van de Raad van de State.<sup>8</sup>

Het is de verwachting dat per 1 januari 2024 ‘doxing’ strafbaar zal worden gesteld. Het wetsvoorstel is op 11 juli 2023 met algemene stemmen door de Eerste Ka-

1 In dit verband dient ook te worden gewezen op A.R. Hartmann & B. van der Vorm, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2023/23, p. 289-311; M.L. Batting, C. de Rond & K. Winterink, ‘Handhaving van bestuursrecht’, *NTB* 2023/47, p. 84-95.

2 B. van der Vorm (red.), ‘Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022’, *TBS&H* 2023, p. 32.

3 *Kamerstukken II* 2022/23, 36388, nr. 2 (Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met het afschalen van de A-status van covid-19).

4 L.J.J. Peters, *Hoofdlijnen van de bestrijding van maffiacriminaliteit in Italië Een verkennende studie voor het debat over de bestrijding van criminele samenwerkingsverbanden in Nederland*, Den Haag: WODC 2023.

5 Kamerbrief 3 juli 2023, Italiaanse aanpak van georganiseerde ondermijnende criminaliteit.

6 Afdeling advisering van de Raad van State 10 mei 2023, W16.22.00186/II.

7 *Kamerstukken II* 2022/23, 36372, nr. 2.

8 *Kamerstukken II* 2022/23, 36372, nr. 4.

mer aangenomen.<sup>9</sup> Doxing is het openbaar maken van iemands persoonlijke, sensitieve en privéinformatie zoals adres, telefoonnummer, paspoort, werkgever, gegevens van familie en foto's van iemands kinderen. Dit – toekomstige – strafbare feit zal worden neergelegd in artikel 285d Sr.<sup>10</sup> In het tweede lid van deze strafbaarstelling is een strafverzwarende omstandigheid neergelegd:

*‘indien het feit, omschreven in het eerste lid, wordt gepleegd tegen een persoon in diens hoedanigheid van Minister, Staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder, lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, rechterlijk ambtenaar, advocaat, journalist of publicist in het kader van nieuwsgaring, ambtenaar van politie of buitengewoon opsporingsambtenaar wordt de op het feit gestelde gevangenisstraf met een derde verhoogd.’*

Na vijf keer uitstel zal eveneens per 1 januari 2024 de Omgevingswet in werking treden.<sup>11</sup> Met deze wet wil de overheid de regels voor ruimtelijke ontwikkeling vereenvoudigen en samenvoegen.<sup>12</sup> De doelen van de Omgevingswet zijn gelegen in het bieden van betere mogelijkheden voor een integraal beleid, een betere bruikbaarheid van het omgevingsrecht en een substantiële vereenvoudiging in het omgevingsrecht.

Een andere ontwikkeling waar op gewezen wordt, is de inwerkingtreding van de Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur per 1 januari 2023.<sup>13</sup> 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 integriteitkwesities.<sup>14</sup> Binnen dit thema past ook de inwerkingtreding van de Wet goed verhuurderschap per 1 juli 2023.<sup>15</sup> Deze wet introduceert een landelijke norm voor goed verhuurderschap en geeft gemeenten bevoegdheden om ongewenste vormen van verhuurderschap te voorkomen en tegen te gaan.<sup>16</sup> Het is op grond van deze wet mogelijk om een verhuurvergunning, zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 Wet goed verhuur-

derschap, te weigeren of in te trekken, indien sprake is van een ernstig gevaar van misbruik, zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 Wet Bibob.<sup>17</sup> Hiermee wordt de reikwijdte van de Wet Bibob verder verbreed.

Met betrekking tot de jurisprudentie kan worden gewezen op enkele interessante uitspraken. Naar aanleiding van een conclusie van advocaat-generaal Wattel<sup>18</sup> heeft de CRvB uitgemaakt dat het ‘evident onredelijk’-criterium ook geldt voor boetebesluiten. Het vasthouden aan een definitief besluit dat onmiskenbaar onjuist is, is evident onredelijk. Om de onmiskenbare onjuistheid van een definitief geworden besluit te kunnen vaststellen moet een oppervlakkige inhoudelijke beoordeling of een summier onderzoek voldoende zijn. Daarbij kan onder meer een rol spelen dat het bestuursorgaan de onjuistheid van de eerdere besluitvorming uitdrukkelijk heeft erkend.<sup>19</sup>

Voorts wordt in dit verband gewezen op een uitspraak over de gevolgen van een verbeurdverklaring van een pand voor boeterechtelijke aansprakelijkheid als overtreder,<sup>20</sup> een boetematiging en mogelijk faillissement,<sup>21</sup> een instandlating van een opgelegde bestuurlijke boete (€ 20.750) wegens overtreding van rust- en arbeidstijden<sup>22</sup> en een zaak waaruit blijkt dat een opgelegde bestuurlijke boete op grond van de Huisvestingswet in strijd is met het *lex certa*-beginsel.<sup>23</sup> In een andere zaak betreft de Afdeling de lange beslistermijn bij een matiging van 25% wegens overschrijding redelijke termijn.<sup>24</sup>

Er was discussie over de vraag hoe het strafrechtelijke begrip ‘functioneel daderschap’ zich verhoudt tot de uitleg van het begrip ‘overtreder’ in rechtszaken over bestuurlijke boetes, bestuursdwang- of dwangsombesluiten. De Afdeling heeft A-G Wattel verzocht om een conclusie te nemen over dit thema. Deze conclusie is verschenen op 15 februari 2023.<sup>25</sup> Uit twee uitspraken blijkt dat bij de uitleg van het begrip ‘overtreder’ in rechtszaken over bestuurlijke boetes, bestuursdwang- of dwangsombesluiten de Afdeling voortaan aansluit bij de uitleg die in het strafrecht aan het begrip ‘functioneel daderschap’ wordt gegeven. Dit geldt zowel voor zaken waarin de overtreder een natuurlijk persoon is als voor zaken waarin de overtreder een rechtspersoon is. De Afdeling bestuursrechtspraak nuanceert hiermee haar

9 Kamerstukken I 2022/23, 36171, nr. 42, item 16.

10 Kamerstukken I 2022/23, 36171, A.

11 Besluit van 20 maart 2023 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Omgevingswet, *Stb.* 2023, 89.

12 Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb.* 2016, 156.

13 Besluit van 13 december 2022, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur, *Stb.* 2022, 504.

14 Wet van 13 oktober 2022, houdende wijziging van de Gemeentewet, Provinciewet, Waterschapswet, Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en enige andere wetten in verband met het bevorderen van de bestuurlijke integriteit en de aanpak van aanhoudende bestuurlijke problemen in het decentraal bestuur (Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur), *Stb.* 2022, 444.

15 Besluit van 22 juni 2023 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet goed verhuurderschap en het Besluit goed verhuurderschap, *Stb.* 2023, 227.

16 Wet van 24 maart 2023, houdende regels ter bevordering van goed verhuurderschap en het voorkomen en tegengaan van ongewenste verhuurpraktijken (Wet goed verhuurderschap), *Stb.* 2023, 103.

17 Zie het bepaalde in art. 7 lid 2 onder c jo. lid 3 Wet goed verhuurderschap en art. 10, lid 2 en 3, Wet goed verhuurderschap.

18 Conclusie A-G Wattel 6 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2623, *NJB* 2023/42.

19 CRvB 19 juli 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:1363, *FutD* 2023-1953.

20 ABRvS 12 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2691.

21 Cbb 20 juni 2023, ECLI:NL:CBB:2023:303.

22 ABRvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2584, *NJB* 2023/1896.

23 ABRvS 10 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1836, *JB* 2023/132.

24 ABRvS 8 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:913, *JB* 2023/76.

25 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, *NJB* 2023/611.

rechtspraak en volgt op dit punt de zogenoemde conclusie die A-G Wattel eerder over dit onderwerp uitbracht.<sup>26</sup>

Bijzondere aandacht kan in dit verband worden gevestigd op het afscheid van John Vervaele als hoogleraar economisch en Europees strafrecht aan de Universiteit Utrecht. Op 10 maart 2023 sprak hij zijn afscheid uit, getiteld 'Naar een Europese herijking van het punitief handhavingsrecht?'.<sup>27</sup> Ter gelegenheid van zijn afscheid is hem een lijvig 'Liber amicorum' aangeboden, met daarin publicaties die ook voor het bijzonder strafrecht en ondernemingsstrafrecht relevant zijn.<sup>28</sup>

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, corruptie, bijzondere wetgeving (I en II), Europees strafrecht, cybercrime (en cybersecurity) en varia. De onderwerpen die in deze kroniek worden besproken hebben betrekking op de eerste helft van 2023. Ontwikkelingen die zich niet in deze periode hebben voorgedaan, zullen slechts incidenteel worden besproken.

## Fiscaal strafrecht

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

### Inleiding

In het onderdeel fiscaal strafrecht besteden wij aandacht aan de recente rechtspraak van de Hoge Raad en enkele uitspraken van feitenrechters. Daarnaast bespreken wij de wijziging van het AAFD-protocol, het protocol op basis waarvan fiscale strafzaken worden geselecteerd, en het eerste deel van het rapport naar de werkwijze van het Combiteam Aanpak Facilitators.

### Straftoemeting in fiscale strafzaken

Eerder is in deze kroniek aandacht besteed aan de straftoemeting in fiscale strafzaken. De Hoge Raad<sup>29</sup> heeft in dat kader richtlijnen gegeven over de beoordeling van een grote hoeveelheid belastingaangiften in een strafdossier, terwijl de tenlastelegging zich toespitst op slechts enkele. Grootschalige belastingfraude kan als 'omstandigheden waaronder het feit is begaan' in de straftoemeting worden meegewogen, mits dit uitdrukkelijk op de zitting aan de orde is geweest. Het wekt geen verbazing dat de rechtspraak deze richtlijnen ter

harte heeft genomen en tot uitdrukking brengt in het oordeel omtrent de straftoemeting.

In het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2022<sup>30</sup> is (daarnaast) aan de orde of sprake is van een rechtsgeldig inkeerverzoek. Verdachte was voorheen vennoot van een escortbureau, dat later is voortgezet als eenmanszaak. De ex-partner van verdachte heeft uit rancune, op eigen initiatief, een usb-stick met de administratie van het escortbureau overhandigd aan de Belastingdienst. Dit zag onder andere op de niet-aangegeven omzet. Volgens de Hoge Raad is dit geen rechtsgeldig inkeerverzoek in de zin van artikel 69 lid 3 AWR met betrekking tot de onjuiste en onvolledige belastingaangiften van de eenmanszaak van verdachte. Het aanleveren van de administratie door de ex-partner is niet namens de verdachte of als vertegenwoordiger van verdachte gedaan, maar op eigen initiatief. Verdachte komt daarom geen beroep op de inkeerregeling toe. De strafoplegging is volgens de Hoge Raad terecht gebaseerd op alle onjuiste aangiften en het fiscale nadeel, ondanks dat deze niet allemaal ten laste zijn gelegd en bewezen zijn verklaard. Het hof heeft namelijk vastgesteld dat de twee in de bewezenverklaring betrokken aangiften een selectie zijn van de andere betrokken aangiften en dat de werkwijze telkens dezelfde was. Van belang is dat het grootschalige karakter van de fraude op de terechtzitting aan bod is gekomen. Ook wordt verdachte veroordeeld voor het in voorraad hebben van Kamagra-pillen zonder de vereiste handelsvergunning. Ondanks dat volgens de Hoge Raad onvoldoende is gemotiveerd dat opzettelijk geen handelsvergunning voorhanden was, kan dit niet tot cassatie leiden wegens gebrek aan voldoende belang. De aard en ernst van het overige bewezen verklaarde wordt immers in zijn geheel beschouwd niet aangetast, mede getuige op het grootschalige karakter van de bewezen verklaarde fiscale fraude.

In een uitspraak van de Hoge Raad van 7 februari 2023<sup>31</sup> speelde de straftoemeting een rol in een zaak van een 70-jarige belastingadviseur, die strafrechtelijk werd vervolgd omdat hij over een periode van vijf jaar in aangiften inkomstenbelasting van derden zorg- en studiekosten had opgevoerd die niet waren gemaakt en giften in aftrek had gebracht die niet waren gedaan. De strafkamer van het hof Arnhem-Leeuwarden veroordeelde hem tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van acht maanden en gaf hem een beroepsverbod voor vijf jaar. Naast de 25 aangiften in de tenlastelegging verwees het hof naar een 'groot aantal' andere cliënten waarvoor onjuiste aangiften inkomstenbelasting zijn gedaan. Bij de afgetrokken kostenposten waren specifieke steeds terugkerende bedragen opgevoerd, waarbij sprake was van opmerkelijke overeenkomsten tussen de 25 in de bewezenverklaring genoemde aangiften en die van andere klanten van de belastingadviseur. De belastingadviseur heeft ter zitting bevestigd dat de vijf in de bewezenver-

26 Zie ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, JB 2023/148, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, JB 2023/149, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

27 J.A.E. Vervaele, *Naar een Europese herijking van het punitief handhavingsrecht?* (afscheidrede Utrecht), Den Haag: Eleven 2023.

28 F. de Jong, F. Kristen, K. Ligeti, M. Luchtman, J. Lindeman, S. Tosza, R. Widdershoven & D. Zaitch (red.), *Of swords and shields: dure process and crime control in times of globalization* (Liber amicorum prof. dr. J.A.E. Vervaele), Den Haag: Eleven 2023.

29 HR 19 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:896, NJ 2021/400, m.nt. A.H. Klip.

30 HR 20 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1900, NTFR 2023/97, m.nt. R.B.H. Beune.

31 HR 7 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:124, NJ 2023/170, m.nt. N. Keijzer.

klaring genoemde klanten ‘doorsnee klanten’ waren en het hof oordeelde vervolgens dat de in tenlastelegging genoemde cliënten voldoende representatief waren voor het merendeel van de ruim 4.500 aangiften die als afwijkend naar voren kwamen in het onderzoek van de FIOD. Volgens het hof was voldoende aannemelijk geworden dat sprake was van grootschalige fraude. Ook hier oordeelt de Hoge Raad dat de beslissing van het hof dat een grootschalig karakter van het delict een voor straftoemeting relevante omstandigheid betrof, geen onjuiste rechtsopvatting was en niet onbegrijpelijk was. Elders in deze kroniek zal nog aandacht worden besteed aan de ontnemingsprocedure in deze zaak (HR 7 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:123).

### Het AAFD-protocol

In de vorige editie van dit tijdschrift is de uitspraak van de Hoge Raad van 21 februari 2023 van een annotatie voorzien.<sup>32</sup> Dit oordeel van de Hoge Raad geeft antwoord op de vraag of het Openbaar Ministerie in strijd met het Protocol AAFD en het BBBB heeft gehandeld door tot strafvervolgning over te gaan in een zaak met een zeer beperkt fiscaal nadeel. In deze zaak ging het over feitelijk leidinggeven aan een rechtspersoon door opzettelijk valse facturen aan de Belastingdienst beschikbaar te stellen, waardoor te weinig belasting werd geheven. Volgens het hof mocht het Openbaar Ministerie overgaan tot strafvervolgning, doordat de zaak voldeed aan de criteria voor mogelijke strafvervolgning in het Protocol AAFD. De zaak leent zich namelijk voor de ‘thematische aanpak’ in de zin van paragraaf 2.2 onder j van het Protocol AAFD. Ook belemmert het voorschrift van paragraaf 15 onder 6 van het BBBB niet de strafvervolgning door het Openbaar Ministerie, omdat dit slechts ziet op het melden door een ambtenaar van de Belastingdienst van een vermoeden van een strafbaar feit bij de boete-fraudecoördinator en dat het dus gaat om meldingen binnen de Belastingdienst. Het Openbaar Ministerie is daar niet aan gebonden. De Hoge Raad bespreekt het Protocol AAFD en het BBBB. Op basis van de bespreking van deze regeling concludeert de Hoge Raad dat de beslissing van het hof niet onjuist en niet onbegrijpelijk was. Het cassatieberoep wordt verworpen. Met Van der Vorm zijn wij het graag eens dat de selectie van fiscale strafzaken vraagtekens oproept in relatie tot het rechtszekerheidsbeginsel.

Met ingang van 1 juli 2023 een nieuw Protocol AAFD in werking getreden.<sup>33</sup> Het lijkt erop dat bovenstaand arrest toch aanleiding heeft gegeven om het Protocol aan te passen, in die zin dat ook zaken kunnen worden geselecteerd in de gevallen waarin het nadeel onvoldoende bepaalbaar is. Deze aanpassing is naar onze mening geen verbetering. De overige wijzigingen zien op de af-

stemming met het Europees Openbaar Ministerie (EOM) en de toepassing van het Protocol op delicten die genoemd worden in de Wet op de internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen (WIBB). In de afgelopen jaren hebben diverse (fiscale) meldplichten (DAC6, DAC7 en CRS) ertoe geleid dat het niet voldoen aan deze verplichtingen ook een strafbaar feit kan opleveren. Met deze aanpassing lijkt het Openbaar Ministerie erop te anticiperen dat dergelijke delicten in de nabije toekomst in onderzoek worden genomen.

### Valsheid in geschrifte en bedrijfsadministratie

De Hoge Raad heeft weinig woorden nodig, maar de conclusie van A-G Hofstee legt een interessante discussie over de bedrijfsadministratie in relatie tot valsheid in geschrifte bloot.<sup>34</sup> In deze zaak was ten laste gelegd het feitelijk leidinggeven aan valselijk opmaken van de bedrijfsadministratie door valse stukken op te nemen in de administratie. In geschil is of de valse geschriften tijdens de pleegperiode in de administratie waren opgenomen. Verdachte stelt zich op het standpunt dat de valse documenten niet in de bedrijfsadministratie waren opgenomen tijdens de delictperiode. Daartoe voert verdachte aan dat de betreffende documenten tijdens het boekenonderzoek door de Belastingdienst niet zijn aangetroffen in de bedrijfsadministratie. Deze zijn op een later moment verstrekt aan de Belastingdienst, waardoor deze documenten zijn opgenomen in de bedrijfsadministratie. Volgens verdachte volgt niet uit de bewijsmiddelen op welk moment deze documenten aan de Belastingdienst zijn verstrekt en daarmee dus wanneer deze volgens verdachte zijn opgenomen in de bedrijfsadministratie. De A-G gaat niet mee in dit standpunt. Een document wordt niet pas onderdeel van de bedrijfsadministratie als dit aan de Belastingdienst is verstrekt. Het moment van verstrekken van gegevens aan de Belastingdienst is irrelevant voor de vraag of het onderdeel is van de administratie. De Hoge Raad gaat niet inhoudelijk op de zaak in en doet het af met artikel 81 Wet RO. Wat ons betreft is dit een logische conclusie. Het argument dat stukken pas tot de administratie behoren als ze zijn overgelegd aan de Belastingdienst, is naar onze mening nogal vergezocht en kan niet onderbouwd worden. In deze zaak is ook niet de valsheid in de bedrijfsadministratie uit artikel 69 AWR ten laste gelegd. Wij sluiten ons aan bij de conclusie van de A-G.

### Begrip aangifte

Verdachte is directeur en enig aandeelhouder van een autohandel, die veel auto's uit het buitenland importeert. Maandelijks worden BPM-aangiften gedaan op basis van eerdere meldingen bij de Belastingdienst. De meldingen werden geaccordeerd door een belastingdienstmedewerker die was omgekocht door verdachte. De meldingen waren echter onjuist doordat hij nooit accessoires van de auto aangaf, koerslijsten manipuleerde en nieuwe auto's aangaf als gebruikte auto's. Het hof

32 B. van der Vorm, 'Niet-ontvankelijkheid Openbaar Ministerie wegens handelen in strijd met Protocol AAFD en BBBB? Annotatie bij HR 21 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:237', *TBS&H* 2023, p. 132-134.

33 Protocol aanmelding en afdoening van fiscale delicten en delicten op het gebied van douane en toeslagen (Protocol AAFD 2023), nr. DGBD/2023-00000111280, *Stcr.* 2023, 16878.

34 HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:765, *RvdW* 2023/698 (art. 81 Wet RO) en Conclusie A-G 18 april 2023, ECLI:NL:PHR:2023:405.



veroordeelt verdachte tot een gevangenisstraf van twaalf maanden voor het leiding geven aan het opzettelijk onjuist doen van aangiften BPM en omzetbelasting. In cassatie stelt de verdachte dat het hof niet heeft beslist op de grondslag van de tenlastelegging, omdat de bewezenverklaring inhoudt dat de meldingen behorende bij de BPM-aangiften onjuist of onvolledig waren gedaan. Volgens de A-G kan een BPM-melding niet gelijk worden gesteld met een aangifte BPM. Ook is de A-G van mening dat een onjuiste BPM-melding niet zonder meer tot een onjuiste aangifte BPM leidt. De Hoge Raad volgt de A-G hierin niet.<sup>35</sup> Volgens de Hoge Raad gaf de beslissing van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door in de kern te oordelen dat de BPM-meldingen zo nauw samenhangen met de BPM-aangiften dat deze daarvan een integrerend onderdeel uitmaken. Het hof heeft daarmee dus niet de grondslag van de tenlastelegging verlaten door bewezen te verklaren dat de BPM-aangiften opzettelijk onjuist of onvolledig waren gedaan. Het lijkt erop dat de formele zienswijze over wat een aangifte is met dit arrest is verruimd, terwijl de Hoge Raad daar eerder kritisch op leek te zijn. De vraag is dan ook wat de exacte reikwijdte van dit oordeel is. Vallen toelichtingen of andere formaliteiten die ten grondslag liggen aan een aangifte dan nu ook onder het begrip ‘aangifte’? Wij verwachten in de toekomst meer rechtspraak over dit onderwerp.

### Varia rechtspraak

In de uitspraken van de gerechtshoven van de afgelopen periode zijn ons vooral de drie onderstaande zaken opgevallen.

Een eerste zaak van het hof Amsterdam<sup>36</sup> over btw-carrouselfraude, waarbij wordt vastgesteld dat de verdachte niet zelf btw-fraude heeft gepleegd. Aan de orde is dan of hij wist of had moeten weten dat hij door zijn verkoop van de goederen of diensten waarvoor aanspraak op het nultarief werd gemaakt, deelnam aan een keten van transacties waarin, in een eerder of later stadium, btw-fraude door een andere ondernemer werd gepleegd. Het hof oordeelt dat naar de zakenpartners van de verdachte geen strafrechtelijk onderzoek was ingesteld dan wel dat enkel een vermoeden van fraude bestond. Daarmee kan niet met een voor strafrechtelijke bewezenverklaring vereiste mate van zekerheid vastgesteld worden dat de zakenpartners betrokken waren geweest bij btw-fraude in de handelsketen met verdachte. Dat betekende dat niet kon worden vastgesteld dat verdachte ten onrechte het nultarief had toegepast. Het hof bevestigde de vrijspraak van de rechtbank.

In een tweede zaak van het hof 's-Hertogenbosch<sup>37</sup> werd een oordeel geveld over de verhouding tussen de dga en de boekhouder van een bedrijf in relatie tot aangiften

omzetbelasting. De dga heeft in de periode dat de aangifte ingediend moest worden meerdere malen bij de boekhouder geïnformeerd naar de status en hem werd – ten onrechte – bevestigd dat zij bezig was met de aangifte. Het hof oordeelt daarom dat de dga niet tekort is geschoten in zijn samenwerking met de boekhouder. Hij had namelijk geen reden om te vermoeden dat de boekhouder tekortschoot bij het indienen van de aangifte. Er kan aldus niet worden bewezen dat de dga opzet had op het niet doen van aangifte omzetbelasting. Het hof spreekt daarom vrij.

Gelet op de aandacht voor procesafspraken ook in dit onderdeel een uitspraak waarin de gemaakte procesafspraken in een fiscale strafzaak worden overgenomen door het hof Amsterdam.<sup>38</sup> Het gaat om een verdachte die als feitelijk leidinggever meermalen opzettelijk accijnsgoederen voorhanden heeft gehad en tevens wordt verdacht van het medeplegen van valsheid in geschrifte. In dit geval wordt, mede door het tijdsverloop, de overschrijding van de redelijke termijn en de persoonlijke omstandigheden, de onvoorwaardelijke gevangenisstraf teruggebracht tot het aantal dagen dat de verdachte in voorarrest heeft gezeten. De door de rechtbank opgelegde geldboete blijft wel in stand.

### Overig (CAF-onderzoek openbaar)

Het eerste deel van het KPMG-onderzoek naar de werkwijze en aanpak van het voormalig CAF-team (Combiteam Aanpak Facilitators) is gedeeld met de Tweede Kamer.<sup>39</sup> Het tweede deel van het onderzoek wordt eind 2023 verwacht. Het CAF-team hield zich bezig met het onderzoeken van signalen van mogelijke fraude bij tussenpersonen, zoals belastingadviseurs. Het is opgericht in 2013, onder andere naar aanleiding van de Bulgarenfraude, en uiteindelijk in januari 2021 stopgezet. De conclusies over de werkwijze van het CAF-team zullen volgen in het tweede deel van het onderzoek. Uit dit eerste deel volgt de algemene werkwijze, de opdracht en hoe het team was gepositioneerd binnen de Belastingdienst. Wat vooral opvalt is dat rondom het CAF-team weinig formeel vastgelegde documentatie bestaat. Dit duidt dus op een vrij informele organisatiestructuur, hetgeen onwenselijk lijkt voor de specifieke taken van het CAF-team. De sturing en navolgbaarheid van besluiten van het team leek beperkt. Dit lijkt met name te komen door snelheid waarmee het CAF-team is opgezet en door de oorspronkelijke bedoeling dat het CAF-team een looptijd van één jaar zou hebben. Uit het onderzoek volgt dat de structuur en waarborgen van het team slechts op hoofdlijnen waren uitgewerkt, en gaandeweg verder zijn ingevuld. Ook blijkt uit het onderzoek dat er vanuit het management een sterke focus lag op de (te boeken) resultaten van het team. Bovendien was de opdracht om experimenteel te werken en grenzen op te zoeken. In het plan van aanpak van het CAF-team is vermeld ‘Als niet op voorhand duidelijk is dat iets niet moge-

35 HR 27 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:974, NLF 2023/1608, m.nt. Roel Kerckhoffs.

36 Hof Amsterdam 23 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:795, FutD 2023-0942.

37 Hof 's-Hertogenbosch 11 april 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1368, NTFR 2023/855, m.nt. F.A.C. den Ouden.

38 Hof Amsterdam 2 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1032.

39 Kamerbrief 5 juli 2023, Reactie onderzoek deel I werkwijze voormalig Combiteam Aanpak Facilitators.

lijk is binnen de huidige regelgeving, doen we het.' De vraag die dan opkomt is hoe deze werkwijze is toegepast. Dat zal nader worden uitgewerkt in het tweede deel van het onderzoek van KPMG. Wordt vervolgd.

## Financieel strafrecht

Verzorgd door prof. mr. M. Nelemans, mr. N.M.D. van der Aa en mr. F.A.L. Leegstra

### Inleiding

Deze paragraaf bespreekt achtereenvolgens 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) Beleid op het gebied van toezicht en handhaving; (v) Sancties; (vi) Marktmissbruik; (vii) Ontnemings; (viii) Procesafspraken en (ix) Strafbeschikkingen.

#### i. Wwft en witwassen: beleid

Op 10 mei 2023 publiceerde het Openbaar Ministerie (OM) het OM Jaarbericht 2022,<sup>40</sup> waarin het schrijft dat Nederland in 2022 wereldwijd tot de koplopers in de aanpak van witwassen behoorde.<sup>41</sup> In het kader van die voortvarende aanpak bespraken wij in de vorige editie het wetsvoorstel Plan van aanpak witwassen en de daarop geuite kritiek van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP).<sup>42</sup> De AP zou nagaan of haar advies is overgenomen en kwam op 26 januari 2023 met een *position paper*, waarin het: *'ondanks de goede verbeteringen die zijn doorgevoerd én zoals ook volgde uit het eerdere advies, bijzonder kritisch'* is over het voorliggende herziene wetsvoorstel.<sup>43</sup> De AP ziet nog steeds een vorm van massasurveillance die kan leiden tot uitsluiting en het ontstaan van risico's op discriminatie. Ook de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) kwam met een advies met betrekking tot het wetsvoorstel Plan van aanpak witwassen.<sup>44</sup> Daarin dringt de NOvA aan op de heroverweging van het nieuwe artikel 3b Wwft, dat voorziet in de mogelijkheid om in uitzonderlijke gevallen gegevens op te vragen van een andere/vorige dienstverlener, waaronder een advocaat. De NOvA kan het voordeel hiervan inzien, maar stelt dat dat voordeel de inbreuk op de geheimhoudingsplicht van advocaten niet rechtvaardigt.

Ook publiceerde de NOvA een nieuwe beleidsregel Toezicht Wwft 2023, die met ingang van 1 januari 2023 in

werking is getreden.<sup>45</sup> Daarin is onder andere de verplichting tot het volgen van een één- of tweejaarlijkse Wwft-cursus ten aanzien van advocaten die geen Wwft-zaken doen, komen te vervallen.

Vanuit de bankensector publiceerde de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) vijf standaarden met uitgangspunten rondom risicogebaseerd witwasonderzoek en de poortwachtersrol die banken daarbij vervullen.<sup>46</sup> De standaarden komen voort uit de rondetafelgesprekken die De Nederlandsche Bank (DNB) samen met de banken voerde. Banken zouden hun rol als poortwachter hiermee proportioneel en met focus op de echte risico's kunnen uitvoeren. Zo hoeven bonafide klanten volgens de nieuwe NVB-standaarden voortaan minder intensief te worden gecontroleerd.

In de vorige editie schreven wij over het rapport 'Van herstel naar balans' van DNB met betrekking tot trustkantoren.<sup>47</sup> Eind juni kwam DNB als *follow-up* met een *factsheet* inzake het cliëntenonderzoek door trustkantoren.<sup>48</sup>

Het voorgaande laat zien dat regelmatig wordt gekalibreerd tussen effectiviteit en werkbaarheid, mede om de regeldruk dragelijk te houden. Dat blijft een actueel thema. De minister van Financiën informeerde in februari van dit jaar in een Kamerbrief over de uitkomsten van een onderzoek naar de regeldruk als gevolg van de Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn (AMLD5).<sup>49</sup> Volgens de minister is een belangrijke conclusie van het onderzoek dat de regeldruk voor kleine instellingen relatief hoger ligt dan bij grote instellingen. Die hogere lasten voor kleine instellingen zijn volgens de minister een prioriteit in de beleidsagenda aanpak witwassen.

De minister berichtte in mei de Kamer over die beleidsagenda aanpak witwassen en de voortgang daarvan.<sup>50</sup> De risicogebaseerde aanpak blijft het uitgangspunt van de aanpak om witwassen te voorkomen, waarbij het gaat om een afweging tussen 'streng waar nodig' en 'ruimte waar mogelijk'. Volgens de minister is de afgelopen periode samen met publieke belanghebbenden gewerkt aan het uitvoeren van de vervolgacties in de beleidsagenda en organiseert DNB verschillende ronde tafels.

Eerder bespraken wij de uitspraak van het HvJ EU over het UBO-register.<sup>51</sup> In reactie op die uitspraak vroeg de minister van Financiën de Kamer van Koophandel om

40 OM Jaarbericht 2022, teraadplegen via [www.om.nl/documenten/jaarverslagen/om/map/2019-en-verder/om-jaarbericht-2022](http://www.om.nl/documenten/jaarverslagen/om/map/2019-en-verder/om-jaarbericht-2022).

41 Hetgeen onder meer blijkt uit een evaluatie van de Financial Action Task Force (FATF), waar wij in de vorige editie reeds over berichtten.

42 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 36-37.

43 Schriftelijke inbreng Autoriteit Persoonsgegevens Rondetafelgesprek Wetsvoorstel Plan van Aanpak Witwassen, 26 januari 2023.

44 Wetgevingsadvies: 'Wetsvoorstel plan van aanpak witwassen', 15 maart 2023, te raadplegen via: [www.advocatenorde.nl/juridische-databank/download/wetgevingsadviezen/1931/1](http://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/download/wetgevingsadviezen/1931/1).

45 *Nieuwe Beleidsregel Toezicht Wwft 2023*, Nederlandse Orde van Advocaten, te raadplegen via: [www.advocatenorde-amsterdam.nl/84263/wwft-2023](http://www.advocatenorde-amsterdam.nl/84263/wwft-2023).

46 'Minder klantimpact door NVB Standaarden voor risicogebaseerd witwasonderzoek', Nvb.nl 30 mei 2023.

47 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 36.

48 'Cliëntenonderzoek door Trustkantoren in relatie tot het rapport "Van herstel naar balans"', Dnb.nl 26 juni 2023.

49 Kamerbrief 16 februari 2023, Evaluatie regeldruk AMLD5.

50 Kamerbrief 17 mei 2023, Voortgang beleidsagenda aanpak witwassen.

51 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 37.

tijdelijk geen informatieverstrekingen uit het UBO-register te verzorgen.<sup>52</sup> Inmiddels liet de minister weten dat de toegang tot het UBO-register beperkt moet worden tot (i) bevoegde autoriteiten en de Financial Intelligence Unit (FIU); (ii) meldingsplichtige instellingen en personen; en (iii) organisaties die een legitiem belang kunnen aantonen.<sup>53</sup> Op 30 mei 2023 is daartoe het conceptvoorstel voor de Wijzigingswet beperking toegang UBO-registers in consultatie gegaan.<sup>54</sup>

#### ii. *Wwft en witwassen: rechtspraak*

In 2022 stroomden volgens het eerder aangehaalde OM Jaarbericht 4.351 witwaszaken in.<sup>55</sup> Dat is een afname ten opzichte van 2021 (met 5.820 ingestroomde witwaszaken), maar sluit aan bij de cijfers van 2020.

In het kader van witwasrechtspraak bespreken wij twee uitspraken van maart van dit jaar. Als eerste die van de Hoge Raad van 28 maart 2023.<sup>56</sup> Het cassatiemiddel klaagde over de bewezenverklaring, onder meer omdat was bewezen verklaard dat de verdachte de vindplaats van geldbedragen had verborgen en verhuld. Bij verdachte waren in de zak van zijn trui en onder de bijrijdersstoel twee pakken geld van elk ongeveer € 10.000 aangetroffen. Na een bespreking van de wetsgeschiedenis omtrent verbergen en verhullen, oordeelt de Hoge Raad dat uit de bewijsvoering van het hof niet méér kan worden afgeleid dan dat de verdachte de geldbedragen heeft meegevoerd in zijn kleding en onder een auto-stoel. De bewezenverklaring voor wat betreft het ‘verbergen en verhullen van de vindplaats’ is daarom, mede gelet op de besproken wetsgeschiedenis, ontoereikend gemotiveerd. In zoverre is de klacht dus gegrond, maar dat hoeft niet tot cassatie te leiden, aldus de Hoge Raad. Nu het hof ook heeft bewezen verklaard dat de verdachte de betreffende geldbedragen voorhanden heeft gehad terwijl hij redelijkerwijs had moeten vermoeden dat deze afkomstig waren uit enig misdrijf, en het hof kennelijk oordeelde dat sprake was van eendaadse samenloop met betrekking tot het verbergen en verhullen en dit voorhanden hebben van de geldbedragen, heeft de verdachte geen belang bij zijn klacht.

Dan benoemen wij nog een uitspraak van het hof Amsterdam van 24 maart 2023.<sup>57</sup> Aan verdachte werd onder meer ten laste gelegd het witwassen van een geldbedrag van € 12.160. Het hof sprak verdachte ten aanzien van het witwasverwijt vrij. Het geldbedrag werd aangetroffen tijdens een doorzoeking op grond van de Wet wapens en munitie. Het geld bevond zich in contanten van verschillende coupures in een opgeborgen koffer in de

kamer van de verdachte in een hostel. Het hof is van oordeel dat de omstandigheden waaronder dit geldbedrag is aangetroffen het vermoeden rechtvaardigden dat het een criminele herkomst heeft. Dat witwasvermoeden wordt door de verklaring van verdachte echter voldoende ontzenuwd. Verdachte heeft verklaard dat hij een appartement in Marokko en zijn bedrijf in Amsterdam heeft verkocht. In verband met de verkoop van het bedrijf ontving verdachte maandelijks als aflossing € 4.166,66. Verdachte overlegde ter onderbouwing de verkoopakte van het appartement, een koopovereenkomst, een overeenkomst van geldlening betreffende de verkoop van het bedrijf en bankafschriften. Volgens het hof is niet wettig en overtuigend bewezen dat het geldbedrag van enig misdrijf afkomstig is.

Verder wijzen wij nog kort op twee opgelegde geldboetes wegens niet-naleving van de Wwft. Travelex ontving een boete van € 100.000 van DNB vanwege het te laat melden van ongebruikelijke transacties<sup>58</sup> en de rechtbank Amsterdam veroordeelde accountantskantoor EY tot een geldboete van € 240.000 gezien het niet onverwijd melden van meerdere ongebruikelijke transacties.<sup>59</sup>

#### iii. *Cryptovaluta en witwassen*

Op het terrein van cryptovaluta en witwassen hebben zich het afgelopen halfjaar enkele beleidsmatige ontwikkelingen voorgedaan, waaronder met betrekking tot de aankomende Europese Anti-witwasverordening en -richtlijn (AMLD6). AMLD6 voorziet primair in een uitbreiding van de EU-regels rondom de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme tot alle aanbieders van crypto-activadiensten. Nadat de Europese Raad zich op 7 december 2022 over AMLD6 uitliet,<sup>60</sup> stemde het Europees Parlement op 19 april 2023 in met het starten van de onderhandelingen tussen de EU-instellingen.<sup>61</sup> Wel uitte de European Data Protection Board (EDPB) kritiek op de nieuwe richtlijn.<sup>62</sup> De EDPB doet een oproep om bepalingen omtrent de bevoegdheid tot het delen van data niet in de uiteindelijke antiwitwaswetgeving op te nemen.<sup>63</sup>

52 Kamerbrief 22 november 2022, Tijdelijk geen informatieverstrekingen uit het UBO-register naar aanleiding van uitspraak EU Hof.

53 Kamerbrief 23 januari 2023, Analyse en opvolging uitspraak Hof van Justitie van de Europese Unie over het UBO-register.

54 Consultatie Wijzigingswet beperking toegang UBO-registers, te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl/beperkingtoeganguboregisters/b1](http://www.internetconsultatie.nl/beperkingtoeganguboregisters/b1).

55 OM Jaarbericht 2022, te raadplegen via [www.om.nl/documenten/jaarverslagen/om/map/2019-en-verder/om-jaarbericht-2022](http://www.om.nl/documenten/jaarverslagen/om/map/2019-en-verder/om-jaarbericht-2022).

56 HR 28 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:462, *NJB* 2023/988.

57 Hof Amsterdam 24 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:780.

58 'Boete voor Travelex vanwege het te laat melden van ongebruikelijke transacties', *Dnb.nl* 9 februari 2023.

59 *Rb. Amsterdam* 15 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7570, *TvSO*/17670, m.nt. M. van der Linden.

60 'Europese Raad eens over "AML Rulebook"', *Bijzonderstrafrecht.nl* 14 december 2022.

61 'Nieuwe EU-maatregelen tegen witwassen en financiering van terrorisme', *Bijzonderstrafrecht.nl* 28 maart 2023 en 'E210022 – Voorstel voor een richtlijn en voor een verordening betreffende de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of financiering van terrorisme', te raadplegen via [www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e210022\\_voorstel\\_voor\\_een](http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e210022_voorstel_voor_een).

62 EDPB letter to the European Parliament, the Council, and the European Commission on data sharing for AML-CFT purposes in light of the Council's mandate for negotiations, te raadplegen via [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/letters/edpb-letter-european-parliament-council-and-european\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/letters/edpb-letter-european-parliament-council-and-european_en).

63 'EDPB: neem bevoegdheid om data te delen voor witwasbestrijding niet op in wet', *Bijzonderstrafrecht.nl* 18 april 2023.



Daarnaast namen de Europese Raad en het Europees Parlement recentelijk een verordening aan in het kader van transparantie bij cryptoactiva-overmakingen.<sup>64</sup> Volgens de nieuwe regels die deze verordening introduceert, zijn aanbieders van crypto-activadiensten verplicht om bepaalde informatie over de afzender en de begunstigde van de overdrachten te verzamelen en toegankelijk te maken. Deze zogenoemde *crypto travel rule* zou moeten leiden tot het traceerbaar maken van overmakingen van cryptoactiva van *unhosted wallets*.<sup>65</sup>

Verder voerde de Europese Bankautoriteit (EBA) wijzigingen door in haar richtsnoeren betreffende risicofactoren voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. Met deze wijzigingen zijn de richtsnoeren nu ook van toepassing op aanbieders van crypto-activadiensten. De EBA lanceerde een openbare consultatie van de voorgestelde wijzigingen, die zal lopen tot 31 augustus 2023.<sup>66</sup>

Daarnaast rondde het Financieel Expertise Centrum (FEC) de monitoringsfase af van het project om illegale aanbieders van cryptodiensten in beeld te brengen.<sup>67</sup> Cryptodienstverleners die in of vanuit Nederland actief zijn, zijn op grond van de Wwft verplicht zich te registreren bij DNB. Het project leverde signalen op over 36 cryptodienstverleners die mogelijk zonder deze benodigde registratie in of vanuit Nederland actief waren. DNB volgde deze signalen op en dat leidde in een aantal gevallen tot bestuursrechtelijke handhaving. Een van deze gevallen betreft Coinbase Europe Limited. Dit bedrijf kreeg begin dit jaar een boete opgelegd van € 3.325.000.<sup>68</sup>

#### *iv. Beleid op het gebied van toezicht en handhaving*

Voor wat betreft beleid in het toezichts- en handhavingss domein wijzen wij op een zestal ontwikkelingen. Op Europees terrein verscheen ten eerste het jaarverslag 2022 van het Europees Openbaar Ministerie (EOM), het eerste volledige kalenderjaar waarin het EOM actief was. Het rapport toont volgens het EOM zelf een duidelijke focus op EU-fraude met gevolgen voor de overheidsinkomsten, met name grensoverschrijdende btw-fraude. Eind vorig jaar liepen bij het EOM 1.117 actieve onderzoeken met een totale geraamde schade van 14,1 miljard euro, waarvan bijna de helft voortkomend uit btw-fraude.<sup>69</sup>

Ten tweede wijzen wij op de uitvraag van de Europese toezichtautoriteiten om beter te begrijpen op welke gebieden de financiële sector kwetsbaar is voor risico's ten aanzien van *greenwashing*.<sup>70</sup> Die uitvraag deden zij in het kader van de strategie van de Europese Commissie voor het financieren van de transitie naar een duurzame economie.

In eigen land meldt de AFM in verband met *greenwashing* dat voor 2024 nog grote stappen nodig zijn in de jaarverslaggeving ten aanzien van daarin verstrekte duurzaamheidsinformatie.<sup>71</sup> De AFM deed vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) een verkenning naar de klimaatrapportages van 27 beursgenoteerde ondernemingen. De helft daarvan licht de negatieve effecten op milieu en samenleving volgens de AFM niet of beperkt toe en is niet duidelijk over de wijze waarop zij hun klimaatdoelstellingen denken te bewerkstelligen.

Voorts publiceerde de AFM haar AFM Agenda 2023 en een vernieuwde AFM Strategie (2023-2026).<sup>72</sup> Volgens de AFM raken en versterken de ontwikkelingen op het gebied van digitalisering, duurzaamheid en internationalisering elkaar. Op die thema's zet de Agenda 2023 dan ook in, tezamen met de thema's pensioenstelsel, klantbelang, bedrijfsvoering en audit, en datagebruik voor doorlopend toezicht.

Verder verwijzen we nog naar het Jaarverslag 2022 dat het Bureau Financieel Toezicht (BFT) in april publiceerde.<sup>73</sup> Volgens het BFT maakte het in 2022 een vertaalslag van eerder gestelde ontwikkelingslijnen naar drie ambities waaraan het BFT ook in de komende jaren prioriteit geeft. Die ambities betreffen: het sturen op duurzame impact, het bestrijden van ondermijning en het inspelen op technologische ontwikkelingen.

Tot slot benoemen wij het WODC-onderzoek naar zelfonderzoek en zelfmelden van fraude en corruptie door bedrijven.<sup>74</sup> Het onderzoek maakt ten eerste overzichtelijk hoe, naast Nederland zelf, vier andere landen met zelfonderzoek en zelfmelding omgaan. Daarnaast zijn de perceptie en meningen van deskundigen over de Nederlandse situatie in kaart gebracht. Daaruit blijkt onder andere dat betrokken deskundigen efficiëntie en informatievoorziening als opbrengsten van zelfonderzoek en zelfmelding beschouwen. Ook wijzen zij op de risico's van zelfonderzoek en zelfmelding, bijvoorbeeld in verband met de kwaliteit van het onderzoek en de beïnvloeding door onderzoekers en opdrachtgevers. Volgens de meesten is nadere regulering wenselijk, al zijn zij niet

64 Verordening (EU) 2023/1113 van het Europees Parlement en de Raad betreffende bij geldovermakingen en overdrachten van bepaalde cryptoactiva te voegen informatie en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849.

65 'Witwassen: Raad neemt regels aan die overmakingen van cryptoactiva traceerbaar maken', Consilium.europa.eu.nl 16 mei 2023.

66 'Consultation on revised Guidelines on money laundering and terrorist financing (ML/TF) risk factors (EBA/CP/2023/11)', Eba.europa.eu 31 mei 2023.

67 'FEC-project brengt illegale cryptodienstverleners in kaart', Fec-partners.nl 27 maart 2023.

68 'Boete voor Coinbase Europe Limited vanwege het tot 22 september 2022 zonder de wettelijk vereiste registratie aanbieden van cryptodiensten in Nederland', Dnb.nl 26 januari 2023.

69 'Annual Report 2022: EPPO puts spotlight on revenue fraud', Eppo.europa.eu 1 maart 2023.

70 'De Europese toezichtautoriteiten publiceren een uitvraag over greenwashing', Dnb.nl 9 december 2022.

71 'Voor 2024 nog grote stappen nodig in duurzaamheidsinformatie jaarverslaggeving', Afm.nl 30 maart 2023.

72 'Agenda 2023: huidige financiële ontwikkelingen raken alles en iedereen en versterken elkaar', Afm.nl 12 januari 2023.

73 'BFT presenteert Jaarverslag 2022', Bureauft.nl 4 april 2023.

74 C.A. Meerts (e.a.), *Zelfonderzoek en zelfmelden van fraude en corruptie door bedrijven*, Amsterdam: WODC 2023.



eensgezind over hoe daar concreet vorm aan moet worden gegeven.

#### v. Sancties

Naar aanleiding van de Russische oorlog in Oekraïne vaardigde de Europese Unie in 2022 negen sanctiepakketten uit. In deze eerste helft van 2023 nam de Europese Unie nog een tiende<sup>75</sup> en elfde<sup>76</sup> sanctiepakket aan. Het tiende sanctiepakket voegde meer personen en entiteiten toe aan de sanctielijst en stelde meer verboden in op de export en import van bepaalde goederen. Ook zette dit pakket al in op extra maatregelen tegen sanctie-omzeiling. Het elfde sanctiepakket borduurt hierop voort en staat expliciet in het teken van het tegengaan van het omzeilen van sancties.

Eind februari werd in een Kamerbrief terug- en vooruitgeblikt op een jaar Russische oorlog in Oekraïne.<sup>77</sup> In de brief informeert het kabinet onder andere over de inzet op een breed palet aan anti-omzeilingsmaatregelen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om het opzetten van een anti-omzeiling-contactpunt in Brussel voor het delen van informatie en het maken van analyses. Twee weken na deze Kamerbrief berichtte onder andere *Het Financieel Dagblad* dat het OM 45 strafrechtelijke onderzoeken heeft gestart in het kader van het omzeilen van de Russische sanctiewetgeving door bedrijven en personen.<sup>78</sup>

Verder was het op 8 maart 2023 voor het eerst na de Russische invasie in Oekraïne dat een plaatsing op de Europese sanctielijst stukliep bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>79</sup> Het Hof verklaarde de toegepaste beperkende maatregelen op mevrouw Violetta Prigozhina nietig. Zij was op de sanctielijst geplaatst wegens de banden met haar ook op de sanctielijst geplaatste zoon.<sup>80</sup> Het Hof achtte die banden uitsluitend gebaseerd op hun familierelatie, hetgeen niet volstaat om haar opneming op de sanctielijst te rechtvaardigen.

In de vorige editie berichtten wij over het voorstel van de Raad van de Europese Unie voor een richtlijn op het gebied van de strafbaarstelling van schendingen van EU-sancties.<sup>81</sup> Begin 2023 publiceerde de minister van Justitie en Veiligheid een beslisnota waaruit volgt dat het kabinet dit voorliggende voorstel steunt.<sup>82</sup>

75 Aangenomen op 24 februari 2023, zie onder meer: [www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/02/26/eu-sancties-tiende-sanctiepakket-rusland-nieuws](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/02/26/eu-sancties-tiende-sanctiepakket-rusland-nieuws).

76 Aangenomen op 23 juni 2023, zie onder meer: [www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/06/23/europese-unie-elfde-sanctiepakket-nieuws-sancties](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/06/23/europese-unie-elfde-sanctiepakket-nieuws-sancties).

77 Kamerbrief 20 februari 2023, Terug- en vooruitblik na een jaar Russische oorlog in Oekraïne.

78 'Al 45 strafrechtelijke onderzoeken naar overtredingen sancties tegen Rusland', Fd.nl 4 maart 2023.

79 'Eerste plaatsingen op Europese sanctielijst na Russische invasie Oekraïne sneuvelen bij HvJ EU', *Bijzonderstrafrecht.nl* 16 maart 2023.

80 HvJ EU 8 maart 2023, T-212/22, ECLI:EU:T:2023:104.

81 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 39.

82 Beslisnota bij BNC-fiche Richtlijn Strafbaarstelling schending van beperkende maatregelen van de EU, minister van Justitie en Veiligheid 18 januari 2023.

Op 31 maart 2023 besloot de Raad van de Europese Unie tot wijziging van een aantal besluiten van de Raad betreffende beperkende maatregelen. De wijziging ziet op de invoeging van bepalingen inzake een humanitaire vrijstelling van de maatregelen op bevrozing van tegoeden.<sup>83</sup>

Ook deed DNB onderzoek naar de naleving van de sanctieregelgeving door financiële instellingen. In dit onderzoek bekeek DNB of die instellingen hun bedrijfsvoering hiervoor goed hebben ingericht. DNB concludeert dat sprake is van 'een stevige basis, maar ook ruimte voor verbetering'.<sup>84</sup>

#### vi. Marktmisbruik

Op het gebied van marktmisbruik wijzen wij op de aangifte van de AFM wegens handel met voorwetenschap bij de overname van Hunter Douglas. Deze zaak is geseponeerd door het OM.<sup>85</sup>

#### vii. Ontneming

Uit het OM Jaarbericht 2022 blijkt het aantal ontneemingsvorderingen dat sinds 2018 is ingesteld, is gehalveerd: van 2.200 naar 1.100 ingestelde vorderingen. Ook blijkt dat zowel de gerealiseerde incasso van afpakgel-den als de gerealiseerde waarde van beslag zijn afgenomen.<sup>86</sup>

In februari van dit jaar lag een zaak op het gebied van ontneming bij de Hoge Raad voor.<sup>87</sup> De kwestie betrof een belastingadviseur die aangiften inkomstenbelasting van zijn cliënten valselijk had opgemaakt en bij de Belastingdienst had ingediend. Het hof Arnhem-Leeuwarden had hem ter zake van valsheid in geschrifte veroordeeld. Naar het oordeel van het hof bleek echter niet dat betrokkene uit het bewezenverklaarde handelen wederrechtelijk voordeel had genoten. Cliënten betaalden de adviseur € 60, ongeacht of de aangifte juist of onjuist was opgemaakt. Daarom kon volgens het hof niet gezegd worden dat betrokkene er zelf een voordeel van had als een aangifte valselijk werd opgemaakt. Dat zou anders zijn geweest als betrokkene deze handelswijze hanteerde om zijn klantenbestand te vergroten en zodoende meer inkomsten genereerde. Volgens de Hoge Raad getuigt dit oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip 'wederrechtelijk verkregen voordeel' in de zin van artikel 36e Sr.

83 Besluit van de Raad tot wijziging van een aantal besluiten van de Raad betreffende beperkende maatregelen met het oog op de invoeging van bepalingen inzake een humanitaire vrijstelling, 31 maart 2023, te raadplegen via: <https://eurlex.europa.eu/legal/content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023D0726>.

84 'Sanctiewet-onderzoeken: een stevige basis, maar ook ruimte voor verbetering', *Dnb.nl* 31 mei 2023.

85 'OM veegt felbevochten aangifte AFM in zaak rond Hunter Douglas van tafel', Fd.nl 27 februari 2023.

86 OM Jaarbericht 2022, te raadplegen via [www.om.nl/documenten/jaarverslagen/om/map/2019enverder/omjaarbericht2022](http://www.om.nl/documenten/jaarverslagen/om/map/2019enverder/omjaarbericht2022).

87 HR 7 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:123, *NJ* 2023/138, m.nt. A.J. Machielse.

Voorts wijzen wij nog op een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 16 maart 2023.<sup>88</sup> In deze zaak achtte de rechtbank het niet redelijk om het totale geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen, waardoor de rechtbank naar redelijkheid bepaalde dat veroordeelde 10% daarvan niet hoeft terug te betalen.

Ook noemden wij in de twee meest recent verschenen edities van deze kroniek reeds het wetsvoorstel Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II.<sup>89</sup> Dit wetsvoorstel is op 29 december 2022 voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State, die vervolgens op 3 mei 2023 haar advies heeft uitgebracht.<sup>90</sup> Daarin maakt de Afdeling een aantal opmerkingen bij het voorstel. Zo ziet de Afdeling onder andere graag een toelichting op de meerwaarde en reikwijdte van de voorgestelde uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid bij de ontnemingsmaatregel, en adviseert zij de samenhang tussen de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel helder toe te lichten.

Ten slotte bespraken wij in de vorige editie dat het wetsvoorstel Confiscatie criminele goederen voor advies aan de Raad van State was voorgelegd.<sup>91</sup> Dat advies is inmiddels gepubliceerd.<sup>92</sup> De Afdeling schrijft begrip te hebben voor de wens om nieuwe instrumenten te verkennen die kunnen bijdragen aan een effectievere bestrijding van de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit. Daarbij dient tegelijkertijd wel een balans te worden gevonden met het belang van de bescherming van fundamentele rechten en andere belangrijke constitutionele uitgangspunten, en dat gewenste evenwicht is in het wetsvoorstel nog niet bereikt. De Afdeling vraagt daarom om aanpassing van de wettekst en toelichting.

#### viii. Procesafspraken

Op het gebied van procesafspraken in het financieel strafrecht vermelden wij ten eerste een witwaszaak waarin procesafspraken zijn gemaakt in de vorm van een afdoeningsvoorstel.<sup>93</sup> Ten laste van de verdachte is bewezen verklaard dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan het medeplegen van gewoontewitwassen en aan deelname aan een criminele organisatie. Het afdoeningsvoorstel houdt het volgende in: (i) de veroordeling van verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 1048 dagen, waarvan 720 voorwaardelijk; (ii) de verbeurdverklaring van enkele inbeslaggenomen voorwerpen; en (iii) de verrekening van de waarde van de verbeurdverklarde voorwerpen met de betalingsverplichting die aan verdachte is opgelegd in de gelijktijdig behandelde ontnemingszaak en de bepaling dat een

eventueel resterend gedeelte in mindering gebracht zal worden op de betalingsverplichting die aan medeverdachte is opgelegd in de jegens hem behandelde ontnemingszaak. Het hof 's-Hertogenbosch was van oordeel dat de in het voorstel opgenomen sanctiebeslissingen in redelijke verhouding staan tot de ernst van de zaak en ging met dit afdoeningsvoorstel akkoord. Daarbij nam het hof mede in overweging dat sprake is van oude feiten en dat de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM was overschreden. Ook achtte het hof van belang dat de verbeurdverklaring van de voorwerpen in feite teruggave aan de maatschappij met zicht brengt. Bovendien speelde voor het hof mee dat met het voorstel het ontnemingsvonnis definitief zal worden.

Ten tweede berichtte het OM afgelopen mei over gemaakte procesafspraken met twee verdachten van witwassen.<sup>94</sup> De strafeisen, die het OM zelf mild in hoogte noemde, zijn onderdeel van de procesafspraken die zijn gemaakt. Er is onder andere afgesproken dat verdachten geen verweer kunnen voeren tegen de ten laste gelegde feiten en dat de verdachten afstand doen van hoger beroep.

#### ix. Strafbeschikkingen

Ter afronding van deze rubriek benoemen wij nog de strafbeschikking die het OM oplegde aan een farmaceutisch bedrijf en zijn beheermaatschappij. In dit strafrechtelijk onderzoek naar het medeplegen van valsheid in geschrifte en witwassen werd aan beide bedrijven een strafbeschikking van ruim € 1 miljoen opgelegd. De bestuurder van de ondernemingen kreeg een geldboete opgelegd. Het OM achtte een strafbeschikking passend *'vanwege de hogere leeftijd en de persoonlijke omstandigheden van de bestuurder, de omstandigheid dat de bedrijfsactiviteiten van de rechtspersonen op eigen initiatief zijn gestaakt en door de bestuurder volledige medewerking is verleend aan het strafrechtelijk onderzoek'*.<sup>95</sup>

## Milieustrafrecht

Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans

### Recente ontwikkelingen

Mijn vorige kroniek sloot ik af met de opmerking dat ik hoopte dat er in 2023 wat beweging zou komen op de rapporten van Van Aartsen, het CCV en de Algemene Rekenkamer.<sup>96</sup> Wel, er kwam beweging, maar misschien niet de beweging waar ik op had gehoopt. Op dinsdag 14 maart 2023 stemde de Eerste Kamer in met de inwerkingtreding van de Omgevingswet op 1 januari 2024. Dat de wet nu per 1 januari a.s. in werking treedt, maakt deze niet minder omstreden. De Afdeling bestuursrecht-

88 Rb. Amsterdam 16 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2596.

89 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 41; H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2022', *TBS&H* 2022, p. 257.

90 Afdeling advisering van de Raad van State 3 mei 2023, W16.22.00219/II.

91 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 41.

92 Afdeling advisering van de Raad van State 10 mei 2023, W16.22.00186/II.

93 Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:822.

94 'OM maakt procesafspraken met twee verdachten van witwassen', Om.nl 26 mei 2023.

95 'Strafbeschikking voor farmaceutisch bedrijf en haar beheersmaatschappij', Om.nl 11 mei 2023.

96 B. van der Vorm (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2022', *TBS&H* 2023, p. 42.

spraak van de Raad van State (Afdeling) stelde een *position paper* op waarin zij diverse bezwaren tegen de Omgevingswet op een rij zette.<sup>97</sup>

Een belangrijk punt van de Afdeling gaat over de vraag of de onderdelen binnen een omgevingsplan op een inzichtelijke wijze en in onderlinge samenhang raadpleegbaar zijn, ook wanneer de brondocumentatie verschilt. Daarbij wijst de Afdeling erop dat de wijzigingsbesluiten die de grondslag vormen voor onderdelen van het omgevingsplan en de daarbij behorende achtergrondstukken (zoals bijvoorbeeld geluid- en geurrapporten) vindbaar moeten zijn en gekoppeld moeten kunnen worden aan de onderdelen van het plan waarop ze betrekking hebben.

Ook uitte de Afdeling zorgen over de raadpleegbaarheid van het omgevingsplan. Die zou onvoldoende op orde zijn en ook het zogenoemde tijdreizen<sup>98</sup> zou daardoor bemoeilijkt worden. Daarnaast waarschuwt de Afdeling voor het ontstaan van zogenoemde ‘witte vlekken’. Die zouden kunnen ontstaan nu in de nieuwe opzet van het omgevingsplan, waarin wordt gewerkt met een geconsolideerde regeling besluiten of onderdelen daarvan niet meer vervallen van rechtswege. In het besluit dient uitdrukkelijk bepaald te worden of en, zo ja, welke regels geheel of gedeeltelijk komen te vervallen. Door deze verandering zouden in het een omgevingsplan witte vlekken kunnen ontstaan, als de Afdeling uit een besluit tot wijziging van een omgevingsplan alleen een onderdeel waarin nieuwe regels worden toegevoegd vernietigt en niet tegelijk ook het onderdeel waarmee bestaande regels worden geschrapt vernietigt. In zo’n geval zijn namelijk zowel de nieuwe als de oude bestaande regels vervallen en ontstaat er een ongewenst regelvacuüm.

Ten slotte stelt de Afdeling zich op het standpunt dat partijen die tegen besluitvorming op wensen te komen op een laagdrempelige en gebruiksvriendelijke manier hun rechten moeten kunnen afleiden uit het DSO. Dit pleit voor een gebruiksvriendelijk, laagdrempelig en toegankelijk systeem en de Afdeling betwijfelt of daaraan wordt voldaan.

In zijn reactie op de zorgen van de Afdeling aan de Eerste Kamer van 10 maart 2023 stelt de minister dat er grote vooruitgang is geboekt en dat veel van de door de Afdeling gesignaleerde problemen al voor een belangrijk deel zijn ondervangen of opgelost.<sup>99</sup> Blijkbaar was het merendeel van de leden van de Eerste Kamer hierdoor gerustgesteld, want vier dagen later stemden ze in met de inwerkingtreding van de Omgevingswet.

Tegelijkertijd kwam er ook kritiek uit een andere hoek. In een interview in *Binnenlands Bestuur* plaatsten ook de ex-ministers Sorgdrager en Van Aartsen kritische kanttekeningen bij de Omgevingswet en pleitten ze ervoor om de goedgekeurde wet alsnog te schrappen.<sup>100</sup> Zo merkt Sorgdrager op dat ‘de Omgevingswet wordt gepresenteerd als meer ruimte voor de initiatiefnemer, en dan heeft men het altijd over iemand die een dakkapel wil bouwen (...). Maar het gaat niet over de grote partijen die straks kunnen doen wat ze willen’. Zo waarschuwen ze ervoor dat de Omgevingswet gemeenten op bepaalde punten best veel ruimte geeft, waardoor op termijn grote initiatiefnemers alles voor het zeggen krijgen. Een initiatiefnemer moet weliswaar participatie organiseren, maar over de vorm is niets vastgelegd in de wet. ‘Het is de vraag of omwonende burgers ook nog wat te zeggen krijgen. Ik ben bang dat die alleen informatie krijgen over wat er gaat gebeuren.’ En de Omgevingsdienst zal op VTH-gebied adviseren, maar de vraag zal zijn hoe zwaar dat advies weegt.

Van Aartsen merkt op dat de Omgevingswet is gebaseerd op een filosofie van een aantal jaren geleden, vanuit de gedachte van decentralisatie en meer mogelijkheden voor burgers. We hebben inmiddels gezien waar dat toe kan leiden. Beiden zijn het erover eens dat de Omgevingswet een monstrum is en dat het niet gek is dat de Raad van State erover aan de bel getrokken heeft. ‘Open Normen, dat zijn rampen voor een bestuursrechter’, aldus Sorgdrager.

Onlangs stelde Bart Jan van Ettehoven, voorzitter van de Afdeling nog in datzelfde *Binnenlands Bestuur* op het feit dat de invoering van de Omgevingswet heel veel extra werk met zich meebrengt in een tijd dat er allerlei urgente maatschappelijke opgaven liggen:

*‘De stelselwijziging is zo omvangrijk dat we rekening moeten houden met honderden nieuwe rechtsvragen die de door bestuursrechter beantwoord moeten gaan worden. Er zal over veel zaken geprocedeerd gaan worden wat op zich begrijpelijk is en past bij de invoering van een nieuw wetgevingscomplex. Het betekent ook dat het jaren gaat duren eer de uitvoeringspraktijk, dus ook gemeenten houvast gaan voelen. Dat betekent tijdelijk verminderde rechtszekerheid – en dat in tijden van energietransitie, aanleg van warmtenetten en windmolenparken, het oplossen van de stikstofproblematiek en het realiseren van grote aantallen woningen. Majeure opgaves die op zich al lastig genoeg zijn als iedereen weet hoe de procedures lopen. Maar nu loopt het samen met een set compleet nieuwe spelregels. Dat is risicovol. De overheid moet rekening houden met tegenvallers, want er zullen in het begin fouten gemaakt worden, met als gevolg een setback voor het tijdig bereiken van publieke doelen.’<sup>101</sup>*

97 Position paper Omgevingswet-DSO, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 24 februari 2023, te raadplegen via: [www.eerstekamer.nl/overig/20230307/position\\_paper\\_mr\\_b\\_j\\_van/f=vm0vnnplw9.kf.pdf](http://www.eerstekamer.nl/overig/20230307/position_paper_mr_b_j_van/f=vm0vnnplw9.kf.pdf).

98 Daarmee wordt bedoeld dat ook het verleden rondom een omgevingsplan inzichtelijk moet zijn. Welke wijzigingen zijn er wanneer opgetreden, welke bezwaren zijn er toen gemaakt, etc.

99 Reactie position paper Raad van State door minister De Jonge aan de Eerste Kamer, 10 maart 2023, kenmerk 2023-0000140869.

100 ‘Omgevingswet gaat een “hoop ellende” teweegbrengen’, *Binnenlands Bestuur* 26 mei 2023.

101 ‘Raad van State over de Omgevingswet: ‘We werden steeds minder vrolijk’, *Binnenlands Bestuur* 2023, p. 16 e.v.



*Nu, we gaan het zien. Hoe het werkelijk is, merken we straks vanzelf, maar dat er wel wat hobbels genomen moeten worden is wel duidelijk.’*

## Rechtspraak

Tot zover de bestuurlijke en beleidsontwikkelingen op het terrein van het milieu(straf)recht. Gelukkig hadden we ook nog wat interessante rechterlijke uitspraken, onder meer op het terrein van de gewasbeschermingsmiddelen. Zo kwam de rechtbank Gelderland onlangs tot een veroordeling voor valsheid in geschrifte en het zonder toelating op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen.<sup>102</sup> Het ging *in casu* om het grootschalig op de markt brengen van nagemaakte uit China afkomstige gewasbeschermingsmiddelen. Het belangrijkste verweer van de verdediging stelde dat de handhaving van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden (Wgb) primair een bestuursrechtelijke en niet een strafrechtelijke aangelegenheid is. Het OM had dan ook het Specifiek Interventiebeleid moeten volgen, aldus de verdediging. Mocht de rechtbank daar anders over denken, dan had het OM conform de Sanctiestrategie moeten handelen nu de vervolgingsbeslissing in deze zaak al in 2019 is genomen, ruim voordat de Sanctiestrategie werd ingetrokken. Volgens de verdediging werd daardoor niet voldaan aan de criteria die in de Sanctiestrategie worden genoemd om tot strafrechtelijke vervolging over te gaan en handelde het OM in strijd met haar eigen handhavingsbeleid. Dat levert strijd op met het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel, aangezien verdachte erop mocht vertrouwen dat op basis van het handhavingsbeleid een bestuurlijke reactie zou volgen. Daarom dient het OM niet-ontvankelijk verklaard te worden.

Bij de beoordeling van het verweer stelt de rechtbank voorop:

*‘dat het OM op grond van artikel 167 van het Wetboek van Strafvordering zelfstandig de bevoegdheid heeft om te beslissen of naar aanleiding van een ingesteld opsporingsonderzoek (strafrechtelijke) vervolging moet plaatsvinden. De beslissing om tot vervolging over te gaan, leent zich immers in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde (vgl. HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280). Zo’n uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer de vervolging in strijd is met gepubliceerde handhavingsdocumenten indien die bij verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij niet zal worden vervolgd.’<sup>103</sup>*

In het licht daarvan zet de rechtbank de wet en de eventueel te volgen strategieën op een rijtje. Zo overweegt zij:

*‘artikel 94 van de Wgb voorziet erin dat overtredingen aan het OM worden voorgelegd, indien de ernst van de overtreding of de omstandigheden waaronder zij is begaan daartoe aanleiding geven. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wgb blijkt dat, waar het gaat om handhavingsinstrumenten, de nadruk op bestuurlijke boetes komt te liggen en dat het strafrecht dient als vangnet. Bestrafing door middel van bestuurlijke boetes zal het uitgangspunt zijn. Een rol voor het strafrecht blijft echter zonder meer aangewezen in ieder geval waar het gaat om aanmerkelijke en opzettelijke vormen van illegaal middelengebruik, waarbij te denken valt aan moedwillige overtredingen die leiden tot ernstig lichamelijk letsel of de dood van personen, of die ernstige gevolgen voor het milieu hebben. Ook ingeval van recidive ligt een strafrechtelijke aanpak in de rede. Uit de Memorie van Toelichting blijkt voorts dat hierover in een nog op te stellen handhavingsdocument concrete afspraken zullen worden gemaakt (zie TK 2005-2006, 30474, nr. 3, p. 34 en 38).’<sup>104</sup>*

Het Handhavingsdocument is verder uitgewerkt in de ‘Sanctiestrategie Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden’, die op 9 maart 2011 is vastgesteld. Sinds 1 december 2013 bestaat ook een Specifiek Interventiebeleid gewasbeschermingsmiddelen (IB02-SPEC 05). Het Specifiek Interventiebeleid gewasbeschermingsmiddelen is per 27 juli 2016 herzien (IB02-SPEC 05, versie 02). Per 17 augustus 2020 is daarvoor in de plaats gekomen het Specifiek Interventiebeleid gewasbeschermingsmiddelen en biociden (IB02-SPEC 05, versie 03). Van belang is dat de rechtbank vaststelt *‘dat de verschillende versies van het Specifiek Interventiebeleid (eenzijdige) beleidsdocumenten van de NVWA betreffen, waaraan het OM zich niet heeft gecommitteerd. Reeds om die reden is de rechtbank van oordeel dat het OM niet is gehouden toepassing te geven aan dit beleid.’*<sup>105</sup>

De rechtbank is van voorts van oordeel *‘dat het Handhavingsdocument en de Sanctiestrategie samen het in de onderhavige zaak toepasselijke handhavingsbeleid vormen. De Sanctiestrategie is gepubliceerd en daarmee voor eenieder kenbaar. Daarmee is de Sanctiestrategie leidend en het OM is daaraan ook gebonden.’*<sup>106</sup>

De criteria die in het Handhavingsdocument en de Sanctiestrategie worden genoemd dienen als richtsnoer bij de beoordeling van de vraag op welke wijze handhaving zal plaatsvinden, via bestuursrechtelijke weg dan wel via strafrechtelijke weg. De Sanctiestrategie schrijft voor dat *‘slechts dan proces-verbaal wordt opgemaakt indien wordt voldaan aan ten minste één van de genoemde criteria. (...) Aan de orde is daarom de vraag of het OM aan de hand van die criteria tot vervolging heeft mogen overgaan.’*

102 Rb. Gelderland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3873.

103 Rb. Gelderland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3873, r.o. 2.

104 Rb. Gelderland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3873, r.o. 2.

105 Rb. Gelderland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3873, r.o. 2.

106 Rb. Gelderland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3873, r.o. 2.



Uit het onderzoek van de NVWA volgt dat er concrete aanwijzingen zijn dat:

1. er door [verdachte] grootschalig gewasbeschermingsmiddelen vanuit China zijn ingevoerd, waarvan 50% zonder toelating op de Europese markt zouden zijn gebracht;
2. er sprake zou zijn van valsheid in geschrifte en/of het gebruik maken van valse documenten, mede gebruikt voor de invoer van die gewasbeschermingsmiddelen op de Europese markt.

Ten aanzien van de verdenking van het invoeren zonder toelating van gewasbeschermingsmiddelen, zijnde een overtreding van een kernbepaling in de Wgb, overweegt de rechtbank dat het OM heeft mogen aannemen dat dit mogelijk een bedreiging vormde voor mens, dier en/of milieu, gezien het grootschalige karakter en de lange periode waarin de invoer plaatsvond.

Daar komt bij dat met betrekking tot de door verdachte vanuit China ontvangen gewasbeschermingsmiddelen sprake was van ‘malversaties’, nu er meerdere concrete verdenkingen waren van valsheid in geschrifte. Ten aanzien van het betoog van de verdediging dat de vermoedelijke valsheden niet waren bedoeld als hulpmiddel voor overtreding van artikel 28 van de Verordening en evenmin waren bedoeld om de kans op ontdekking te minimaliseren en dat het causaal verband dus ontbrak, overweegt de rechtbank dat de verdediging daarmee een te beperkte uitleg geeft aan het begrip ‘malversaties’. De rechtbank is van oordeel dat het enkele feit dat sprake is van een verdenking van valsheid in geschrifte met betrekking tot de door verdachte uit China ontvangen goederen maakt dat voldaan is aan het criterium dat ziet op ‘malversaties’. Bovendien kwam, mede gezien die malversaties, uit het onderzoek een beeld naar voren van niet alleen stelselmatig, maar ook calculerend gedrag, zoals genoemd in het Handhavingsdocument.

De rechtbank concludeert *‘dat gelet op het voorgaande is voldaan aan meerdere van de in de Sanctiestrategie vermelde criteria om strafrechtelijk te mogen optreden ten aanzien van de zaaksdossiers 1 tot en met 7’*.<sup>107</sup>

Een mooie en heldere uitspraak die aangeeft dat er wel degelijk voldoende ruimte is om ook in zaken met betrekking tot gewasbeschermingsmiddelen strafrechtelijk te vervolgen.

Er was ook nog een uitspraak van het hof ’s-Hertogenbosch over gewasbeschermingsmiddelen.<sup>108</sup> In deze zaak voert de verdediging aan dat de resultaten van het onderzoek door het RIKILT niet mogen bijdragen aan het bewijs. De verdachte is namelijk niet overeenkomstig de Aanwijzing bemonstering en analyse milieudelicten en de Aanwijzing technisch opsporingsonderzoek/deskundigen onderzoek op de hoogte gebracht van de resultaten van de genomen monsters en dus niet in de gelegen-

heid gesteld om een tegenonderzoek te verzoeken. De contramonsters zijn vernietigd ruim voordat de verdediging op de hoogte was van de resultaten. Daarbij is aangevoerd dat in strijd met de Wet deskundige in strafzaken en de Aanwijzing technisch opsporingsonderzoek/deskundigenonderzoek het onderzoek door het RIKILT niet is beschouwd als een deskundigenonderzoek in de zin van artikel 150 Sv. Dat onderzoek had wel degelijk als zodanig moeten worden behandeld. Nu dat niet is gebeurd zijn de rechten en belangen van de verdachte in alle opzichten met voeten getreden. Naar de mening van de verdediging is sprake van een formeel beletsel om de onderzoeksresultaten voor het bewijs te gebruiken. Dit levert een onherstelbaar vormverzuim op.

Voorts heeft de verdediging ten aanzien van de gehanteerde meetmethode door het RIKILT bepleit dat de resultaten van de meetmethode terzijde geschoven dienen te worden. Daartoe heeft de verdediging aangevoerd dat de betrouwbaarheid van de meetmethode ter discussie staat. Op het moment dat de monsters zijn getoetst was er geen validatierapport en dit betekent dat er geen gecertificeerd materiaal voor een meetmethode was. Op grond van het dossier overweegt het hof ten aanzien van het eerste verweer dat de verdachte in een vroeg stadium tijdig is gewezen op de uitslag van het onderzoek. Tijdens zijn verhoor op 25 februari 2011 is de verdachte geconfronteerd met de analysesresultaten van 23 februari 2011 van het RIKILT. De verdachte is daarbij echter, terwijl de mogelijkheid daartoe wel bestond, niet gewezen op het recht op tegenonderzoek en dit maakt dat volgens het hof gezien de toentertijd geldende normering van de genoemde aanwijzingen sprake is van een vormverzuim waardoor de verdachte nadeel heeft geleden. Voor wat betreft de vraag wat voor rechtsgevolg aan dit vormverzuim dient te worden verbonden overweegt het hof:

*‘dat de verdediging de onderzoeksresultaten uitgebreid in eerste aanleg en in hoger beroep heeft kunnen betwisten. Daarnaast worden de betwiste onderzoeksresultaten ondersteund door ander bewijsmateriaal. Het bedrijf van verdachte heeft de gewasbeschermingsmiddelen onder de namen Bitoxybacillin en Lepidocide geleverd. Daarnaast waren verdachte en zijn werknemers op de hoogte dat het de gewasbeschermingsmiddelen Bitoxybacillin en Lepidocide betrof. Het hof is dan ook – mede onder verwijzing naar de overwegingen hierna betreffende de betrouwbaarheid van het door het RIKILT uitgevoerde onderzoek – van oordeel dat de onmogelijkheid van een tegenonderzoek aan een eerlijke procesvoering als bedoeld in artikel 6 EVRM niet in de weg staat, de onderzoeksresultaten niet van het bewijs uitgesloten dienen te worden en volstaan kan worden met de constatering van het vormverzuim.’*

Ten aanzien van de deskundigheid van het RIKILT en de gehanteerde onderzoeksmethode overweegt het hof het volgende:

<sup>107</sup> Rb. Gelderland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3873, r.o. 2.

<sup>108</sup> Hof ’s-Hertogenbosch 15 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1077.

*‘Het RIKILT is per 1 juni 2019 gefuseerd met het laboratorium voor voedsel en diervoeder onderzoek van de NVWA. Als gevolg daarvan is de naam RIKILT gewijzigd in Wageningen Food Safety Research (WFSR). Het RIKILT, oftewel nu de WFSR, doet onafhankelijk onderzoek naar de veiligheid en kwaliteit van voedsel. Het instituut is gespecialiseerd in de detectie, identificatie, functionaliteit en (mogelijk schadelijke) effectiviteit van stoffen in voedingsmiddelen en diervoeders.*

*De NVWA heeft in februari 2011 bij verschillende bedrijven bemonsteringen uitgevoerd. De monsters zijn bij RIKILT aangeleverd en aan het RIKILT is verzocht om de genoemde monsters te onderzoeken op eventuele aanwezigheid van de werkzame stof van *Bacillus Thuringiensis* spp. *Thuringiensis*: het beta-exotoxine thuringiensin. Het RIKILT heeft daartoe in 2009 een analysemethode ontwikkeld, omdat er nog geen bestaande analysemethode was. De analyses werden tussen 21 en 31 maart 2011 uitgevoerd. De monsters werden twee keer getest door twee verschillende medewerkers op twee verschillende tijdstippen. Uiteindelijk is op 16 mei 2011 een validatierapport opgemaakt. Vervolgens zijn de validatiegegevens in 2012 in een artikel gepubliceerd van het tijdschrift *Analytical and Bioanalytical Chemistry (ABC)*. Daarna heeft het RIKILT in 2013 over deze methode gepubliceerd in het tijdschrift *Analytical and Bioanalytical Chemistry*. De methode wordt tot op heden nog steeds gebruikt.’<sup>109</sup>*

194

Zoals eerder uiteengezet heeft de verdediging heeft in hoger beroep kanttekeningen geplaatst bij de gehanteerde onderzoeksmethode. In dat verband zijn twee deskundigen door het hof bevestigd. Deskundige 1 heeft daarbij aangegeven dat in het algemeen een analytische methode gevalideerd dient te worden alvorens die wordt gebruikt. Het maakt echter niet uit als de meetmethode, zoals in dit geval, kort voor de analyse van de monsters werd ontwikkeld. Ook de accreditatie ervan is niet van belang. Het is volgens deze deskundige mogelijk om zonder een goede analytische standaard de identiteit van een stof met voldoende betrouwbaarheid vast te stellen. Voorts heeft deze deskundige naar voren gebracht dat de gebruikte apparatuur (LC/MS/MS) het RIKILT voldoende nauwkeurigheid bood om de identiteit van het thuringiensis-toxine vast te stellen. Het RIKILT heeft een algemene accreditatie volgens ISO 179025 en heeft de analyses tweemaal, onafhankelijk van elkaar, uitgevoerd. Dat is voldoende om de *identificatie* te waarborgen. Tot slot heeft de deskundige geconcludeerd dat de gehalten van een stof die geanalyseerd zijn met een methode die ten tijde van het opleveren van het analyserapport nog niet (volledig) gevalideerd was, betrouwbaar genoeg is om daar rechtsgeldigheid aan toe te kennen. Deskundige 2 heeft verklaard dat het voor hem buiten kijf staat dat het onderzoek naar de aanwezigheid van het beta-exotoxine thuringiensin op de juiste manier heeft plaatsgevonden. De meetmethode

de is dezelfde als die in het validatierapport en wordt tot op heden nog steeds gebruikt, wat maakt dat de meetmethode betrouwbaar is.<sup>110</sup>

Het hof is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel *‘dat het RIKILT deskundig is en de gehanteerde onderzoeksmethode betrouwbaar is. De door RIKILT gehanteerde meetmethode is daarmee met voldoende waarborgen omkleed en de onderzoeksresultaten zijn betrouwbaar te achten.’*<sup>111</sup>

Ten slotte was er nog een uitspraak van de rechtbank Amsterdam tegen een grote staalproducent.<sup>112</sup> Hoewel het om meerdere feiten ging, is met name de vrijspraak met betrekking tot de Roza-slakken noemenswaardig. Het ging daarbij om de vraag of Roza-slakken kwalificeren als een afvalstof in het kader van artikel 1.1 lid 6 Wet milieubeheer (Wm), of niet.

Artikel 1.1 lid 6 Wm bepaalt:

*‘Stoffen, mengsels of voorwerpen die het resultaat zijn van een productieproces dat niet in de eerste plaats is bedoeld voor de productie van die stoffen, mengsels of voorwerpen worden niet als afvalstoffen maar als bijproducten beschouwd indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:*

- het is zeker dat de stoffen, mengsels of voorwerpen zullen worden gebruikt;*
- de stoffen, mengsels of voorwerpen kunnen onmiddellijk worden gebruikt zonder enige verdere behandeling anders dan die welke bij normale productie gangbaar is;*
- de stoffen, mengsels of voorwerpen worden geproduceerd als een integraal onderdeel van een productieproces; en*
- verder gebruik is rechtmatig, inhoudende dat de stoffen, mengsels of voorwerpen voldoen aan alle voorschriften inzake producten, milieu en gezondheidsbescherming voor het specifieke gebruik en dat gebruik niet zal leiden tot over het geheel genomen ongunstige effecten voor het milieu of de menselijke gezondheid.’*

De verdediging had betoogd dat de Roza-slakken als bijproducten kunnen worden aangemerkt aangezien:

*‘De ROZA-slak en het mee geschepte ruwijzer gaan naar Harsco voor verdere verwerking. Daarvoor moet het worden gescheiden en tot een kleiner formaat worden gebracht. De ROZA-slak en het ruwijzer blijft eigendom van verdachte. De ROZA-slakken zijn van veel waarde voor verdachte en zij noch een ander wil of moet zich hiervan ontdoen. De ROZA-slakken zijn het resultaat van een productieproces dat in eerste aanleg bedoeld is voor de productie van een andere stof of voorwerp, na-*

109 Hof’s-Hertogenbosch 15 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1077, r.o. 4.

110 Hof’s-Hertogenbosch 15 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1077, r.o. 4.

111 Hof’s-Hertogenbosch 15 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1077, r.o. 4.

112 Rb. Amsterdam 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:568, JM 2023/51, m.nt. S. Pieters.

melijk staal. ROZA-slakken zijn niet het beoogde product, maar een productresidu.

Na verwerking bij Harsco gaat een groot deel terug naar verdachte om te worden verwerkt in de Hoogovens, Oxystaalafabriek en de Sinterfabriek, en een deel wordt verkocht. Het inzetten van ROZA-slakken in verdachte 's processen wordt al 22 jaar toegepast en is bestaande praktijk. Economisch is het voor verdachte een drijfveer om de ROZA-slakken weer in te zetten. De grote ijzerhoudende ROZA-slakken (de zogenoemde ROZA-beren) worden verkocht aan externe partijen. Verdachte heeft vaste contracten met diverse firma's waarin de afname van de ROZA-beren is vastgelegd. Deze worden verkocht als Ruwijzerbereren of Pig Iron skulls. Hiermee kan worden voldaan aan onderdeel a: dat het zal worden gebruikt.

Bij Harsco worden de ROZA-slakken gebroken en gezeefd, en worden ijzerhoudende delen gescheiden. Het productieproces is gelijk aan de reguliere processen van grondstoffen voor het ruwijzer proces, gebruikelijk voor de staalindustrie. Er zijn geen extra stappen in het proces aanwezig en de ROZA-slakken ondergaan ook geen extra bewerkingen alvorens te worden toegepast. Hiermee wordt voldaan aan de voorwaarde b dat de ROZA slakken onmiddellijk kunnen worden gebruikt zonder enige verdere verwerking anders dan die bij normale grondstoffen voor de staalindustrie.

Het ontstaan van ROZA slakken is een regulier en gangbaar proces bij staalproductie. De productie van ROZA slakken bij verdachte is onlosmakelijk verbonden met de reguliere productie van staal. Het proces bij verdachte is erop gericht de hoeveelheid zwavel in vloeibaar ruwijzer zoveel mogelijk te reduceren. Hiermee wordt voldaan aan onderdeel c.

Verder is het gebruik van de ROZA-slakken ook rechtmatig, althans kan niet blijken uit het procesdossier dat dat niet zo is.<sup>113</sup>

De officier van justitie stelde zich op het standpunt dat de Roza-slakken als afvalstoffen moeten worden aangemerkt omdat 'de slakken ontstaan bij het productieproces en verdachte zich daarvan ontdoet door deze af te geven aan Harsco. Alle handelingen die verdachte met deze slakken verricht, zijn daar ook op gericht. Daarbij is van belang dat de Roza-slakken nog een bewerking moeten ondergaan, voordat deze weer kunnen worden ingezet in een ander (productie)proces. Dit maakt dat deze slakken conform bestendige jurisprudentie zijn aan te merken als afvalstoffen. Na de bewerking kunnen Roza-slakken pas als bijproduct worden aangemerkt. De economische restwaarde is niet relevant.'<sup>114</sup>

De rechtbank komt echter tot de conclusie dat er goede gronden zijn te concluderen dat de Roza-slakken mogelijk kunnen worden aangemerkt als 'bijproducten'. Im-

mers gebleken is 'dat de Roza-slakken ontstaan in de loop van een productieproces (en als integraal onderdeel daarvan) dat niet in de eerste plaats tot doel heeft die slakken te produceren en dat de Roza-slakken door verdachte worden gebruikt',<sup>115</sup> aldus de rechtbank. Waarom is deze uitspraak nu opmerkelijk? Omdat er nogal wat EU-jurisprudentie ligt die kaderstellend is als het gaat om de vraag wanneer sprake is van een afvalstof. In de gehele uitspraak wordt door de rechtbank echter met geen woord gerept over deze jurisprudentie.<sup>116</sup> Op grond daarvan is het vaste rechtspraak dat de vraag of het iets een afvalstof is moet worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, rekening houdend met de doelstelling van de richtlijn zonder afbreuk te doen aan de doeltreffendheid daarvan. De kwalificatie afvalstof hangt vooral af van het gedrag van de houder en van de betekenis van de woorden 'zich ontdoen van'.<sup>117</sup> Daarbij heeft het hof voorts geoordeeld dat het begrip afvalstof alle voorwerpen en stoffen kan omvatten waarvan de eigenaar zich ontdoet, zelfs al hebben zij commerciële waarde en worden zij opgehaald voor handelsdoeleinden met het oog op recycling, terugwinning of hergebruik. Daarbij geldt ten slotte ook nog dat het begrip afvalstof niet restrictief mag worden uitgelegd.<sup>118</sup> En gelet hierop ben ik van mening dat de Roza-slakken wel degelijk kwalificeren als afvalstof.

## Corruptie

Verzorgd door mr. J. Boonstra

### De Mos

De volledige vrijspraken in de De Mos-zaak, oprichter en naamgever van de Haagse politieke partij Hart voor Den Haag Groep De Mos, zullen niemand zijn ontgaan. In deze zaak draait het om de verdenking dat Richard de Mos en een andere voormalig wethouder van de gemeente Den Haag zich hebben laten omkopen. Vijf ondernemers uit dezelfde stad zouden partijdonaties hebben gedaan. Volgens het Openbaar Ministerie (OM) houden deze donaties en andere giften verband met latere besluiten in de Haagse gemeentepolitiek waarin er in het voordeel van de donateurs werd beslist. Het OM ziet dit als omkoping.<sup>119</sup>

De rechtbank Rotterdam sprak Richard de Mos en medeverdachten vrij van onder andere ambtelijke omkoping en lidmaatschap van een criminele organisatie.<sup>120</sup> Dit na

115 Rb. Amsterdam 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:568, r.o. 4.3.

116 Zie o.m. HvJ EU 15 juni 2000, C-419/97, ECLI:EU:C:2000:318, punt 73, 88 en 97; HvJ EU 18 april 2002, C-9/00, ECLI:EU:C:2002:232, punt 24.

117 HvJ EU 18 december 2007, C-263/05, ECLI:EU:C:2007:808, punt 32; HvJ EU 24 juni 2008, C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359, punt 53.

118 HvJ EU 12 december 2013, C-241/12, ECLI:EU:C:2013:821, punt 38.

119 'Openbaar Ministerie beperkt hoger beroep in zaak tegen Richard de Mos', OM.nl. 19 juni 2023.

120 Eén medeverdachte is veroordeeld voor wapenbezit. Zie Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3199; Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3266; Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3267; Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3269;

113 Rb. Amsterdam 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:568, r.o. 4.3.

114 Rb. Amsterdam 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:568, r.o. 4.3.



flinke strafeisen: tegen De Mos werd een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 22 maanden en ‘beroepsverbod’ voor vier jaar geëist.<sup>121</sup>

De vonnissen in deze zaak zijn zeer lezenswaardig. De lezer wordt bij de hand genomen en meegenomen in de gedachtegang van de rechters, waaronder Jacco Janssen die eerder zitting nam in de combinatie die de zaak van Van Rey behandelde in eerste aanleg.<sup>122</sup>

De rechtbank heeft weinig aardige woorden over voor het onderzoek van het OM in deze zaak. Het 200 pagina’s tellende requisitoir is gebaseerd op een dossier van ruim 15.000 pagina’s:

*‘Deze onderbouwing is grotendeels feitelijk van aard en vindt haar basis in processen-verbaal van onderzoek, inbeslaggenomen documenten, verhoren van verdachten en getuigen, afgeluisterde vertrouwelijke communicatie en – voor een belangrijk deel – in (afgetapte) telefoongesprekken, sms-berichten, WhatsAppberichten en inbeslaggenomen e-mailverkeer van en tussen de diverse verdachten.’*

De rechtbank kenmerkt de visie van de officier van justitie daarnaast als ‘een rechttoe rechtaan-visie op de feiten en omstandigheden, waarin de voornamelijk achteraf aangetroffen communicatie en documenten door een corruptiebril worden gezien’. De rechtbank heeft er dan ook voor gekozen deze visie niet over te nemen, omdat ‘deze naar het oordeel van de rechtbank te eenzijdig is, hier en daar zelfs rigide en echt onvoldoende oog heeft voor de lezing van de verdachten van de gebeurtenissen’. In plaats daarvan is de rechtbank in haar bewijswaardering uitgegaan van ‘een vrijere, meer reële interpretatie van de feiten en omstandigheden binnen de bredere context die het procesdossier en met name de zitting hebben geboden. Dat uitgangspunt past goed in een ambtelijke omkopingszaak, die in het algemeen naar zijn aard en achtergrond bewijsrechtelijk niet gemakkelijk is. Deze zaak vormt op dat punt zeker geen uitzondering.’

De beoordeling van de rechtbank start met de weerbalonvisie of het waarschijnlijkheidsoordeel. Wat de combinatie zich aan de voorkant heeft afgevraagd is of het logisch is dat twee ambtenaren van een net startende lokale politieke partij van een grote stad worden omgekocht met partijdonaties. Anders gezegd: wat is de voorafgaande waarschijnlijkheid van een ja als antwoord op de gestelde vraag? Volgens de rechtbank is het korte en duidelijke antwoord op deze waarschijnlijkheidsvraag: klein. Waarom? Omdat het niet voor de hand ligt ‘dat een net startende politieke partij zijn peuter- en kleuterbestaan en de potentiële eerste groei inricht met strafbare

*feiten als ambtelijke omkoping met partijdonaties als basis’. En ‘ook van de zijde van een omkoper ligt het in algemene zin niet voor de hand om een startende partij uit te kiezen om invloed te kopen, omdat die invloed simpelweg nog verre van zeker is. Bestaande structuren zijn er niet, de echte macht ontbreekt en de te corrumperen personen zijn simpelweg nog niet bekend. Zittende gevestigde partijen met vaste structuren en werkwijzen bieden een veel gemakkelijker corruptieperspectief met de om te kopen volksvertegenwoordigers en/of bestuurders op key posities. Een context die een compositrijke voedingsbodem biedt voor strafbare feiten, wat zo’n partij voor de omkoper tot een veel logischer “slachtoffer” maakt.’*

Daarnaast stelt de rechtbank vast dat de strafrechtelijke beoordeling van partijdonaties aan een startende lokale politieke partij, die centraal staan in deze zaak en het uitgangspunt vormen van de vermeende ambtelijke omkopingen, ‘een juridisch onontgonnen en ook wel hobbelig terrein’ is. Om die reden vindt de rechtbank het daarom van belang dat er ook met een staatsrechtelijke – hier en daar zelfs voorzichtig politieke, of rechtsstatelijke – bril wordt gekeken naar de feiten en omstandigheden. Ook dat maakt deze zaak uniek.

De rechtbank komt uiteindelijk tot de conclusie dat de partijdonaties in beginsel geen giften betreffen zoals bedoeld in onze omkopingsbepalingen. Deze zijn namelijk gedaan aan de partij en niet aan de ambtenaren. Daarentegen is er via de partijdonaties wel sprake van enige niet-geldelijke waardeoverdracht van de ondernemers aan de ambtenaren. Een goed gefinancierde verkiezingscampagne leidt bijvoorbeeld wellicht tot meer bekendheid, status en trotse gevoelens. Op zichzelf genomen is dit om die reden wel een gift in de zin van de omkopingsbepalingen. Hierbij wordt anderzijds aangekend dat het van groot belang is dat deze ‘waarde’ niet te begroten is en dat dus ook niet vast te stellen is dat sprake is van een substantiële waardeoverdracht.

Daarnaast kregen De Mos c.s. niet alleen geld voor de partij, maar werden ze zelf ook getraakteerd op onder andere boottochtjes en lunch. De totaalwaarde is echter zeer gering: € 269 en ‘twee leuke dagen’. Ook dit zijn giften in de zin van de omkopingsbepalingen.

Dat is echter niet voldoende voor een veroordeling: voor het bewijs van ambtelijke omkoping is nodig dat komt vast te staan dat de giften aan de ambtenaren met een bepaalde bedoeling zijn gedaan. Vast moet komen te staan dat de ondernemers de giften aan de ambtenaren deden om deze te bewegen om iets te doen of iets niet te doen.

Voor de beoordeling hiervan kijkt de rechtbank naar de voor- en achterkant van corruptie. Aan de voorkant kan een kwade bedoeling worden gegrond op de uiterlijke verschijningsvorm van de gift en/of het geven. Van belang daarbij zijn bijvoorbeeld de hoogte van de gift, de vorm en de aard daarvan en/of de omstandigheden waaronder de gift is overgedragen. Aan de achterkant

Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3270; Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3271; Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3272.

121 ‘OM eist forse straf voor voormalige wethouder De Mos’, *Het Parool* 1 februari 2023.

122 Rb. Rotterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5272, JG 2016/60, m.nt. C. Raat.



van ambtelijke omkoping kan de initiële (oorspronkelijke) kwade bedoeling van de gever met de gift worden afgeleid uit – de uiterlijke verschijningsvorm van – de concrete gunsten/tegenprestaties van de ambtenaar aan de gever of de gebleken voorkeursbehandeling van de gever door de ambtenaar. Deze voorkant en achterkant van een ambtelijke omkoping vormen daarbij in zekere zin communicerende vaten.

Conclusie van de rechtbank is dat zowel de voor- als de achterkant geen soelaas biedt voor de vaststelling van een kwade bedoeling.

Ten overvloede wordt overwogen dat het strafrecht niet de oplossing is voor het ontbreken van spelregels:

*‘Vanwege het belang van partijdonaties als toonbeeld van worteling in de maatschappij moeten deze niet teveel aan banden worden gelegd. Juist ondernemers zijn in staat om een lokale partij met significantere bedragen te steunen, zij moeten niet worden afgeschrikt door een mogelijke verdenking van corruptie. Anderzijds kan niet worden ontkend dat dergelijke steun op zichzelf al politieke invloed met zich mee kan brengen. Transparantie is daarom belangrijk, zodat politieke controle kan plaatsvinden.’*

Er zijn wel regels ophanden, in de vorm van het wetsvoorstel voor de Wet politieke partijen. Dit voorstel bevat voor lokale partijen naast een subsidieregeling en regels om transparantie te bewerkstelligen ook een donatieplafond. In de ten laste gelegde periode waren die regels er echter (nog) niet en ze zijn er op dit moment nog steeds niet. Het ontbreken van deugdelijke (regels over) partijfinanciering moet niet worden opgelost met het strafrecht.

Dat geldt volgens de rechtbank ook voor *‘de schimmigheid rond politieke beïnvloeding’*. Ook daarvoor bestaan geen regels. De ondernemers in deze zaak hebben zich volgens de rechtbank begeven in dat grijze gebied. Daar komt bij een De Mos die hard loopt voor de inwoners van zijn stad – de ombudspolitiek – maar misschien nog wel iets harder voor zijn achterban. Dat is verdacht, aldus de rechtbank.

*‘De vraag of een wethouder zaken mag “regelen” voor zijn achterban, brengt echter al snel allerlei staatsrechtelijke en politieke kwesties met zich mee. Op de zitting is bijvoorbeeld het dualisme tussen het college en de gemeenteraad besproken en de partijbelangen die daarbij in de praktijk toch altijd een rol spelen. Die praktijk blijkt weerbarstiger dan de theorie. Deze vragen moeten dan ook niet worden beantwoord binnen het strafrecht.’*

Al met al komt de rechtbank aldus voor De Mos c.s. tot een positieve uitspraak. Dat betekende echter niet het einde. Al snel werd bekend dat het OM hoger beroep had

ingesteld.<sup>123</sup> In eerste instantie om de hoger-beroepstermijn veilig te stellen.<sup>124</sup> In een volgend persbericht werd aangegeven dat het hoger beroep daadwerkelijk zou worden doorgezet, zij het in beperkte zin, omdat het hoger beroep vooral zal gaan om twee verdenkingen, namelijk omkoping en schending van de geheimhoudingsplicht.<sup>125, 126</sup> Aangezien omkoping nu juist de centrale verdenking betrof, betreft dit mijns inziens niet bepaald een ‘beperkt hoger beroep’.

Het OM spreekt over ‘een verschil van inzicht’ met de rechtbank. Dat zit hem voor een deel in de waardering van het beschikbare bewijs. Voor een ander deel komt het verschil van inzicht doordat de rechtbank volgens het OM een te beperkte en onjuiste uitleg geeft aan de omkopingsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Het gaat dan om vragen als: Wanneer is iets een gift aan een ambtenaar? Wanneer is sprake van een tegenprestatie door die ambtenaar? En welk verband moet er zijn tussen de gift en de tegenprestatie om het strafbaar te maken?<sup>127</sup>

Zou het OM daar een punt kunnen hebben? Interessant is bijvoorbeeld de overweging van de rechtbank over het causaal verband dat de omkopingsbepalingen vergen tussen een gift en een tegenprestatie. *‘Als dat causale verband er niet overduidelijk is, zal er niet snel sprake zijn van omkoping.’* Vergt de rechtbank hier mogelijk meer dan de geldende jurisprudentie? We gaan het zien in hoger beroep!

### (Buiten)gerechtelijke afdoeningen

- *Transactie voor PwC*

Allereerst heeft accountantskantoor PwC een transactie geaccepteerd voor een bedrag van € 150.000 voor zijn betrokkenheid bij de (eerder getransigeerde zaak<sup>128</sup>) niet-ambtelijke omkoping bij een aantal dochterbedrijven van SHV.<sup>129</sup> Het OM onderzocht ook de rol van het accountantskantoor in verband met de bij de Kamer van Koophandel ingediende jaarrekeningen van Econosto Mideast B.V. over de boekjaren 2009 en 2010. Uit dit onderzoek bleek volgens het OM dat het accountantskantoor verwijtbare betrokkenheid bij de totstandkoming van de jaarrekeningen heeft gehad, die op een essentieel

123 ‘OM stelt hoger beroep in tegen vrijspraak Richard de Mos’, OM.nl 4 mei 2023; ‘Openbaar Ministerie beperkt hoger beroep in zaak tegen Richard de Mos’, OM.nl 19 juni 2023.

124 Ibid.

125 Tegen de vrijspraak van meined en deelname aan een criminele organisatie gaat het OM niet in hoger beroep.

126 ‘Openbaar Ministerie beperkt hoger beroep in zaak tegen Richard de Mos’, OM.nl 19 juni 2023.

127 Ibid.

128 Nelson – Vanguard Feitenrelaas en Beoordeling Openbaar Ministerie, te raadplegen via: [www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/nelson---vanguard-feitenrelaas-en-beoordeling-openbaar-ministerie](http://www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/nelson---vanguard-feitenrelaas-en-beoordeling-openbaar-ministerie).

129 Dit zijn achtereenvolgens: Econosto Mideast B.V., Econosto N.V. en Eriks N.V.

punt in kwalitatief opzicht niet overeenstemmen met de werkelijkheid.<sup>130</sup>

Het persbericht<sup>131</sup> van het OM meldt dat medewerkers van het accountantskantoor zich meewerkend hebben opgesteld in het strafrechtelijk onderzoek, waardoor het verloop ervan werd bespoedigd. Daarnaast heeft de tuchtrechter zich al uitgesproken over de rol van enkele individuele accountants in het onderzochte feitencomplex. Ook heeft het accountantskantoor een aantal verbetermaatregelen getroffen om vergelijkbare situaties in de toekomst te voorkomen. Om deze redenen heeft het OM het transactievoorstel gedaan.

- *Strafbeschikking farmaceutisch bedrijf*

Het Openbaar Ministerie heeft aan een farmaceutisch bedrijf, een beheersmaatschappij en haar bestuurder strafbeschikkingen opgelegd van in totaal ruim € 2,6 miljoen. Aan elk van de bedrijven uit Den Bosch is een strafbeschikking van ruim € 1 miljoen opgelegd. Aan de 75-jarige bestuurder van de bedrijven is een boete van € 500.000 opgelegd. Volgens het OM was er sprake van een ‘dubieuze handelsconstructie’, waarbij het farmaceutische bedrijf bij de Belastingdienst aangaf ‘commissie’ te ontvangen als handelsagent, terwijl het blanco facturen op eigen briefpapier ter beschikking stelde, vooraf voorzien van een handtekening. Daarnaast stelden zij handelscontracten op waaruit zou moeten blijken dat het bedrijf voor eigen rekening en risico inkocht bij bedrijven in de Verenigde Arabische Emiraten en (als distributeur en niet als handelsagent) verkocht aan Oekraïense bedrijven.

*‘Hierdoor werd een papieren werkelijkheid gecreëerd die het mogelijk maakte om geldbedragen van de bedrijven in de Oekraïne naar die in de VAE te verplaatsen via de bankrekeningen van het Nederlandse bedrijf als ogenschijnlijk legale tussenschakel. Het financiële voordeel voor het farmaceutische bedrijf uit Den Bosch lag tussen de anderhalf en drieënhalf procent opslag (aangegeven als “commissie”) op de door haar omgeleide geldstroom voor de door haar (op papier) “ingekochte” goederen.’*

Er is gekozen voor een strafbeschikking vanwege de hogere leeftijd en de persoonlijke omstandigheden van de bestuurder, de omstandigheid dat de bedrijfsactiviteiten van de rechtspersonen op eigen initiatief zijn gestaakt en door de bestuurder volledige medewerking is verleend aan het strafrechtelijk onderzoek.<sup>132</sup>

- *Trend*

Deze zaak laat een bredere trend zien, waarbij een strafbeschikking worden ingezet ter afdoening van omvangrijkere zaken. Voordeel bij de keuze voor de strafbeschikking is dat er geen verplichting bestaat tot het openbaar maken van de naam van de verdachten. Zou

zijn gekozen voor een transactie, dan zou dat wel zijn gebeurd. Daarmee wint de strafbeschikking aan populariteit.

Andere voorbeelden zijn een strafbeschikking van ruim € 1 miljoen die is opgelegd aan een gepensioneerde man uit Eindhoven vanwege belastingontduiking.<sup>133</sup> En een automobielbedrijf dat € 1,5 miljoen moest betalen – naast de verbeurdverklaring van € 2,5 miljoen – vanwege het witwassen van € 5,4 miljoen en het plegen van valsheid in geschrifte.<sup>134</sup>

Dat de strafbeschikking aan populariteit wint ten opzichte van de transactie blijkt ook uit het Jaarbericht van het OM over 2022.<sup>135, 136</sup>

- *Procesafspraken*

Procesafspraken zijn ‘hot’ en vinden ook hun weg in financieel-economische strafzaken. Dat is ook niet zo gek gezien de druk op de transactiepraktijk, de roep om meer strafvervolgving van bedrijven en tegelijkertijd de beperkte capaciteit van het OM.

Ondanks de stoeve start met de afwijzing van procesafspraken in de Cymbal-zaak wordt nu in 90% van de gevallen het voorgestelde akkoord geaccepteerd. De teller van alle feitenrechtelijke uitspraken waarin procesafspraken zijn beoordeeld (én die zijn gepubliceerd op Rechtspraak.nl) staat momenteel op 113, waarvan 91 keer goedgekeurd en 22 keer afgewezen.

In de eerste helft van 2023 zijn procesafspraken ook voor het eerst geaccepteerd in een omkopingszaak.<sup>137</sup> De verdenking betrof de omkoping van een ambtenaar, een medewerker van de gemeente Alphen aan den Rijn. Blijkens de uitspraak zou het OM zonder procesafspraken een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van twaalf maanden hebben geëist. De verdediging zei echter toe af te zien van het recht op verder onderzoek en zou ook geen bewijsverweren naar voren brengen. Dat leverde een mildere eis op, namelijk de veroordeling voor vier feiten resulterend in een straf bestaande uit een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden, een taakstraf van 240 uur en de oplegging van een geldboete van € 147.730. Daarnaast zou de verdachte de gemeente € 500.000 betalen, waardoor het OM af zou zien van de eerder aangekondigde ontnemingsvordering.

De rechtbank ging hiermee akkoord, maar niet zonder mee te geven ‘dat het ook zónder afdoeningsvoorstel niet denkbeeldig was geweest dat zij zou zijn gekomen tot een andere strafoplegging dan de door de officier van justitie tot uitgangspunt genomen onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van twaalf maanden.’

133 ‘Boete van ruim 1 miljoen voor belastingontduiking’, OM.nl 21 juli 2023.

134 ‘OM legt geldboete en verbeurdverklaring van miljoenen op wegens witwassen en valsheid in geschrifte’, OM.nl 23 augustus 2022.

135 Openbaar Ministerie Jaarbericht 2022.

136 ‘OM Jaarbericht 2022: Cijfers over cyber, witwassen, fraude & milieu’, Bijzonderstrafrecht.nl 11 mei 2023.

137 Rb. Den Haag 8 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2795.

## Ambtenaar-begrip

*Last but not least* de Hoge Raad,<sup>138</sup> die halverwege januari 2023 eerdere overwegingen met betrekking tot het ambtenaar-begrip herhaalt.

De verdachte in deze zaak was veroordeeld omdat hij:

*‘als ambtenaar gift(en) en/of belofte(s) te weten de belofte van en/of de betaling van een geldbedrag van ongeveer EUR 1.000.000,00 (excl. BTW),*

*A. heeft aangenomen, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem, verdachte, werd(en) gedaan, teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten, en*

*B. heeft aangenomen, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem, verdachte, werd aangeboden ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, verdachte, in strijd met zijn plicht, in zijn huidige bediening was gedaan of nagelaten, en*

*C. heeft gevraagd teneinde hem, verdachte, te bewegen om in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen en/of na te laten,*

*hebbende verdachte – zakelijk omschreven – een betaling van één miljoen euro exclusief BTW gevraagd aan mededader, vertegenwoordiger van D N.V., verder te noemen D en de belofte van één miljoen euro exclusief BTW aangenomen en de betaling van één miljoen euro exclusief BTW ontvangen van D, voor zijn ondersteuning bij overname van de aandelen van C B.V. door D, zulks terwijl hij, verdachte, dit feit heeft begaan in zijn hoedanigheid van bestuurder van de naamloze vennootschap N.V. A, te weten een naamloze vennootschap waarvan alle aandelen in handen waren van gemeenten en waarbij de kerntaak van de naamloze vennootschap en haar dochtervennootschappen, gelegen was in het uitvoeren van een overheidstaak en de bestuurder onder toezicht en controle van de overheid stond.’*

De tenlastelegging is toegesneden op artikel 363 lid 1 (oud) Sr. Het vierde cassatiemiddel klaagde onder meer over het oordeel van het hof dat de verdachte ‘ambtenaar’ was in de zin van eerdergenoemde bepaling.

De Hoge Raad herhaalt dat onder de term ‘ambtenaar’ in deze bepaling is begrepen degene die onder toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd. In deze zaak kon het hof oordelen dat verdachte – die algemeen directeur/statutair bestuurder van N.V. A was, welke nv zich bezighield met de distributie van gas en elektriciteit via een eigen netwerk in een aantal gemeenten en daarnaast de publieke taak van netbeheer uitvoerde – ambtenaar was. Van belang hierbij zijn onder meer de verantwoordelijkheden die de verdachte als bestuurder van N.V. A droeg, de bepaling in de statuten van N.V. A dat alleen gemeenten aandeelhouder van N.V. A konden zijn, terwijl de organisatiestructuur van N.V. A ook overigens zodanig was dat het functioneren van N.V. A in overwegende mate werd be-

invloed door publiekrechtelijke lichamen en de verdachte onder toezicht en verantwoordelijkheid van de (gemeentelijke) overheid stond.

## Klokkenluiden

Op 18 februari 2023 is een groot deel van de Wet bescherming klokkenluiders (Wbk) in werking getreden.<sup>139, 140</sup> Deze uitzondering op de vaste veranderingen en minimuminvoeringstermijn heeft te maken met de deadline voor de implementatie van de Klokkenluidersrichtlijn die al sinds 17 december 2021 was verlopen en als gevolg waarvan een inbreukprocedure tegen Nederland was gestart. Met de inwerkingtreding van de wet is deze procedure overigens nu van de baan.

Werkgevers in de publieke sector dienden al op 17 december 2021 te voldoen aan de Klokkenluidersrichtlijn. Ten aanzien van de private sector geldt dat organisaties met 250 of meer werknemers en organisaties die werkzaamheden verrichten op het gebied van financiële diensten, vervoer en milieu aan de richtlijn moe(s)ten voldoen per 18 februari 2023. Organisaties met 50-249 werknemers hebben tot uiterlijk 17 december 2023. Tot die datum blijft artikel 2 Wet Huis voor klokkenluiders – zoals dat luidde op de dag voor inwerkingtreding van de Wbk – op deze werkgevers van toepassing.

Daarnaast is een aantal onderdelen van de wet nog niet in werking getreden, namelijk:

- De bepalingen die werkgevers verplichten om anonieme meldingen toe te staan, zullen later pas in werking treden. Nadere uitwerking zal volgen in een algemene maatregel van bestuur (AMvB).
- Een andere nog openstaande kwestie is of het Huis voor klokkenluiders sancties mag opleggen als werkgevers zich niet aan bepaalde verplichtingen uit de Wet bescherming klokkenluiders houden. Eerst moeten de gevolgen voor de uitvoering en handhaving in beeld gebracht worden. Vervolgens is ook daar nog nadere regelgeving voor nodig.

Hoewel de wet nog vers van de pers is, staat er voor het najaar alweer een wetsvoorstel op de planning ter verbetering van de Wbk. De verwachting is dat dat voorstel dit najaar in consultatie zal gaan. Voor zover nu bekend zal het wetsvoorstel onder meer onderwerpen bevatten die voortvloeien uit de evaluatie van de Wet Huis voor klokkenluiders die in 2020 heeft plaatsgevonden (afbakening van de taken tussen de Nationale ombudsman en het Huis voor klokkenluiders en een verduidelijking van de rol van de melder in een misstandonderzoek en in een bejegeningsonderzoek). Ook zal in het wetsvoorstel

<sup>139</sup> Besluit van 10 februari 2023 tot vaststelling van het tijdstip van gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet van 25 januari 2023 tot wijziging van de Wet Huis voor klokkenluiders en enige andere wetten ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 (PbEU 2019, L 305) en enige andere wijzigingen (Stb. 2023, 29), Stb. 2023, 52.

<sup>140</sup> Zie voor een uitgebreid overzicht van alle wijzigingen: J. Boonstra, ‘Klokkenluidersbescherming anno 2023 en de praktische implicaties voor organisaties’, *TBS&H* 2023, p. 111-120.



een concreet voorstel worden gedaan voor de instelling van een fonds voor de juridische en psychosociale ondersteuning van klokkenluiders. Tevens zal het wetsvoorstel betrekking kunnen hebben op voorstellen uit de initiatiefnota van Tweede Kamerlid Omtzigt van april 2022 en reparatievoorstellen bevatten.

Bij de voorstellen uit de initiatiefnota gaat het om voorstellen die voor een groot deel nog nader onderzoek vergen en dan mogelijk tot wetswijziging leiden (bijvoorbeeld een aparte voorziening voor het melden van staatsgeheime informatie, een uitbreiding van het benadelingsverbod tot familieleden buiten de werkgerelateerde sfeer en tot ten onrechte als klokkenluider aangemerkte personen en het publiekelijk bekend maken van de naam van de werkgever die ten onrechte benadeeld heeft).

Indien mogelijk worden ook ervaringen uit de lopende pilots meegenomen. Op dit moment lopen er twee pilots. Sinds 1 januari 2022 loopt een pilot mediation en juridische ondersteuning bij de sector Rijk en sinds 1 september 2022 loopt de pilot psychosociale ondersteuning bij de Stichting Slachtofferhulp Nederland. Daarnaast is het voornemen om een brede pilot juridische ondersteuning te starten voor alle klokkenluiders in Nederland. Hierover lopen op dit moment verkennende gesprekken met de Raad voor Rechtsbijstand. Het is de bedoeling om gedurende de looptijd van de pilots ervaringsgegevens te verzamelen om na te gaan hoe de ondersteuning voor klokkenluiders het beste kan worden ingericht. Hiervoor wordt een onafhankelijk bureau aangezocht dat de pilots kan evalueren. De uitkomsten van deze evaluaties worden voor zover mogelijk betrokken bij het wetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet Huis voor klokkenluiders.

### Vertrouwenspersonen

In mei 2023 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het wetsvoorstel waarmee de aanstelling van een vertrouwenspersoon verplicht wordt. Het gaat om de Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon. Met dit initiatiefwetsvoorstel wil de initiatiefnemer iedere werknemer een wettelijk recht op toegang tot een vertrouwenspersoon geven. Daarnaast wordt de positie van de vertrouwenspersoon in de organisatie versterkt. Het wetsvoorstel draagt bij aan het terugdringen van ongewenst gedrag op de werkvloer en het creëren van een veilige werkomgeving voor alle werknemers.<sup>141</sup>

De verplichting om een vertrouwenspersoon te hebben wordt vooralsnog beperkt tot organisaties met ten minste tien werknemers. Omdat een verplichte aanstelling van een vertrouwenspersoon leidt tot een verhoging van de administratieve en financiële lasten voor werkgevers, wordt de mogelijkheid opgenomen om een externe ver-

trouwenspersoon aan te stellen, al dan niet georganiseerd via een branchevereniging of arbodienst.<sup>142</sup>

Mogelijk dat de rol van vertrouwenspersoon wordt gecombineerd met die van onafhankelijk meldloket uit de Wbk. Dat betekent dat vertrouwenspersonen mogelijk niet alleen melders van ongewenste omgangsnormen bijstaan, maar dat bij hen ook klokkenluidersmeldingen, meldingen over mogelijke maatschappelijke misstanden, worden gedaan. Uit een Kamerbrief van demissionair minister Bruins Slot (Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) aan de Voorzitter van de Eerste Kamer bestaat er geen spanning als deze twee functies worden gecombineerd.<sup>143</sup> De vertrouwenspersoon kan uiteraard zelf geen opvolging geven aan de klokkenluidersmelding. Hij/zij fungeert in deze hoedanigheid slechts als doorgeefluik van een melding naar de door de werkgever op grond van de Wet bescherming klokkenluiders aangewezen onafhankelijke functionarissen die onderzoek doen naar de melding.<sup>144</sup>

*‘De vaste commissie stelt eerst enkele vragen over het interne meldkanaal (bij werkgevers). De commissie vraagt of ik vind dat de rol van vertrouwenspersoon/adviseur gecombineerd kan worden met de rol van onafhankelijk meldloket, ook als de vertrouwenspersoon de melder adviseert, steunt en representeert. Volgens de commissie lijkt dit op gespannen voet te staan met elkaar. Ik kan hierop antwoorden dat er geen spanning zit in het combineren van de rollen van vertrouwenspersoon en onafhankelijk meldloket, in die zin dat de vertrouwenspersoon als ontvanger en doorgeefluik van een melding kan fungeren. Een werkgever kan de mogelijkheid bieden om bij of via een vertrouwenspersoon een melding te doen. De vertrouwenspersoon gaat vertrouwelijk om met de identiteit van de melder.’*

### Nieuw Europees anti-corruptiepakket

Op 3 mei is door de Europese Commissie het nieuwe corruptiebestrijdingspakket gepubliceerd.<sup>145</sup> Dit volgt op de toezegging die voorzitter Von der Leyen in haar toespraak over de Staat van de Unie 2022<sup>146</sup> heeft gedaan. Het idee is dat de Commissie haar acties zal opvoeren: voortbouwend op bestaande maatregelen, zal zij meer inspanningen leveren om de preventie van corruptie te integreren in het ontwerp van EU-beleid en zal zij de lidstaten actief ondersteunen bij de ontwikkeling van een krachtig corruptiebestrijdingsbeleid en robuuste anti-corruptiewetgeving. Via het jaarlijkse verslag over de rechtsstaat houdt de Commissie ook toezicht op de ontwikkelingen op het gebied van corruptiebestrijding op nationaal niveau, brengt zij uitdagingen in kaart en doet zij aanbevelingen aan de lidstaten.

142 Ibid.

143 Kamerstukken II 2022/23, 35851; Kamerbrief 3 juli 2023, Nadere vragen over de Wet bescherming klokkenluiders.

144 Ibid.

145 ‘Publicatie voorstel voor Voorstel richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van corruptie’, Bijzonderstrafrecht.nl 4 mei 2023.

146 Staat van de Unie 14 september 2022, te raadplegen via: [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2022\\_nl](https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2022_nl).

141 ‘Wetsvoorstel verplichte aanstelling vertrouwenspersoon door de Tweede Kamer’, Bijzonderstrafrecht.nl 24 mei 2023.



Het pakket bestaat uit drie pijlers:

1. voorstel voor een Richtlijn ter bestrijding van corruptie binnen de EU;<sup>147</sup>
2. de ontwikkeling van de eerste EU-strategie voor corruptiebestrijding en het opzetten van een EU-netwerk tegen corruptie;
3. een nieuw kader van sancties in het kader van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB) tegen corruptie.

De richtlijn betreft het eerste instrument dat ziet op de bestrijding van zowel ambtelijke omkoping als niet-ambtelijke omkoping. Overigens is het uitdrukkelijk de bedoeling voort te borduren op het bestaande EU-kader voor corruptiebestrijding<sup>148</sup> en dit puur te actualiseren.<sup>149</sup>

Het voorstel bevat verschillende preventieve maatregelen, zoals het organiseren van bewustwordingsactiviteiten en het trainen van ambtenaren en leden van het Openbaar Ministerie, de rechtspraak en opsporingsautoriteiten. Daarnaast bevat het voorstel regels voor het melden van financiële belangen door ambtenaren, regels voor contacten tussen de private en publieke sector en regels voor het inrichten van gespecialiseerde preventieve anticorruptieorganen of -afdelingen. Tot slot verplicht het voorstel lidstaten tot het houden van een periodieke risicoanalyse om zo te bezien welke sectoren het meest kwetsbaar zijn voor corruptie, zodat deze risico's kunnen worden geadresseerd.<sup>150</sup>

Daarnaast worden verschillende repressieve maatregelen voorgesteld. Zo bevat het voorstel diverse strafbaarstellingen, die grotendeels zijn gebaseerd op het Verdrag van de VN tegen corruptie. Ook bevat het voorstel met betrekking tot de opsporing een verplichting om voor effectieve opsporingsmethoden te zorgen, zoals de methoden die worden gebruikt voor het tegengaan van georganiseerde misdaad en andere serieuze vormen van criminaliteit, en om samenwerking tussen de lidstaten en diverse Europese instanties – zoals Europol, het Europees Openbaar Ministerie en de Commissie – te waarborgen en te garanderen. Ook zullen lidstaten statistische data over de strafbare feiten uit het voorstel dienen te verzamelen en te publiceren.<sup>151</sup>

147 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bestrijding van corruptie, ter vervanging van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad en van de Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1371 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn ter bestrijding van corruptie binnen de EU).

148 Met het voorstel voor de richtlijn worden het Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector en de overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de EU betrokken zijn, vervangen. Daarnaast wijzigt het voorstel de richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt.

149 Ibid.

150 Kamerstukken II 2022/23, 22112, nr. 3717.

151 Ibid.

De uiteindelijk implementatie van de voorgestelde richtlijn zal ook voor Nederland de nodige impact hebben. Het voorstel voor een richtlijn zal leiden tot aanpassing van strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. De reikwijdte van enkele bestaande strafbepalingen moet worden uitgebreid en er zullen enkele nieuwe strafbepalingen moeten worden ingevoerd. Delicten die op basis van het voorliggende voorstel in nationale regelgeving opgenomen dienen te worden en die ons op dit moment nog niet bekend zijn, betreffen onder andere:

- wederrechtelijke toe-eigening (*misappropriation*);
- ongeoorloofde beïnvloeding (*trading in influence*);
- misbruik van functie (*abuse of functions*);
- belemmering van de rechtsgang (*obstruction of justice*);
- illegale verrijking (*illicit enrichment*).

Daarnaast worden de wettelijke strafmaxima voor verschillende omkopingsdelicten verhoogd. Zo schrijft de richtlijn voor niet-ambtelijke omkoping een gevangenisstraf voor van vijf jaar, terwijl er op dit moment bij ons een maximale gevangenisstraf van vier jaar op staat. Ten aanzien van rechtspersonen schrijft de richtlijn voor dat het mogelijk moet zijn om boetes (strafrechtelijk dan wel niet-strafrechtelijk) op te leggen met een maximum van 5% van de totale wereldwijze omzet in het boekjaar voorafgaand aan het vonnis, uitsluiting van aanbestedingen, ontzetting uit de uitoefening van commerciële activiteiten, intrekken van de vergunning om activiteiten uit te oefenen in de context van de overtreding, plaatsing onder gerechtelijk toezicht, liquidatie en tijdelijke of permanente sluiting.

Begin juni 2023 is te kennen gegeven dat het kabinet zal inzetten op het verlagen van de voorgestelde strafmaxima of het niet dwingend voorschrijven hiervan. De reden hiervan is erin gelegen dat een aantal definities van strafbepalingen uit het voorstel (zoals *embezzlement*) in de Nederlandse strafwet geen separate strafbaarstelling kent, maar via diverse, meer algemene strafbepalingen strafbaar is gesteld. De verplichtingen uit het voorstel zouden in de Nederlandse context resulteren in ofwel een substantiële verhoging van minimale strafmaxima voor een aantal algemene delicten (onder meer diefstal, oplichting, bedreiging), ofwel de invoering van een aantal specifieke strafbaarstellingen met een hoger minimaal strafmaximum in de context van corruptie.<sup>152</sup>

Ook roept de richtlijn strafverzwarende en -verzachtende omstandigheden in het leven.<sup>153</sup> Als strafverzwarende omstandigheden worden genoemd:

- de dader is een hoge ambtenaar;
- de dader is reeds eerder veroordeeld voor een corruptie;
- de dader heeft een aanzienlijk voordeel verkregen of het strafbare feit heeft aanzienlijke schade veroorzaakt;

152 Ibid.

153 Art. 18 van het voorstel voor de richtlijn.

- de dader heeft het strafbare feit gepleegd ten voordele van een derde land;
- de dader oefent onderzoeks-, vervolgings- of be-rechtingstaken uit;
- het strafbare feit werd gepleegd in het kader van een criminele organisatie;
- de dader is een Wwft-meldingsplichtige entiteit;
- de dader is een werknemer van een meldingsplichti-ge entiteit; of
- de dader heeft de bevoegdheid, individueel of als lid van een orgaan van de meldingsplichtige entiteit, om die entiteit te vertegenwoordigen, of de be-voegdheid om namens die entiteit beslissingen te nemen of om zeggenschap uit te oefenen binnen de meldingsplichtige entiteit, en heeft het strafbare feit gepleegd in het kader van de uitoefening van zijn of haar beroepsactiviteiten.

Maar met name de strafverzachtende omstandighe-den<sup>154</sup> zijn erg interessant:

- de dader verstrekt de bevoegde autoriteiten infor-matie die zij anders niet hadden kunnen verkrijgen door te helpen bij
  - het identificeren van andere daders of het voor het gerecht brengen van die daders, of
  - het vergaren van bewijs;
- de dader is een rechtspersoon die vóór of na het ple-gen van het strafbare feit doeltreffende interne con-troles, programma's voor ethisch bewustzijn en na-levingsprogramma's heeft opgezet om corruptie te voorkomen, en
- de dader is een rechtspersoon die, zodra het strafba-re feit is ontdekt, snel en vrijwillig het strafbare feit aan de bevoegde autoriteiten heeft gemeld en corri-gerende maatregelen heeft genomen.

In Nederland wordt inmiddels al jaren vanuit de praktijk gevraagd om duidelijkheid over wat bedrijven kunnen verwachten wanneer zij zelfmelden. Zou deze richtlijn het duwtje in de rug betekenen? Dat weet ik zo net nog niet, want er is nu al aangegeven dat het kabinet zal in-zetten op het niet-dwingend voorschrijvend van straf-verzwarende en -verzachtende omstandigheden.<sup>155</sup>

Wat ook noemenswaardig is, zijn de gevallen waarin op basis van de richtlijn rechtsmacht gevestigd moet kun-nen worden.<sup>156</sup> Wanneer de huidige tekst zou worden aangenomen, zou dat een nieuwe grond voor ons bete-kenen, namelijk in het geval dat *'het strafbare feit is ge-pleegd ten voordele van een op zijn grondgebied gevestigde rechtspersoon'*.

Tot slot: klokkenluiden. De richtlijn breidt de toepassing van de Klokkenluidersrichtlijn uit. In geval van een ver-moeden van corruptie valt dat nu enkel binnen de reikwijdte van de Klokkenluidersrichtlijn wanneer daar-door de financiële belangen van de Unie worden ge-

schaad.<sup>157</sup> Onder onze Wet bescherming klokkenluiders vallen enkel meldingen van corruptie die een maat-schappelijke impact hebben.<sup>158</sup> De voorgestelde richtlijn beoogt daar verandering in te brengen: klokkenluiders-bescherming dient ook te worden geboden wanneer melding wordt gedaan van de strafbare feiten die wor-den genoemd in de richtlijn. Kort en goed: omkopings-delicten. De richtlijn draagt de bevoegde nationale autoriteiten op ervoor te zorgen dat *'de personen die be-wijsmateriaal verstrekken of anderszins meewerken aan strafrechtelijke onderzoeken, de nodige bescherming, on-dersteuning en bijstand krijgen in het kader van strafpro-cedures'*.<sup>159</sup> Deze bewoordingen lijken overigens een stuk verder te gaan dan de bescherming die wordt geboden onder zowel de Klokkenluidersrichtlijn als de Wbk. Zeer interessant dus om te bezien welke impact deze richtlijn gaat hebben op de verdere bescherming van klokkenlui-ders.

## Bijzondere wetgeving (I)

Verzorgd door mr. R.S. Wijling en mr. L.S.E. Hinrichs

### Inleiding

Het afgelopen halfjaar heeft duidelijker gemaakt hoe rechters en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omgaan met de gevolgen van de Harder-wijk-uitspraak.<sup>160</sup> In onze bijdrage staan wij hierbij stil, zowel bij de bespreking van de relevante rechtspraak op het gebied van de Opiumwet, als op het gebied van de Drank- en Horecawet / Alcoholwet. Ook gaan wij in dit onderdeel van de kroniek in op de Wet op de kansspelen. Wij sluiten af met enkele overige signaleringen.

### Opiumwet

Wij benoemen in de eerste plaats de uitspraak van de Afdeling van 29 maart 2023.<sup>161</sup> In deze uitspraak gaat de Afdeling in op de vraag of een persoon zelf wetenschap of een ernstig vermoeden moet hebben dat de in een pand aanwezige stoffen of voorwerpen bestemd zijn voor onder meer het telen of bereiden van drugs. Anders dan de rechtbank Rotterdam komt de Afdeling tot het oordeel dat dit niet noodzakelijk is voor het ontstaan van de sluitingsbevoegdheid ex artikel 13b Opiumwet. Het is voldoende als een burgemeester op basis van de feitelijke situatie voldoende aannemelijk maakt dat in het pand voorwerpen of stoffen aanwezig waren waar-van kan worden geweten of ernstig worden vermoed dat deze bestemd waren voor drugshandel. De vraag of een persoon zelf wetenschap had of verwijtbaar heeft ge-handeld komt bij de beoordeling van de evenredigheid van de sluiting in beeld. In deze concrete zaak werden

157 Zie de toelichting op het voorstel voor de richtlijn.

158 J. Boonstra, 'Klokkenluidersbescherming anno 2023 en de praktische im-plicaties voor organisaties', *TBS&H* 2023, p. 111-120.

159 Zie de toelichting op het voorstel voor de richtlijn.

160 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *JB* 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels.

161 ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1251, *NJB* 2023/1008.

154 Ibid.

155 *Kamerstukken II* 2022/23, 22112, nr. 3717.

156 Art. 20 van het voorstel voor de richtlijn.

– naast grote hoeveelheden versnijdingsmiddel en gripzakjes – ook een groot aantal vitrines met geldtelmachines, versnijdingsmiddel en verpakkingen levensmiddelen met verborgen ruimtes aangetroffen. Met deze constatering voldeed de burgemeester aan de op hem rustende bewijslast en kon tot een sluiting van het pand ex artikel 13b Opiumwet worden overgegaan. De Afdeling komt vervolgens tot het oordeel dat de sluiting ook overigens noodzakelijk en evenredig was, waarbij weer een groot belang wordt gehecht aan de hoeveelheid aangetroffen goederen.

Daarnaast wijzen wij op de uitspraak van de Afdeling van 25 januari 2023 waarin de Afdeling oordeelt dat niet alleen bij harddrugs, maar ook bij een grote hoeveelheid softdrugs, sprake kan zijn van een ernstig geval en dus van een noodzaak tot sluiting.<sup>162</sup> Uit deze uitspraak volgt ook dat als een burgemeester hangende een bezwaarprocedure tot heropening van een woning besluit, dit besluit moet worden betrokken bij de beoordeling in bezwaar. De burgemeester kan dan niet zijn oorspronkelijke besluit met daarin een langere sluitingsduur handhaven zonder tegenstrijdige besluiten te nemen.

Verder heeft het eerste halfjaar van 2023 een groot aantal uitspraken opgeleverd die een wisselend beeld laten zien voor wat betreft de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Wij signaleren de algemene lijn dat op burgemeesters een inspanningsplicht rust tot het (actief) informeren naar de mogelijkheden tot vervangen de woonruimte. Aan deze inspanningsplicht lijkt – op het moment dat geen minderjarige kinderen of zorgbehoevenden in de woning woonachtig zijn – snel te zijn voldaan. Op een betrokkene rust namelijk ook een eigen inspanningsplicht.<sup>163</sup> De Harderwijk-uitspraak lijkt op dit punt niet tot veel wijzigingen te hebben geleid. In het geval van minderjarige kinderen in een woning lijkt de lijn echter te zijn dat (veel) meer inspanningen van de burgemeester mogen worden verwacht en verwacht de Afdeling wel meer inspanningen van de burgemeester dan voorheen.<sup>164</sup> Dit mede gelet op het bepaalde in artikel 8 EVRM.

Ons viel tot slot de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant op, vanwege de beoordeling van een besluit tot verschuiving van de sluitingsdatum.<sup>165</sup> Alhoewel het ‘slechts’ een e-mail betrof van de burgemeester met daarin een toewijzing van een verzoek om verschuiving, merkt de voorzieningenrechter deze e-mail toch als besluit aan. De burgemeester heeft namelijk in de e-mail de evenwichtigheid van de sluiting opnieuw beoordeeld en geoordeeld dat een sluiting op dat moment niet evenwichtig was, gelet op per-

soonlijke omstandigheden. De sluiting was volgens de burgemeester wel evenwichtig tegen een latere datum en de voorzieningenrechter deelt dit oordeel.

### Drank- en Horecawet / Alcoholwet (Bibob)

Alhoewel de uitspraak mede ziet op de Opiumwet, noemen wij in het kader van de Drank- en Horeca / Alcoholwet (Bibob) de uitspraak van de Afdeling van 1 maart 2023.<sup>166</sup> In deze uitspraak corrigeert de Afdeling met harde hand de rechtbank Gelderland. De rechtbank is bij de beoordeling van de vraag of een leidinggevende aan de eis van zedelijk gedrag voldoet – zoals bedoeld in artikel 1 en artikel 5 lid 1 Besluit eisen zedelijk gedrag Drank- en Horecawet 1999 (Besluit) – van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. De Afdeling oordeelt dat de burgemeester er in beginsel van uit mag gaan dat een leidinggevende van een inrichting een verwijt treft indien deze inrichting binnen de laatste vijf jaar ten minste één maand is gesloten op grond van artikel 13b Opiumwet. Het is in die gevallen aan de inrichting om aannemelijk te maken dat de leidinggevende geen verwijt treft. De Afdeling formuleert hiermee een omgekeerde bewijslast. Wij signaleren ook hier het spanningsveld tussen persoonlijke verwijtbaarheid als bedoeld in het Besluit en het juist niet hoeven aantonen van deze persoonlijke verwijtbaarheid door een burgemeester bij een sluiting ex artikel 13b Opiumwet. Immers, die sluiting is pand- en niet persoonsgericht.

Verder is de uitspraak van de Afdeling van 29 maart 2023 over de intrekking van een vergunning voor de exploitatie van een coffeeshop te Beverwijk het vermelden waard.<sup>167</sup> In deze uitspraak stond met name de vraag centraal of er voldoende grondslag bestond voor gegevensverwerking door RIEC-partners. De Afdeling oordeelt dat nog geen brede wettelijke grondslag bestaat voor verwerking en verstrekking van persoonsgegevens binnen alle partners van het RIEC. Voor de specifieke verstrekkingen waarin het in deze kwestie om gaat (verstrekkingen tussen de Belastingdienst, het Landelijk Bureau Bibob (LBB) en de burgemeester), bestond echter wel voldoende wettelijke grondslag. De Afdeling wijst hierbij op de AWR en de Wet Bibob waaruit deze wettelijke grondslag volgt. Uit de AWR volgt daarbij weliswaar een verplichting voor de Belastingdienst om bepaalde gegevens geheim te houden, maar van dit verbod kan worden afgeweken bij regeling (i.c. het Regionaal Convenant van het RIEC). Verder oordeelt de Afdeling in deze uitspraak dat een intrekking van een gedoogbeslissing geen besluit is en – behoudens uitzonderingsgevallen – niet met een besluit kan worden gelijkgesteld. In beginsel kan dan ook geen rechtsmiddel tegen een intrekking worden aangewend, tenzij sprake is van een uitzonderlijk geval. Tot op heden is alleen een uitzonderlijk geval aangenomen in het geval dat het uitlokken van handhavend optreden een (groot) risico op een vrij-

162 ABRvS 25 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:277, Gst. 2023/33, m.nt. M. Buitenhuis.

163 Wij verwijzen in dit verband onder meer naar ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:601, Gst. 2023/32, m.nt. M. Buitenhuis.

164 ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:601, Gst. 2023/32, m.nt. M. Buitenhuis; Rb. Noord-Nederland 26 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1713.

165 Rb. Oost-Brabant 24 januari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:348.

166 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:855, Gst. 2023/31, m.nt. W.P. Adriaanse.

167 ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1254, Gst. 2023/49, m.nt. B. van der Vorm.



heidsbenemende maatregel met zich zou brengen.<sup>168</sup> Wel kan sprake zijn van zodanige samenhang tussen het intrekken van een exploitatievergunning en een gedoogbeslissing dat sprake is van onlosmakelijke samenhang en gelijktijdige beoordeling nodig is. Houdt de intrekking van de exploitatievergunning namelijk geen stand, dan heeft dit ook gevolgen voor de gedoogbeslissing. Omdat de intrekking van de exploitatievergunning in dit geval standhoudt, komt de Afdeling niet meer aan de beoordeling van de gedoogbeslissing toe.

Voor wat betreft rechtspraak noemen wij tot slot de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 6 april 2023. In deze uitspraak stond de vraag centraal of terecht een horeca- exploitatievergunning en terrasvergunning waren geweigerd, omdat er een ernstig gevaar zou bestaan als bedoeld in artikel 3 lid 1 onder b Wet Bibob (de b-grond).<sup>169</sup> Voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan strafbare feiten is volgens de rechtbank echter meer nodig dan het enkel tolereren en faciliteren van strafbare feiten. Het enkel zijn van leidinggevende is onvoldoende om te kunnen spreken van feitelijk leidinggeven. Voor feitelijk leidinggeven is volgens de rechtbank nodig dat zeggenschap en wetenschap heeft bestaan van de strafbare handeling of gedraging. De rechtbank neemt zeggenschap wel aan, maar wetenschap niet. Dit levert een motiveringsgebrek op in de besluitvorming, omdat die feiten niet betrokken hadden mogen worden bij de gevaarsbeoordeling. De strafbare feiten die overblijven en wel betrokken mochten worden, kwalificeren maar deels als ernstig. Dit leidt tot het oordeel van de rechtbank dat de strafbare feiten en de ernst daarvan leiden tot een mindere mate van gevaar. Omdat verder geen sprake is van bijkomende omstandigheden (zoals antecedenten), is een weigering van de vergunningen niet evenredig.

Tot slot wijzen wij op het recent gepubliceerde jaarverslag van het LBB over het jaar 2022.<sup>170</sup> Het LBB ontving minder adviesaanvragen dan het jaar ervoor. Deze afname had een positief effect op de doorlooptijden. In 2022 trad verder de tweede tranche van de Wet Bibob en daarmee het Bibob-register in werking. Vanaf de datum van inwerkingtreding (oktober 2022) tot 1 januari 2023 zijn in totaal 732 informatieverzoeken ontvangen. Wel heeft de onafhankelijke kwaliteitscommissie Bibob geoordeeld dat de kwaliteit van de adviezen van het LBB beter kan, zowel wat betreft inhoud als structuur.

### Wet op de kansspelen

De jurisprudentie van de Afdeling op het gebied van de Wet op de kansspelen (WKS) was het afgelopen halfjaar beperkt. De Afdeling bevestigt in twee uitspraken de eerdere lijn dat exploitatievergunningen voor speelautomatenhallen schaarse vergunningen zijn als deze

bij gemeentelijke beleidsregels in aantal worden beperkt.<sup>171</sup> Dit houdt in dat verlening van een vergunning via een transparante procedure moet gebeuren, waarbij potentiële gegadigden gelijke kansen krijgen om mee te dingen. Specifiek in de langlopende Vlaardingse kwestie signaleren wij – naast allerlei aanvraagperikelen – de overwegingen van de Afdeling over de belangen die de WKS beoogt te beschermen. Deze belangen omvatten onder meer het woon- en leefklimaat, omdat dit onder het belang van het beschermen en waarborgen van de openbare orde, veiligheid en zedelijkheid kan worden geschaard.

De eerder bij uitspraak van de Afdeling van 30 november 2022 ingezette lijn dat ook bij illegaal gokken in een pand nog steeds geconcretiseerd moet worden dat, en waarom, sprake is van vrees voor gevaar voor de openbare orde, zien wij terug in lagere rechtspraak.<sup>172</sup> Zowel de rechtbank Overijssel als de rechtbank Rotterdam oordeelden dat bij gebreke aan concrete gevaren een burgemeester niet tot sluiting kon overgaan van een pand.<sup>173</sup> Een burgemeester kan namelijk niet met een algemene opsomming van gevaren volstaan.

### Overige signaleringen

Ter afsluiting wijzen wij op de uitspraken van de Afdeling waarin de rechtspraak over het begrip ‘overtreder’ is genuanceerd en meer in lijn is gebracht met het strafrecht.<sup>174</sup> Wij hebben ons afgevraagd of een verschuiving valt te verwachten op het gebied van artikel 13b Opiumwet. Nu deze sluitingen als vorm van bestuursdwang primair op het pand zelf zijn gericht en er dus geen overtreder nodig is, is dit wellicht niet het geval. Dit ligt anders in het geval een sluiting ex artikel 13b Opiumwet wordt afgedwongen met een last onder dwangsom of sprake is van kostenverhaal na (spoed)bestuursdwang. Dan komt (vaak) wel de vraag op of sprake is van functioneel daderschap.

## Bijzondere wetgeving (II)

*Verzorgd door em. prof. mr. H.J.B. Sackers*

### Wet wapens en munitie

Rond de jaarwisseling is het Eindrapport van de Commissie Wet wapens en munitie aan de minister aangeboden. In het rapport ‘Ringen rond de roos’ heeft de commissie adviezen gegeven over de ontwikkeling van een nieuwe Wet wapens en munitie, waarbij met name aanpassing en modernisering van het legale wapenbezit

168 ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7160, AB 2011/104, m.nt. F.R. Vermeer.

169 Rb. Midden-Nederland 6 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1854.

170 Jaarverslag Landelijk Bureau Bibob 2022, te raadplegen via: [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/05/22/tk-bijlage-1-jaarverslag-landelijk-bureau-bibob](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/05/22/tk-bijlage-1-jaarverslag-landelijk-bureau-bibob).

171 ABRvS 10 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1830, JB 2023/131; ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1265, NJB 2023/1097.

172 ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3518.

173 Rb. Overijssel 26 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1892; Rb. Rotterdam 2 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:849.

174 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, NTFR 2023/992, m.nt. J.M. Sitsen; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, JB 2023/149, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

centraal staan.<sup>175</sup> De minister heeft toegezegd dat zij later in 2023 met een beleidsreactie zal komen. Diezelfde minister bracht ondertussen een conceptvoorstel tot wijziging van de Wet wapens en munitie in consultatie. Ter uitvoering van het ‘Actieplan wapens en jongeren’ wordt voorgesteld de verkoop van bepaalde gebruiksmessen en het dragen daarvan in de openbare ruimte strafbaar te stellen. Voorgesteld wordt scherpe (gebruiks)voorwerpen die in de praktijk op straat als steek- of dreigwapen kunnen worden gebruikt, aan te wijzen als wapen van de categorie IV onder 6<sup>o</sup>.

Zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke rechtspraak over de Wet wapens en munitie van de afgelopen periode levert weinig opmerkelijk nieuws. Zo is van de strafrechtelijke jurisprudentie HR 17 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:39, *NJB* 2023/337 een reprise van het eerder in deze Kroniekrubriek besproken arrest van de Hoge Raad uit 2020.<sup>176</sup> Ook nu ging het weer om de vraag of de verdachte zich bewust is geweest van de aanwezigheid van een vuurwapen, aangetroffen in de kledingkast op de slaapkamer van de door de verdachte gehuurde woning. Het hof had overwogen dat het niet anders kon zijn dan dat de verdachte zich van de aanwezigheid van het wapen bewust is geweest. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad niet toereikend gemotiveerd, mede in aanmerking genomen dat in vaststellingen van het hof besloten ligt dat behalve de verdachte ook andere personen toegang hadden tot de woning. Nagenoeg gelijkluidend was het oordeel in HR 4 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:527, *NJB* 2023/994. Hierin ging het om in de koelkast van een bedrijfspand aangetroffen kogelpatronen. De Hoge Raad vond het niet zonder meer begrijpelijk dat het hof op grond van door de verdachte gedane uitlatingen had aangenomen dat de verdachte zich van de aanwezigheid van die kogels bewust moet zijn geweest. Opmerkelijk is dat A-G Paridaens, die dezelfde toets uit het arrest van 2020 aanlegt, in haar conclusie voor dit arrest tot een tegenovergestelde beoordeling komt.<sup>177</sup>

In HR 20 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:936, *NJB* 2023/1718 wierp de verdediging de stelling op dat het ontbreken van verschillende onderdelen aan een voorwerp (in casu een gaspistool), verhindert dat van een (vuur)wapen in de zin van de wet kan worden gesproken. Die opvatting is (volgens vaste rechtspraak) onjuist. Zo luidde ook het oordeel van de Hoge Raad. Het gaat er immers om of een voorwerp bestemd of geschikt is om projectielen (of stoffen) door een loop af te schieten. De enkele omstandigheid dat het voorwerp in gedemonteerde staat wordt aangetroffen, of dat het voorwerp door het ontbreken van een of meer onderdelen niet voor direct gebruik gereed is, brengt niet met zich dat die bestemming of geschiktheid van dat voorwerp als vuurwapen ontbreekt.

HR 10 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:18, *RvdW* 2023/134 is het signaleren waard, niet zozeer omwille van het materiële recht, maar vooral vanwege de discussies over de inbreng van de verschillende wapenweteskundigen, waarover uitvoerig valt te lezen in de conclusie van A-G Paridaens.<sup>178</sup>

Bestuursrechtelijke zaken over de Wet wapens en munitie gaan bijna altijd over geweigerde of ingetrokken bevoegdheidsdocumenten. De grond daarvoor is dan ‘vrees voor misbruik’. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is, om die vrees te onderbouwen, zelfs geringe twijfel aan het iemand kunnen toevertrouwen van wapens en/of munitie voldoende om een vergund wapenverlof in te trekken of een aanvraag te weigeren. ABRvS 3 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1719 is voor die rechtspraak exemplarisch. De aanvraag van de appellant om een wapenverlof was afgewezen omdat de korpschef vond dat de man geen wapen kon worden toevertrouwd. De appellant bleek in maart 2020 (enkele maanden voordat hij een wapenverlof aanvroeg) betrokken te zijn geweest bij een incident. Bij dat incident had hij bij de balie van een tankstation in een voor wisselgeld bestemd gat in het tegen coronabesmetting geplaatste scherm, richting baliemedewerker ‘luid gekucht’. Een ‘geintje’, zal de appellant later verklaren. De baliemedewerker had een ander gevoel voor humor, want hij deed (angstig voor het besmettingsrisico) prompt aangifte van een poging tot toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Bemiddeling van de wijkagent stuitte op de onwil van de appellant zijn excuses aan te bieden en op diens ferme uitspraken in de richting van de baliemedewerker, geuit tegenover de wijkagent. Hoewel de strafzaak inmiddels was geseponeerd, werd de verlofaanvraag geweigerd. De korpschef leidde namelijk uit de uitlatingen van de appellant een potentieel veiligheidsrisico af, waardoor er geen vertrouwen was om hem wapenbezit toe te staan. Daarmee was de Afdeling het eens. Aan haar oordeel deed niet af dat de appellant de gewraakte uitlatingen heeft ontkend, en zelfs een klacht tegen de wijkagent indiende.

## Europees strafrecht

Verzorgd door mr. dr. S.S. Buisman en mr. E. Filius

### Algemene ontwikkelingen

- *Jaarverslag EOM 2022: EOM plaatst omzetfraude in de schijnwerpers*

Het Europees Openbaar Ministerie publiceerde op 1 maart 2023 zijn jaarverslag.<sup>179</sup> Uit het jaarverslag komt naar voren dat het EOM zich in belangrijke mate focust op EU-fraude die de belangen van overheden schaadt, in het bijzonder ten aanzien van grensoverschrijdende

<sup>175</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 33033, bijlage bij nr. 36.

<sup>176</sup> HR 31 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:504; *NJ* 2020/251, m.nt. H.J.B. Sackers.

<sup>177</sup> Conclusie A-G 14 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:143.

<sup>178</sup> Conclusie A-G 15 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1052.

<sup>179</sup> European Public Prosecutor's Office, *Annual Report 2022*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2023 via [www.eppo.europa.eu](http://www.eppo.europa.eu).

btw-fraude. In 2022 werden er 3318 zaken bij het EOM gerapporteerd en werden er 865 onderzoeken geopend. In totaal werd er € 359,1 miljoen aan vermogen bevroren. Eind 2022 waren er 1117 actieve onderzoeken met een totale geschatte waarde van € 14,1 miljard. 16,5% van de actieve onderzoeken betrof btw-fraude, die 47% van de geschatte waarde omvatte.

Het EOM rapporteert voorts dat hoewel de fraudedetectie in de verschillende lidstaten toeneemt, een aantal onderdelen van de verordening moeten worden herzien, zoals het vereenvoudigen van de administratieve complexiteit van het EOM, het uitbreiden van de EOM-bevoegdheid tot smokkel en het verduidelijken van de mogelijkheden tot justitiële samenwerking tussen de verschillende gedelegeerde officieren van justitie.

- *Samenwerkingsovereenkomst Eurojust en OLAF*

Op 29 maart 2023 hebben Eurojust en het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) een nieuwe werkafspraken ondertekend.<sup>180</sup> Met deze werkafspraken wordt beoogd de samenwerking tussen deze EU-agentschappen te versterken om zodoende fraude, corruptie, milieucriminaliteit en andere strafbare feiten of onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad te voorkomen. Met deze afspraak wordt de oude samenwerkingsovereenkomst uit 2008 vervangen. De nieuwe werkafspraken schetst de praktische details van de institutionele, strategische en operationele samenwerking tussen de EU-agentschappen en bouwt voort op het werk van speciale verbindings teams. Daarnaast voorziet de afspraak in de voorbereiding van actieplannen voor gemeenschappelijke samenwerkingsprioriteiten. De afspraak creëert geen aanvullende rechten of verplichtingen voor de agentschappen (artikel 1 lid 3).

Hoofdstuk III ziet op de operationele samenwerking en somt de mogelijke vormen van samenwerking op (artikel 9). Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om wederzijds advies en bijstand, deelname aan elkaars operationele vergaderingen, deelname aan gemeenschappelijke onderzoeksteams (GOT's) en het toezenden van operationele informatie met inbegrip van persoonsgegevens. Ten aanzien van de uitwisseling en verwerking van persoonsgegevens is in de werkafspraken bepaald dat er een register moet worden bijgehouden van de doorzending en ontvangst van de gegevens (artikel 15 lid 2). Daarnaast mogen persoonsgegevens niet langer dan noodzakelijk worden bewaard (artikel 16).

Ten slotte zijn er gedetailleerde regels voor de uitwisseling van operationele informatie, het gebruik van communicatiekanalen, de toegang tot documenten, communicatie met de media en de kosten die voortvloeien uit de uitvoering van deze werkafspraken in het laatste hoofdstuk opgenomen.

- *De bescherming van klokkenluiders: inbreukprocedure bij het Hof tegen acht lidstaten*

De Europese Commissie heeft begin dit jaar een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie aangespannen tegen acht lidstaten. Tsjechië, Duitsland, Estland, Spanje, Italië, Luxemburg, Hongarije en Polen hebben volgens de Commissie verzuimd om Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden om te zetten en/of de Commissie op de hoogte te stellen van nationale omzettingsmaatregelen. Nederland heeft de richtlijn ook niet tijdig geïmplementeerd, maar diens reactie op het met redenen omkleed advies was daarentegen voldoende voor de Commissie om niet naar het Hof te stappen (INFR(2022)0143).

Richtlijn 2019/1937 verplicht lidstaten om te voorzien in doeltreffende kanalen voor klokkenluiders die werkzaam zijn in de publieke en private sector om inbreuken op de EU-wetgeving in vertrouwen te melden en een robuust systeem van bescherming tegen vergelding op te zetten.

- *Inwerkingtreding vernieuwd Schengeninformatiesysteem*

Het vernieuwde Schengeninformatiesysteem, het grootste informatie-uitwisselingsysteem voor veiligheid en grensbeheer in Europa (hierna: SIS), is sinds 7 maart 2023 in gebruik. Het systeem voert een aantal verbeteringen door zodat de autoriteiten van de aangesloten staten meer gegevens kunnen delen en op een betere manier informatie met elkaar kunnen delen. Zo zijn er nieuwe signaleringscategorieën toegevoegd en zijn er nieuwe mogelijkheden gecreëerd voor het gebruik van biometrische kenmerken om de identiteit van de in het systeem geregistreerde personen te bevestigen en te verifiëren. Daarbij gaat het om DNA-gegevens (in het geval van vermiste personen), foto's, handpalmafdrucken, vingerafdrucken, vingersporen en handpalmsporen. Ook voorziet het systeem in de mogelijkheid om meer informatie te delen over personen en voorwerpen die betrokken zijn bij terrorismegerelateerde activiteiten door bijvoorbeeld identificatiedocumenten en informatie over de gebruikte voorwerpen in het systeem op te slaan. Andere verbeteringen zien op de mogelijkheden om vermiste en kwetsbare personen te beschermen, de toevoeging van aanvullende instrumenten op het terrein van irreguliere migratie, de uitbreiding van de samenwerking tussen registratiediensten met het oog op de registratie van vaartuigen, luchtvaartuigen en vuurwapens, en een betere toegang voor EU-agentschappen zoals Europol tot het systeem.

- *Europese verordening inzake cybersolidariteit*

De Europese Commissie heeft op 18 april 2023 een voorstel tot wijziging van Verordening (EU) 2019/881 aangenomen. Met de verordening wordt beoogd om de paraatheid, opsporing van en respons op cyberincidenten in de EU te verbeteren onder andere door de capaciteit te versterken om significante en grootschalige cyberbeveili-

180 Werkafspraken tussen OLAF en Eurojust, nr. 2023/00021.



gingsdreigingen en -aanvallen in de EU op te sporen. Ook is de Commissie voornemens om een Europees cyberbeveiligingsschild, bestaande uit meerdere beveiligingsoperatiecentra (SOC's), en een cybernoodplan creëren. Ten aanzien van dit laatste worden drie actiepunten uitgelicht: de ondersteuning van paraatheidsacties, de oprichting van een EU-cyberbeveiligingsreserve en het ondersteunen van wederzijdse bijstand. Volgens de Commissie kunnen zowel het cyberbeveiligingsschild als het cybernoodplan in 2024 operationeel zijn.

Naast het voorstel tot wijziging van de Verordening heeft de Commissie de plannen voor een Cybersecurity Skills Academy gepresenteerd waarmee de zogeheten talentenkloof op het terrein van cyberbeveiliging moet worden gedicht (COM(2023) 207 final). Geïnteresseerden kunnen op de onlinelocatie een opleiding volgen. De financiering van de door de Commissie voorgestelde plannen wordt ondersteund uit het *Digital Europe Programme* (DEP).

### Jurisprudentie

- *Het EU-recht sluit niet uit dat een persoon gedurende drie jaar wordt uitgesloten van alle openbare ambten die hij verkiest als hij de regels met betrekking tot belangenconflicten heeft geschonden door een dergelijk ambt te bekleden*

Het Hof oordeelde in de zaak HvJ EU 4 mei 2023, C-40/21, ECLI:EU:C:2023:367 (*T.A.C. t. Agenția Națională de Integritate (ANI)*) dat het EU-recht niet verbiedt dat een persoon gedurende drie jaar wordt uitgesloten van alle openbare ambten die hij verkiest als hij de regels met betrekking tot belangenconflicten heeft geschonden door een dergelijk ambt te bekleden. T.A.C. is op 22 juni 2016 verkozen tot burgemeester van de gemeente MN in Roemenië voor een termijn van 2016 tot en met 2020. In 2019 stelt het ANI vast dat T.A.C. de regels inzake belangenconflicten op administratief gebied niet in acht had genomen. Hij had als burgemeester een bruikleenovereenkomst met een vereniging gesloten waarvan zijn echtgenote vicevoorzitter was. Op basis van deze overeenkomst mocht de vereniging voor een periode van vijf jaar gratis gebruik maken van de aan gemeente toebehorende ruimten. Bij het onherroepelijk worden van het beoordelingsrapport van het ANI zou de ambtstermijn van T.A.C. van rechtswege eindigen en hem een verbod worden opgelegd om gedurende drie jaar gekozen openbare ambten te bekleden. T.A.C. heeft een verzoek tot nietigverklaring van het rapport ingesteld en daarbij aangevoerd dat het Unierecht zich zou verzetten tegen een nationale wettelijke regeling waarbij automatische een sanctie wordt opgelegd aan een persoon die mogelijk heeft gehandeld in een situatie waarin sprake was van een belangenconflict, zonder dat dit verbod kan worden aangepast aan de ernst van het gepleegde feit. De verwijzende rechter besluit daarop aan het Hof vragen te stellen of het nationale verbod in overeenstemming is met het beginsel van retrospectieve proportionaliteit (artikel 49 lid 3 EU-Handvest), het recht op arbeid (artikel 15 lid 1 EU-Handvest) en het

recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het recht op toegang tot een onpartijdig gerecht (artikel 47 EU-Handvest).

Het Hof oordeelt in de eerste plaats dat artikel 49 lid 3 EU-Handvest niet van toepassing is nu er geen sprake is van een sanctie van strafrechtelijke aard. Het verbod op uitoefening van een gekozen openbare functie is naar Roemeens recht niet gekwalificeerd als strafrechtelijke sanctie. Voorts beoogt de regeling de integriteit en de transparantie bij de uitoefening van openbare functies en ambten te waarborgen en corruptie tegen te gaan. Het verbod dient zodoende hoofdzakelijk een preventief doel en geen repressief doel. Tot slot geldt het verbod om gekozen openbare ambten uit te oefenen voor een vastomlijnde groep personen met een bijzondere status. Het is van beperkte duur en betreft ook niet het stemrecht. Aldus is geen sprake van een sanctie van strafrechtelijke aard.

Nu evenwel sprake is van de tenuitvoerlegging van Unierecht, moet de sanctie wel in overeenstemming zijn met het algemene Unierechtelijke proportionaliteitsbeginsel. Het Hof oordeelt ook in dat kader dat het proportionaliteitsbeginsel zich niet verzet tegen een dergelijk verbod, mits de sanctie evenredig is tot de gemaakte inbreuk in het licht van het doel om de integriteit en de transparantie bij de uitoefening van openbare functies en ambten te waarborgen en corruptie tegen te gaan. Daarvan is geen sprake wanneer de onrechtmatige gedraging niet ernstig is vanuit het oogpunt van dit doel, terwijl de sanctie bijzonder ingrijpende persoonlijke, professionele en economische gevolgen voor de betrokkene kan hebben. De automatische oplegging biedt in dit geval de mogelijkheid het belangenconflict te beëindigen en de goede werking van de staat en betrokken gekozen organen te beschermen, alsmede gekozen functionarissen ervan te weerhouden om dergelijke ongewenste gedragingen te verrichten en hun verplichtingen op dit terrein na te komen. Bovendien wordt het verbod opgelegd omdat de gekozen openbaar functionaris een duidelijk ernstige inbreuk heeft gepleegd die een bedreiging vormen voor het functioneren van de staat en de samenleving. Het verbod is bovendien beperkt in tijd, geldt slechts voor bepaalde categorieën personen die specifieke ambten uitoefenen en is daarmee alleen van toepassing op afgebakende werkzaamheden.

Voorts oordeelt het Hof dat het recht om na democratische verkiezingen een gekozen ambt uit te oefenen niet onder de reikwijdte van artikel 15 lid 1 EU-Handvest valt. Evenmin verzet artikel 47 EU-Handvest zich tegen de betreffende nationale regeling, mits de betrokkene de mogelijkheid heeft om de rechtmatigheid van het beoordelingsrapport aan te vechten en daarbij ook de evenredigheid van de op te leggen sanctie aan de orde kan stellen.

- *Belastingdienst die rechten en plichten van het OM uitoefent is geen ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van de EOB-richtlijn*

In de zaak HvJ EU 2 maart 2023, C-16/22, ECLI:EU:C:2023:148 (*MS t. Staatsanwaltschaft Graz en Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Düsseldorf*), kwam het Hof tot het oordeel dat de belastingdienst die rechten en plichten van het OM uitoefent niet kwalificeert als een ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van de EOB-richtlijn. MS was in deze zaak onderwerp van een opsporingsonderzoek naar belastingfraude dat door de belastingdienst werd uitgevoerd. MS zou als bestuurder van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in de periode van 2015 tot en met 2020 geen omzetcijfers hebben aangegeven met betrekking tot de exploitatie van een bordeel. Voor het onderzoek vaardigde de dienst voor belastingstrafzaken en fiscale recherche te Düsseldorf (hierna: dienst voor belastingstrafzaken) een EOB uit aan het Oostenrijks openbaar ministerie (Staatsanwaltschaft Graz), waarin zij verzocht om documenten te verzamelen over de op naam van MS geopende bankrekeningen.

MS stelde bij het Oberlandesgericht Graz, de verwijzende rechter, beroep in, waarbij zij aangaf dat de dienst voor belastingstrafzaken niet als ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van artikel 2, sub c onder ii Richtlijn 2014/41/EU kon worden aangemerkt. De verwijzende rechter stelt vast dat het EOB niet is uitgevaardigd door een rechterlijke autoriteit, nu geen sprake is van een bevoegde rechter, rechtbank of officier van justitie. Er moet daarom worden onderzocht of de dienst, die naar Duits recht bevoegd is om met betrekking tot bepaalde strafbare feiten de rechten en plichten van het OM uit te oefenen, gelijk kan worden gesteld met een ‘rechterlijke autoriteit’ en met een ‘officier van justitie’ in de zin van de EOB-richtlijn.

Het Hof geeft in de eerste plaats aan dat het EOB wordt omschreven als ‘een door een rechterlijke autoriteit van een lidstaat uitgevaardigde of erkende rechterlijke beslissing die ertoe strekt in een andere lidstaat een of meer specifieke onderzoeksmaatregelen te laten uitvoeren met het oog op het verkrijgen van bewijsmateriaal conform het bepaalde in die richtlijn’. Nu het begrip rechterlijke autoriteit niet nader wordt gedefinieerd, moet voor de uitleg worden gekeken naar de andere bepalingen in de richtlijn en in het bijzonder met artikel 2 onder c. In dat artikel is bepaald dat onder uitgevaardigende autoriteit ‘een in de zaak bevoegde rechter, rechtbank, onderzoeksrechter of officier van justitie’ wordt verstaan. Voorts wordt onder een uitgevaardigende autoriteit ‘de door de uitgevaardigende staat aangeduide bevoegde autoriteit, die in de zaak in kwestie optreedt als strafrechtelijke onderzoeksautoriteit en overeenkomst de nationale wetgeving bevoegd is opdracht te geven tot bewijsgaring’ verstaan. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in het geval van de belastingdienst. Een bevel van deze laatste autoriteit moet evenwel eerst worden gevalideerd door een rechterlijke autoriteit in de zin van artikel 2 sub c onder ii. Bestuurlijke autoritei-

ten maken immers deel uit van de uitvoerende macht, en nemen dus in tegenstelling tot de rechterlijke macht niet deel aan de rechtsbedeling. Er kan dus als algemene regel worden gesteld dat in elk geval een rechterlijke autoriteit bij de uitgevaardiging van een EOB betrokken moet zijn.

Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat een dienst van een lidstaat die weliswaar tot de uitvoerende macht van die lidstaat behoort, maar overeenkomstig het nationale recht autonoom strafrechtelijke onderzoeken op belastinggebied verricht in de plaats van het openbaar ministerie en daarbij de aan dat openbaar ministerie verleende rechten en plichten uitoefent, niet kan worden gekwalificeerd als ‘rechterlijke autoriteit’ of ‘uitvaardigende autoriteit’ in de zin van de EOB-richtlijn. De dienst kan daarentegen wel onder het begrip ‘uitvaardigende autoriteit’ vallen, mits is voldaan aan de vereiste rechterlijke controle.

### EncroChat: beantwoording prejudiciële vragen door Hoge Raad

Op 19 en 30 december 2022 hebben de rechtbank Noord-Nederland<sup>181</sup> en de rechtbank Overijssel<sup>182</sup> prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld over het gebruik van informatie verkregen door het hacken van EncroChat en SkyECC. De rechtbanken stellen in het bijzonder vragen over de toepassing van het interstatelijk vertrouwensbeginsel en het bewaren en gebruiken van de gegevens. Allereerst vragen zij zich af of het interstatelijk vertrouwensbeginsel zonder meer van toepassing is op het bewijs dat is verkregen door de inzet van een opsporingsmiddel in het buitenland, in het kader van een JIT waarbij Nederland partner is. Daarnaast vragen zij of de Nederlandse rechter, gelet op het interstatelijk vertrouwensbeginsel, van de rechtmatige inzet van een opsporingsbevoegdheid in een ander land mag uitgaan en dus de betrouwbaarheid van de resultaten gegeven is, zolang het tegendeel niet onherroepelijk is komen vast te staan in dat land. Ook wordt de vraag voorgelegd of het vertrouwensbeginsel ook geldt als de gebruikers van de communicatiediensten zich op Nederlands grondgebied bevinden terwijl de interceptie van de gegevens in een andere Europese lidstaat plaatsvindt. Voorts wensen de rechters te vernemen of in een dergelijk geval een machtiging van de Nederlandse rechter is vereist en, zo ja, welk artikel daarvoor als grondslag dient. Tot slot worden aan de Hoge Raad een aantal vragen voorgelegd over het te hanteren kader bij de beoordeling van de onderzoekswensen van de verdediging ten aanzien van de onderzoeksbevoegdheid of -plicht van de Nederlandse rechter naar de rechtmatigheid van de digitale bewijsvergaring in het buitenland en het bewaren van deze gegevens.

181 Rb. Noord-Nederland 19 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4797.

182 Rb. Overijssel 30 december 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:4015, NJFS 2023/84.

Op 13 juni 2023 nam Hoge Raad een prejudiciële beslissing.<sup>183</sup> Hij vangt aan met een beslissing op de vraag wat in algemene zin het relevante toetsingskader is als in een strafzaak het Openbaar Ministerie – in het bijzonder met het oog op het gebruik voor het bewijs van die resultaten – de resultaten van in het buitenland verricht onderzoek bij de stukken voegt, mede vanuit het oogpunt van het (internationaal of interstatelijk) vertrouwensbeginsel. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen gegevens die zijn verkregen door middel van klassieke rechtshulp (kleine rechtshulp), een gemeenschappelijk onderzoeksteam (JIT), en een Europees onderzoeksbevel (EOB).

In het geval van *kleine rechtshulp* mag door Nederland alleen een verzoek worden gedaan aan buitenlandse autoriteiten als is voldaan aan de vereisten van het Wetboek van Strafvordering voor de toepassing van de gevraagde bevoegdheden in een nationaal onderzoek. De Nederlandse rechter zal in dat geval moeten beoordelen of aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Ten aanzien van de rechtmatigheid zal de beoordeling naar aard en omvang verschillen in het geval de onderzoekshandelingen onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse of Nederlandse autoriteiten worden uitgevoerd. Daarbij is het niet de taak van de Nederlandse rechter om te toetsen of de onderzoekshandelingen rechtmatig zijn uitgevoerd, indien de buitenlandse autoriteiten behoren tot een verdragspartij van het EVRM. Is sprake van een schending van een van de fundamentele rechten uit het EVRM, dan heeft de verdachte recht op een effectief rechtsmiddel in het betreffende land. Aldus kan als uitgangspunt worden gesteld dat het onderzoek rechtmatig heeft plaatsgevonden, tenzij onherroepelijk is vast komen te staan dat het onderzoek onrechtmatig was. Is sprake van een dergelijke onrechtmatigheid, dan kan de rechter aan de hand van artikel 359a Sv beoordelen of bepaalde processuele sancties moeten worden toegepast. In beginselen kan dan ook gebruik worden gemaakt van de resultaten van het in het buitenland verrichte onderzoek; het gebruik ervan mag evenwel niet in strijd zijn met artikel 6 EVRM. De rechter moet immers de ‘overall fairness’ van het strafproces waarborgen. Waar het gaat om de betrouwbaarheid van de onderzoeksresultaten geldt dat de rechter alleen het bewijs gebruikt dat hij betrouwbaar en bruikbaar acht. Hierbij maakt het in principe niet uit onder wiens verantwoordelijkheid de onderzoekshandelingen zijn uitgevoerd.

Wanneer sprake is van optreden door een *gemeenschappelijk onderzoeksteam* kunnen de bevoegde autoriteiten van twee of meer lidstaten gemeenschappelijk onderzoeken uitvoeren voor een beperkte periode en voor een bepaald doel, in een of meer van de lidstaten van het team. Eerder is al vastgesteld<sup>184</sup> dat in het geval van een gemeenschappelijk onderzoeksteam de leider van het team optreedt binnen de grenzen van zijn bevoegdheid

krachtens het nationale recht van de lidstaat waar het onderzoeksteam actief is. Bovendien kan worden gezocht om onderzoekshandelingen te verrichten op het grondgebied van de andere lidstaat met inachtneming van het recht van die andere lidstaat. Waar het gaat om de rechtmatigheid en betrouwbaarheid gelden dezelfde uitgangspunten als voor de kleine rechtshulp.

In het geval van een *Europees onderzoeksbevel* dienen de onderzoekshandelingen plaats te vinden als waren zij door de uitvoerende autoriteiten bevolen. Daarnaast dienen de in het EOB aangegeven vormvoorschriften en procedures in acht te worden genomen, mits deze niet in strijd zijn met de fundamentele rechtsbeginselen van de uitvoerende lidstaat. De zittingsrechter kan tijdens de strafprocedure een oordeel vellen of het EOB in redelijkheid door de rechter-commissaris kon worden uitgevaardigd. Echter, de rechter kan niet toetsen over de wijze waarop de resultaten in de uitvoerende lidstaat zijn verkregen. Wel dient hij te waarborgen dat het gebruik in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces en de rechten van de verdediging. Met het oog op de betrouwbaarheid geldt hetzelfde als voor de kleine rechtshulp en het gemeenschappelijk onderzoeksteam.

Ten aanzien van de noodzakelijkheid van de machtiging van de RC, stelt de Hoge Raad dat een bevel enkel nodig is als het onderzoek op initiatief van Nederland plaatsvindt (bijv. op grond van een EOB of JIT) en een bevel op grond van het Nederlandse strafprocesrecht wordt vereist. Er is dus geen machtiging vereist indien het onderzoek op initiatief van de buitenlandse autoriteiten plaatsvindt. In het geval van aftappen van communicatiediensten zijn er evenwel bijzondere regelingen die voorschriften geven voor het geval waarin het ene land overgaat tot het aftappen van de telecommunicatie, terwijl het telecommunicatieadres van de af te tappen of afgetapte persoon in gebruik is op het grondgebied van een ander land. In dat geval bestaat de verplichting voor het ene land om het andere land bepaalde gegevens te verstrekken, terwijl het andere land het voortzetten van het aftappen kan toestaan dan wel kan doen beëindigen.

Voorts stelt de Hoge Raad dat het gebruik van informatie uit andere onderzoeken van een gemeenschappelijk onderzoeksteam ook kunnen worden gebruikt voor een ander strafvorderlijk doel dan waarvoor het onderzoeksteam is ingesteld. Dat sluit overigens niet uit dat wanneer een vormverzuim is begaan in een ander onderzoek dan het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte ter zake van het aan hem ten laste gelegde feit, daaraan een rechtsgevolg wordt verbonden, met inachtneming van het hiervoor geschetste kader.

Tot slot heeft de Hoge Raad bepaald dat zowel bij verzoeken tot het voegen van stukken bij de processtukken als verzoeken tot het verkrijgen van inzage in specifiek omschreven stukken, onder meer van belang is in hoeverre die stukken van belang zijn voor de te nemen beslissingen van de rechter. Als een verzoek verband houdt met een verweer op een punt waarover de Nederlandse

183 HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, NJB 2023/1639.

184 HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:612, NJ 2022/187.



strafrechter geen oordeel toekomt, zal er in beginsel geen grond zijn om het verzoek toe te wijzen. Daarnaast dient een dergelijk verzoek te worden onderbouwd.

### Systematische verzameling biometrische en genetische gegevens in strijd met EU-recht

Begin dit jaar oordeelde het Hof in de zaak *Ministerstvo na vatreshnite raboti* dat de systematische verzameling van biometrische en genetische gegevens van een persoon die in verdenking is gesteld met het oog op de politieke registratie van die gegevens, niet verenigbaar is met het vereiste van versterkte bescherming tegen de verwerking van gevoelige persoonsgegevens (HvJ EU 26 januari 2023, C-205/21, ECLI:EU:C:2023:49).

In het kader van een strafrechtelijke procedure tegen twee handelsvennootschappen vanwege fraude hebben de Bulgaarse autoriteiten V.S. in verdenking gesteld. Zij wordt ervan verdacht te hebben deelgenomen aan een criminele organisatie die met het oog op verrijking is opgericht om op een gecoördineerde wijze strafbare feiten te plegen in die lidstaat. V.S. wordt verzocht om haar foto's te laten nemen en haar vingerafdrukken te laten afnemen zodat de politie haar kan registreren in het systeem en een DNA-profiel kan opstellen. De politie is daartoe bevoegd op grond van de Bulgaarse wettelijke regeling inzake 'politieke registratie'. V.S. verklaart dat zij op de hoogte is gesteld van de wettelijke regeling, maar dat zij zich verzet tegen het verzamelen van haar gegevens. De politie verzamelt haar gegevens dan ook niet, maar wendt zich tot de verwijzende rechter (de *Spetsializiran nakazatelen sad*) waar zij een verzoek indient om toestemming om de gegevens onder dwang te verzamelen. Bij dit verzoek zijn alleen de afschriften van de akte van inverdenkingstelling en de weigering van V.S. gevoegd.

In wezen vraagt de verwijzende rechter of de Bulgaarse bepaling verenigbaar is met Richtlijn 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad (hierna: Richtlijn 2016/680/JBZ).

Het Hof oordeelt dat de verwerking van biometrische en genetische gegevens door de politiediensten in het kader van hun onderzoeksactiviteiten ter bestrijding van criminaliteit en handhaving van de openbare orde op basis van het nationale recht is toegestaan, mits er een voldoende duidelijke en nauwkeurige rechtsgrondslag is voor het toestaan van de verwerking. Het maakt niet uit dat de nationale bepaling naar de AVG verwijst in plaats van naar de richtlijn, maar in een dergelijk geval moet uit de uitleg van alle toepasselijke nationale bepalingen op 'voldoende duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze' blijken dat de verwerking van deze gegevens onder

de richtlijn en dus niet onder de AVG valt. Het Hof benadrukt dat de bepalingen uit de AVG en de richtlijn niet gelijkwaardig zijn. Zo kan de verwerking van gevoelige gegevens, met name ter voorkoming en opsporing van strafbare feiten, zoals bedoeld in de richtlijn, slechts worden toestaan als de afname strikt noodzakelijk is, geschiedt met inachtneming van passende waarborgen voor de rechten en vrijheden en wanneer die verwerking is toegestaan door het nationale recht of het Unierecht. In de AVG staat daarentegen een principiële verbod op de verwerking van gevoelige gegevens – behoudens de vermelde uitzonderingen.

Het Hof vervolgt door te benoemen dat het de nationale wetgever vrijstaat om te voorzien in één en hetzelfde wetgevingsinstrument voor de verwerking van persoonsgegevens. Echter, de wetgever moet zich er wel van vergewissen dat er geen onduidelijkheid bestaat over de toepasselijkheid van de richtlijn of de AVG op het verzamelen van gevoelige gegevens. Volgens het Hof is het niet noodzakelijk dat de nationale bepalingen daarbij expliciet verwijzen naar de richtlijn. Echter, in het geval van een schijnbare tegenstrijdigheid tussen nationale bepalingen moet een bepaling zo worden uitgelegd dat de nuttige werking van Richtlijn 2016/680 behouden blijft.

Het Hof oordeelt dat de richtlijn en het EU-Handvest zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan de bevoegde strafrechter de verzameling van biometrische en genetische gegevens onder dwang dient toe te staan, zonder dat de rechter kan beoordelen of er gegronde vermoedens bestaan dat de persoon in kwestie het strafbare feit heeft gepleegd. Wel is van belang dat het nationale recht waarborgt dat op een later moment een doeltreffende rechterlijke toetsing kan worden verricht van de voorwaarden voor de inverdenkingstelling.

Lidstaten moeten voor een duidelijk onderscheid zorgen tussen de persoonsgegevens van de verschillende categorieën betrokken personen op grond van Richtlijn 2016/680/JBZ. Echter, die verplichting is volgens het Hof niet absoluut.

De richtlijn verzet zich niet tegen een nationale bepaling op grond waarvan onder dwang gegevens kunnen worden verzameld van personen die in verdenking zijn gesteld naar aanleiding van het bewijs dat de autoriteiten hebben verzameld waaruit blijkt dat zij opzettelijk een ambtshalve vervolgbaar strafbaar feit hebben gepleegd. Het Hof merkt daarbij op dat het in deze (preliminaire) fase van de strafrechtelijke procedure gerechtvaardigd kan zijn om de rechter tijdelijk de mogelijkheid te ontnemen om de beoordeling van het bewijsmateriaal te toetsen. Een dergelijke toets zou immers het strafrechtelijk onderzoek kunnen belemmeren. Bovendien zouden de mogelijkheden om andere strafbare feiten op te helderen door de gevoelige gegevens te vergelijken met gegevens die tijdens andere onderzoeken zijn verzameld buitensporig worden beperkt. Volgens het Hof is

de beperking van een doeltreffende voorziening in rechte niet onevenredig zolang het nationale recht erin voorziet dat op een later moment wel een doeltreffende rechterlijke toetsing plaatsvindt.

Als de rechter toestemming verleent voor het verzamelen van de gevoelige gegevens in een geval zoals in de onderhavige situatie betekent dit niet dat er inbreuk wordt gemaakt op het vermoeden van onschuld. Met de toestemming wordt volgens het Hof niet de schijn gewekt dat de betrokkene schuldig is. Het Hof vervolgt door te benoemen dat het vermoeden van onschuld juist wordt geëerbiedigd in de situatie waarin de rechterlijke instantie, die zich moet uitspreken over de (on)schuld van de betrokkene, voor de toestemming van gedwongen afname van de gegevens niet kan beoordelen of de bewijzen waarop de in verdenkingstelling berust toereikend zijn voor een veroordeling.

Ten slotte oordeelt het Hof dat Richtlijn 2016/6808 zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan is toegestaan dat biometrische en genetische gegevens systematisch worden verzameld van iedere persoon die in verdenking is gesteld vanwege een ambtshalve vervolgbaar en opzettelijk gepleegd strafbaar feit. De bevoegde autoriteit moet vaststellen of aantonen dat de verzameling strikt noodzakelijk en proportioneel is. Het Hof benadrukt dat de richtlijn onder meer beoogt een versterkte bescherming te bieden tegen de verwerking van gevoelige gegevens, waaronder biometrische en genetische gegevens. Het vereiste uit de richtlijn dat de verwerking van deze gegevens ‘slechts’ is toegestaan ‘wanneer de verwerking strikt noodzakelijk is’ moet zo worden opgevat dat er strengere voorwaarden gelden voor de rechtmatigheid van de verwerking van die gevoelige gegevens. De draagwijdte van dit vereiste moet mede worden bepaald in het licht van de beginselen inzake gegevensverwerking (bijv. doelbinding en minimale gegevensverwerking). De nationale bepaling die voorziet in de systematische verzameling van biometrische en genetische gegevens van iedereen die in verdenking is gesteld van een ‘ambtshalve vervolgbaar en opzettelijk gepleegd strafbaar feit’ is in beginsel in strijd met dit vereiste, gezien het zeer ruime toepassingsbereik van het begrip ‘ambtshalve vervolgbaar en opzettelijk gepleegd strafbaar feit’.

## Cybercrime (en cybersecurity)

Verzorgd door mr. N. van der Voort

### Inleiding

De opmars van geavanceerde AI-programma's/chatbots zoals ChatGPT zal menig lezer van deze kroniek niet zijn ontgaan. Voor de lezer die ChatGPT (nog) niet kent, is het volgende door ChatGPT gegenereerde antwoord op de vraag ‘Wat is ChatGPT en wat zijn de risico's?’, relevant:

*‘ChatGPT is een geavanceerd taalmodel ontwikkeld door OpenAI. ChatGPT maakt gebruik van machine learning en kunstmatige intelligentie om tekst te verwerken en te genereren op basis van gebruikersinput. Het doel van ChatGPT is om mensachtige interacties mogelijk te maken via geschreven tekst. ChatGPT heeft indrukwekkende taalverwerkingsmogelijkheden en kan natuurlijke taal begrijpen, context in overweging nemen en relevante en coherente antwoorden produceren. Het kan ook reageren op verzoeken om specifieke schrijfstijlen aan te nemen, wat het een veelzijdig instrument maakt voor verschillende toepassingen, zoals klantenservice, contentcreatie en taalondersteuning. ChatGPT heeft grote potentieel en wordt continu verbeterd door OpenAI en onderzoekers wereldwijd. Het is belangrijk om de mogelijkheden en uitdagingen van dergelijke taalmodellen te begrijpen om ze verantwoord en ethisch in te zetten. Het brengt ook risico's met zich mee, zoals het potentieel voor misinformatie en het mogelijk misbruik door kwaadwillenden voor phishing, social engineering en andere vormen van cybercriminaliteit. Het is belangrijk om kritisch te blijven bij het gebruik en de interpretatie van de output van ChatGPT.’*

En precies op dit laatste onderdeel legt ChatGPT zelf de vinger op de zere plek. Zo was er de afgelopen periode meermaals te lezen dat geavanceerde programma's zoals ChatGPT kansen met zich brengen, maar zeker ook risico's: ‘Cyberwaakhond waarschuwt voor explosie phishingmails door slimmere AI’,<sup>185</sup> ‘Europese privacywaakhond neemt ChatGPT onder de loep’. Ook Europol heeft zich gebogen over de opkomst en het gebruik van andere ChatGP. Op 27 maart 2023 heeft Europol het rapport *ChatGPT. The impact of Large Language Model on Law Enforcement* gepubliceerd.<sup>186</sup> Kort gezegd waarschuwt Europol voor het gevaar van ChatGPT en andere Large Language Models. ChatGPT wordt volgens Europol beschouwd als een instrument dat (potentieel) door cybercriminelen wordt gebruikt. Waar het in het verleden nog eenvoudig(er) was om phishing te detecteren vanwege onder andere grammatica/spelfouten, is het voor criminelen middels programma's zoals ChatGPT kinderlijk eenvoudig om op een zeer realistische manier (teksten van) een organisatie of individu na te bootsen. Tevens benadrukt Europol de opkomst van Large Language Models die worden gehost/aangeboden op het darkweb of chatbots die output leveren zonder enige vorm van beveiliging of juist zijn getraind om specifieke criminele doeleinden te bewerkstelligen. Europol benadrukt tegen deze achtergrond dat het steeds crucialer wordt voor wetshandavingsinstanties om deze ontwikkelingen bij te benen, zodat op (mogelijk) misbruik geanticipeerd wordt en dit kan worden voorkomen, maar ook om ervoor te zorgen dat er door middel van bewust-

185 ‘Cyberwaakhond waarschuwt voor explosie phishingmails door slimmere AI’, FD.nl 30 juni 2023.

186 Europol, *ChatGPT. The impact of Large Language Models on Law Enforcement*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2023.

wording geprofiteerd wordt van potentiële voordelen in de eigen (wetshandhaving)werkzaamheden.

In het op 3 juli jl. gepubliceerde Cybersecuritybeeld Nederland 2023 van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) en het Nationaal Cybersecurity Centrum (NCSC)<sup>187</sup>, wordt de snelle ontwikkeling en het gebruik van generatieve Artificial Intelligence (zoals ChatGPT) en de invloed daarvan op de digitale veiligheid benadrukt. Volgens het NCTV is de generatieve IA nog volop in ontwikkeling en is de impact ervan op de samenleving nog grotendeels onbekend. Niettemin, zijn er tot op heden ten minste vier relevante perspectieven te identificeren:

‘– De algoritmen en de data waarmee de algoritmen worden gevoed kunnen doelbewust worden gemanipuleerd. Dat kan bijvoorbeeld (maar niet alleen) door middel van cyberaanvallen.

– Gebruikers kunnen (onbedoeld en onbewust) toegang geven tot zoekvragen en/of gevoelige informatie door de vragen die ze stellen, de informatie die ze invoeren of de informatie waarmee ze de applicaties voeden.

– Generatieve AI kan worden gebruikt voor cyberaanvallen. Zo kunnen met behulp van AI meer op een ontvanger toegesneden phishing-mails worden gemaakt. Dit geeft een grotere kans dat de ontvanger die als betrouwbaar beoordeelt. Ook kan laagdrempelig malware worden ontwikkeld.

– Generatieve AI kan worden ingezet ter verdediging tegen cyberaanvallen door bijvoorbeeld cybersecurityadviezen te genereren.<sup>188</sup>

Zo is er wederom een voorbeeld van een technologische ontwikkeling die van invloed kan zijn op de digitale veiligheid en die cybercriminelen helpt in het voortzetten van het criminele verdienmodel. Het NCTV geeft als kernboodschap in het Cybersecuritybeeld mee dat cyberincidenten niet altijd te voorkomen zijn, ze kunnen zich onverwacht voordoen en ze kunnen een onverwachte oorzaak, aard en impact hebben. De digitale dreiging is voor Nederland onverminderd groot en deze is voortdurend aan verandering onderhevig.

Tegen deze achtergrond wordt in deze kroniek stilgestaan bij de belangrijkste ontwikkelingen in de wet- en regelgeving en een overzicht gegeven van de rechtspraak op het gebied van Cybercrime in de eerste helft van 2023.

### Ontwikkelingen in de regelgeving

- *Oprichting van het nationale Cyber Security Incident Response Team*

In het Cybersecuritybeeld Nederland 2022 werd de situatie in Nederland al pakkend verwoord: ‘Digitale processen vormen het “zenuwstelsel” van de maatschappij en economie, omdat ze onmisbaar zijn voor het ongestoord

*functioneren daarvan.* Burgers, bedrijven en de overheid zijn alle op een eigen manier verantwoordelijk voor het beschermen van dit zenuwstelsel. Het is hierbij een illusie dat volledige weerbaarheid tegen digitale dreigingen mogelijk is. Toch is het een goed teken dat de overheid haar verantwoordelijkheid op nationaal en Europees niveau pakt en verdergaande maatregelen en handhaving introduceert. Dit komt ook terug in de Nederlandse Cybersecuritystrategie 2022-2028. De overheid heeft vier pijlers:

- digitale weerbaarheid van de overheid, bedrijven en maatschappelijke organisaties;
- veilige innovatieve digitale producten en diensten;
- tegengaan digitale dreigingen van staten en criminelen; en
- cybersecurity-arbeidsmarkt, onderwijs en digitale weerbaarheid van burgers.

Een duidelijk voorbeeld van de rol van de overheid is de aankondiging dat er een centrale cyberautoriteit in Nederland komt: *het nationale Cyber Security Incident Response Team*. Deze nieuwe organisatie zal, in samenwerking met publieke en private partners, de vitale en niet-vitale organisaties, overheden en burgers voorzien van informatie over (dreigende) cyberincidenten om hen in staat te stellen zich te beveiligen. Het Nationaal Cybersecurity Centrum (NCSC), het Digital Trust Center (DTC) en het Cyber Security Incident Response Team voor digitale dienstverleners (CSIRT-DSP) werken nu nog apart, maar hebben dezelfde doelen, voor verschillende doelgroepen. Het NCSC heeft als primaire doelgroep de vitale organisaties, zoals banken, energieaanbieders, telecomaandieners en de Rijksoverheid zelf, het DTC is er voor het bedrijfsleven en het Incident Response Team voor digitale dienstverleners (denk aan clouddiensten, onlinezoekmachines en onlinemarktplaatsen).

Na de integratie kunnen alle organisaties in Nederland terecht bij één herkenbaar loket voor cybersecurityadvies en bijstand bij digitale incidenten en kan de nieuwe cybersecurityorganisatie snel en adequaat reageren op informeren over dreigingen en incidenten op nationaal en sectoraal niveau. De overgang verloopt in twee fasen zodat er zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met aankomende wetgeving en lopende trajecten uit de Nederlandse Cybersecurity Strategie.

In de eerste fase tot 1 oktober 2024 werken de organisaties al zo veel mogelijk samen. Bijvoorbeeld bij het waarschuwen over concrete cyberdreigingen en kwetsbaarheden én door samen handelingsperspectieven te geven aan alle organisaties in Nederland waardoor zij zich beter kunnen weren tegen aanvallers. In de tweede fase tot 1 januari 2026 worden taken en processen geïntegreerd en geoptimaliseerd.

- *Internationale Cyberstrategie*

Recentelijk heeft het kabinet een nieuwe Internationale Cyberstrategie gepresenteerd, waarin de regering haar plannen uiteenzet om digitale dreigingen aan te pakken

187 NCTV, *Cybersecuritybeeld Nederland 2023*, Den Haag: Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) 2023.

188 NCTV 2023, p. 41.



in de periode van 2023 tot 2028.<sup>189</sup> Een van de voornaamste acties die de overheid zal ondernemen, is het proactiever en strategischer inzetten van haar eigen middelen, zowel individueel als in samenwerking met NAVO-bondgenoten. Deze benadering dient de weerbaarheid tegen cyberaanvallen te vergroten en de veiligheid van digitale infrastructures te waarborgen. De volgende hoofddoelen heeft het kabinet voor ogen:

1. Tegengaan van cyberdreigingen van staten en criminelen. Hiervoor zal de regering zoals gezegd de bestaande instrumenten op een proactievare, meer geïntegreerde en strategische wijze inzetten.
2. Versterken van democratische en mensenrechtelijke principes online. Dit zal worden bereikt door middel van internationale samenwerking als essentiële pijler. Daarnaast zal Nederland andere landen aanmoedigen om onbedoelde schendingen van mensenrechten online te voorkomen.
3. Behoud van een wereldwijd verbonden, open, vrij en veilig internet. Het kabinet benadrukt de bevordering van betrokkenheid van opkomende landen bij vraagstukken over het internetbeheer en het delen van expertise om de cybercapaciteiten van deze landen verder te versterken. Hierdoor kunnen zij ook profiteren van een veilige digitale omgeving.

Dat samenwerking het kernwoord is in de cyberstrategie (en überhaupt in de strijd tegen cybercriminaliteit) blijkt wel uit de samenwerking bij het opstellen van de Internationale Cyberstrategie waarbij de ministeries van Buitenlandse Zaken, Justitie en Veiligheid, Economische Zaken en Klimaat, Defensie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en verschillende overheidsorganisaties (AIVD, MIVD, NCSC, NCTV, OM en de Politie) betrokken zijn geweest.

- *Verbetering en digitalisering grensoverschrijdende justitiële samenwerking*

In het kader van samenwerking is de recentelijk door de Raad en het Europees Parlement aangenomen Verordening (EU) 2023/969 interessant om te benoemen, waarmee de oprichting van een digitaal platform mogelijk wordt gemaakt. Het doel van dit digitale platform is om de uitwisseling van informatie tussen aanklagers en rechters, die samenwerken in gemeenschappelijke onderzoeksteams (GOT's), te vergemakkelijken en criminelen succesvol voor de rechter te kunnen brengen. De GOT's brengen tijdelijk instanties uit verschillende EU-landen samen voor specifieke grensoverschrijdende strafrechtelijke onderzoeken. Traditionele procedures voor justitiële samenwerking zijn niet nodig, aangezien leden van de GOT's rechtstreeks bewijsmateriaal met elkaar kunnen uitwisselen. Deze GOT's leveren volgens de Raad en het Europees Parlement een belangrijke bijdrage aan de verbetering van de justitiële samenwerking met betrekking tot het onderzoeken en vervolgen van grensoverschrijdende misdrijven, zoals (bij uitstek) cy-

bercriminaliteit. De GOT's bestaan al sinds 2002, maar hebben te maken gehad met technische uitdagingen met betrekking tot onder andere de veilige elektronische uitwisseling van informatie en bewijsmateriaal, evenals veilige elektronische communicatie. Het nieuwe digitale platform, dat wordt opgericht op basis van de nieuwe verordening, zal de uitwisseling en tijdelijke opslag van operationele informatie en bewijsmateriaal faciliteren, veilige communicatie waarborgen en het bewijsmateriaal beter traceerbaar maken.

- *EU-verordening met betrekking tot traceerbaarheid cryptoactiva bij overboekingen*

Na succesvolle onderhandelingen tussen de Raad en het Europees Parlement is Verordening (EU) 2023/113 aangenomen en op 9 juni 2023 officieel gepubliceerd in het EU-Publicatieblad. Dankzij deze nieuwe EU-regels wordt het voor criminelen bemoeilijkt om de antiwitwasregels van de EU te ontwijken door het gebruik van cryptoactiva. Aanbieders van cryptoactivadiensten zijn nu verplicht om specifieke informatie te verzamelen en beschikbaar te stellen met betrekking tot de afzender en de begunstigde van cryptoactiva-overmakingen. Hierdoor worden overboekingen van cryptoactiva traceerbaar, waardoor verdachte transacties beter kunnen worden opgespoord en indien nodig kunnen worden geblokkeerd. Verordening (EU) 2023/113 breidt de bestaande regels uit, zodat ze dus ook van toepassing zijn op overmakingen van cryptoactiva. Voorheen waren de regels uitsluitend van toepassing op overmakingen van traditionele geldvormen, zoals bankbiljetten, munten, giraal geld en elektronisch geld.

### Jurisprudentie

- *DDoS-aanvallen*

In de eerste helft van 2023 zijn er weer de nodige DDoS-aanvallen geweest die het nieuws hebben gehaald. Zo was Rechtspraak.nl tijdelijk uit de lucht nadat de website getroffen was door een DDoS-aanval,<sup>190</sup> werden enkele scholen (bijna traditiegetrouw) het slachtoffer van een aanval in de periode rondom de eindexamens<sup>191</sup> en werden diverse Nederlands havens platgelegd door pro-Russische cybercriminelen.<sup>192</sup> Toch zijn er geen gepubliceerde uitspraken te vinden op Rechtspraak.nl, hetgeen het heersende beeld bevestigt dat opsporing (en uiteindelijke berechting) van de daders van dit feit uitermate lastig blijft.

- *Computervredebreuk*

In tegenstelling tot DDoS-aanvallen is er in de eerste helft van 2023 weer een veelvoud aan gepubliceerde uit-

189 'Internationale Cyberstrategie: kabinet presenteert internationale inzet voor een open, vrij en veilig digitaal domein', Rijksoverheid.nl 9 juni 2023.

190 'DDoS-aanval zorgt voor problemen bij websites van de Rechtspraak', Rechtspraak.nl 10 november 2021.

191 'Ddos-aanval zorgt op aantal scholen voor vertraging bij eindexamenuitslagen', NU.nl 14 juni 2023.

192 'Pro-Russische hackers legden websites Nederlandse havens plat', NOS.nl 14 juni 2023.

spraken met betrekking tot computervrederebreuk, in deze kroniek wordt een selectie besproken.<sup>193</sup>

Te beginnen met een arrest van de Hoge Raad met betrekking tot computervrederebreuk.<sup>194</sup> De vraag die in dit arrest centraal staat, is of de verdachte met behulp van een 'valse sleutel', namelijk door onbevoegd gebruik te maken van een inlogcode en inlognaam, is binnengedrongen in de server van het bedrijf waarbij hij werkzaam was en daardoor computervrederebreuk heeft gepleegd. De termen 'valse sleutel' en 'binnendringen' staan centraal. De Hoge Raad start met de definitie van 'binnendringen' en verwijst naar het arrest van 30 november 2021<sup>195</sup> en stelt dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 138ab Sr moet worden afgeleid dat van 'binnendringen' sprake is wanneer toegang tot een (deel van een) geautomatiseerd werk wordt verschaft tegen de onmiskenbare wil van de rechthebbende. De Hoge Raad oordeelt dat de opvatting van het hof Den Haag, die inhoudt dat de verdachte het geautomatiseerde werk inderdaad met behulp van een 'valse sleutel' is binnengedrongen, niet onbegrijpelijk is. Namelijk, de verdachte had aan de directeur van het bedrijf waarbij hij werkzaam was laten weten dat hij niets meer voor hem wilde doen, om vervolgens ruim 45 keer in te loggen op de server van dit bedrijf en hier informatie te verzamelen over de ontslagprocedure tegen een voormalig werknemer van dit bedrijf. Hierbij had verdachte inzage in een groot aantal gegevens die geen verband hielden met zijn werkzaamheden bij het bedrijf. Hij heeft deze gegevens overgenomen om ze ter beschikking te stellen aan de voormalig werknemer en zijn advocaat. Dit ging in tegen de onmiskenbare wil van de directeur (en het bedrijf). Aan dit oordeel doet volgens de Hoge Raad niet af dat het hof niet heeft uitgesloten dat de verdachte na

deze handelingen nog rechtmatige werkzaamheden voor de directeur heeft verricht.

In de periode van januari tot en met juni 2023 hebben verschillende rechtbanken geoordeeld over een verdenking van computervrederebreuk. Hierbij zijn weer de nodige uitspraken geweest over ambtsdragers en andere functionarissen van de overheid die betrokken zijn bij computervrederebreuk. Deze uitspraken waren alle in de context van een ambtenaar die misbruik maakte van diens rechtmatig verkregen inloggegevens en zo toch wederrechtelijk in geautomatiseerde werken binnendrong. Zo was er de veroordeling van een belastingambtenaar wegens het meermaals opzettelijk en wederrechtelijk binnendringen in een of meer delen van servers van de Belastingdienst met behulp van valse sleutels.<sup>196</sup> De verdachte had in de applicatie 'Klantbeeld' bevestigingen verricht voor privédoeleinden. De gedragingen waren verricht met behulp van een valse sleutel, aangezien verdachte de bevestigingen vanuit zijn functie als medewerker van de Belastingdienst deed en zijn gebruikersnaam en wachtwoord gebruikte bij het inzien en delen van dossiers, waartoe hij niet bevoegd was. Bij de politie heeft de verdachte onder meer verklaard dat hij mensen helpt die het moeilijk vinden om rechtstreeks met de BelastingTelefoon te bellen, hij gaf alleen de informatie door die mensen ook krijgen wanneer zij met de BelastingTelefoon bellen. De verdachte verklaarde dat het een 'grijs gebied' betrof en dat hij niet wist of het niet mag. De rechtbank stelde vast dat verdachte hiertoe niet bevoegd was. Met betrekking tot deze feiten kwam de rechtbank derhalve tot een bewezenverklaring van computervrederebreuk. De ambtenaar wordt veroordeeld tot een taakstraf van 180 uur.

De rechtbank Limburg kwam tot de veroordeling van een politieagent. De verdachte heeft zich in 2017 en 2020 schuldig gemaakt aan schending van zijn ambtsgeheim en computervrederebreuk.<sup>197</sup> In de eerste instantie had zijn nicht een aanrijding gehad, maar kreeg zij geen gehoor bij de tegenpartij en werd de verdachte gevraagd het opgegeven telefoonnummer te controleren aan de hand van het gefotografeerde kenteken. In het tweede voorval had een vriend van de verdachte onenigheid met de leraar van diens zoon en vroeg hem een privéadres te achterhalen aan de hand van verschillende gefotografeerde kentekens. Verdachte heeft in beide gevallen de gevraagde informatie opgezocht en doorgeleverd. De rechtbank oordeelde dat de verdachte niet alleen de privacy van burgers heeft geschaad, maar ook afbreuk heeft gedaan aan het vertrouwen van burgers in de politie. Omdat de verdachte al veel negatieve gevolgen heeft ervaren van de strafrechtelijke vervolging (nu hij voorsnog niet in aanmerking komt voor een Verklaring Omtrent het Gedrag en het daardoor moeilijk blijkt een (nieuwe) baan te vinden en zijn huidige te behouden), oordeelde de rechtbank dat een taakstraf van

193 HR 18 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:610, *NJB* 2023/1176; Rb. Amsterdam 17 januari 2023 ECLI:NL:RBAMS:2023:144; Rb. Den Haag 19 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:504; Rb. Noord-Holland 26 januari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1026; Rb. Noord-Nederland 7 februari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:476; Rb. Limburg 8 februari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:1008; Rb. Overijssel 14 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:551 en ECLI:NL:RBOVE:2023:552; Rb. Midden-Nederland 22 februari 2023, Rb. Midden-Nederland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:713; Rb. Amsterdam 24 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:989; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1290; Hof Amsterdam 23 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:740; Hof Den Haag 31 maart 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:625; Rb. Den Haag 3 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4676; Rb. Gelderland 8 mei 2023, Rb. Amsterdam 19 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3748; ECLI:NL:RBGEL:2023:2639; Rb. Amsterdam 22 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3868; Rb. Noord-Nederland 22 juni 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2494; Rb. Noord-Holland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6077.

194 HR 18 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:610, *NJB* 2023/1176.

195 HR 30 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1691, *NJ* 2022/54, m.nt. J.M. ten Voorde, onder 2.3.3.

De totstandkomingsgeschiedenis waarnaar de Hoge Raad verwijst is als volgt. Art. 138a (oud) Sr is ingevoerd bij Wet van 23 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van het Wetboek van Strafvordering in verband met de voortschrijdende toepassing van informatietechniek (Wet computercriminaliteit), *Stb.* 1993, 93. In de memorie van toelichting is aangegeven dat het wetsvoorstel uitvoering geeft aan het rapport 'Informatietechniek en strafrecht' van de Commissie computercriminaliteit (Commissie-Franken). Pagina 59 en 60 van dit rapport zijn relevant.

196 Rb. Amsterdam 17 januari 2023 ECLI:NL:RBAMS:2023:144.

197 Rb. Limburg 8 februari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:1008.

40 uur passend was. De rechtbank Overijssel veroordeelde vervolgens op 14 februari 2023 twee politieagenten tot een gevangenisstraf van 34 dagen en taakstraffen van 240 respectievelijk 180 uur voor het schenden van hun ambtsgeheim en computervredebreuk.<sup>198</sup> De rechtbank stelt met betrekking tot beide verdachten vast dat onbevoegd gebruik is gemaakt van de servers van de politie. Hiermee is in geautomatiseerde werken binnengedrongen met behulp van valse sleutels, namelijk door onbevoegd gebruik te maken van een gebruikersnaam en wachtwoord en zich hiermee toegang te verschaffen tot deze servers met een ander doel dan waarvoor de gebruikersnaam en het wachtwoord ter beschikking stonden en dan waarvoor die toegang was toegestaan. Door zich niet als integer politieambtenaar te hebben gedragen, hebben beide verdachten het vertrouwen in en het aanzien van de politie zeer ernstig geschaad. De rechtbank maakte hierbij uitdrukkelijk kenbaar dat een *‘onkrekbaar politiekorps (...) voor het functioneren van de rechtsstaat een absoluut vereiste [is]’*. De taakstraf van een van de politieagenten viel hoger uit dan die van zijn medeverdachte, omdat ten aanzien van hem ook is bewezen dat hij de informatie doorspeelde naar personen die onderdeel uitmaakten van een criminele organisatie.

Ook de militaire kamer van de rechtbank Gelderland kwam tot de veroordeling van een verdachte voor computervredebreuk.<sup>199</sup> De verdachte was werkzaam bij de Koninklijke Marechaussee (KMar) en had in deze hoedanigheid toegang tot het politie-informatiesysteem BVI-IB. Hij heeft zijn KMar-account gebruikt om in dit informatiesysteem informatie over zijn voormalige partner, en tevens het slachtoffer, te achterhalen. De bevragingen die hij hieromtrent gedaan heeft, hebben geen relatie met zijn werk. Hij heeft deze bevragingen dan ook gedaan met een ander doel dan waarvoor zijn account aan hem ter beschikking stond, terwijl hem bekend was dat dit verboden was. Hiermee heeft hij volgens de rechtbank de beveiliging van het politie-informatiesysteem doorbroken met een ander doel dan het uitvoeren van zijn werkzaamheden. Daarmee is hij meermalen een geautomatiseerd werk binnengedrongen met behulp van een valse sleutel en heeft hij zich schuldig gemaakt aan computervredebreuk. Tezamen met zijn veroordeling voor belaging is aan de verdachte een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden, een taakstraf van 180 uur en een vrijheidsbeperkende maatregel voor de duur van vijf jaar opgelegd.

Ten slotte is het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland nog noemenswaardig. Hier stond een medewerker van de GGD terecht wegens valsheid in geschrift en computervredebreuk.<sup>200</sup> De verdachte heeft als een medewerker van de GGD samen met anderen meerdere valse coronavaccinatiebewijzen aangemaakt. Een oplet-

tende ‘buddy’ constateerde afwijkende vaccinatieregistraties op een tijdstip dat dit nog niet mogelijk was en het viel hem op dat de verdachte twee personen registreerde op een dag dat hij niet was ingepland in het werkkrooster. Uit de gegevens van de GGD blijkt dat verdachte in het CoronIT-systeem van de GGD de dossiers van de afnemers opende en gegevens veranderde en toevoegde. Daarna informeerde hij de afnemers dat hun vaccinatiestatus was gewijzigd. De rechtbank komt tot een bewezenverklaring en veroordeelt de verdachte tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van negen maanden, een taakstraf van 240 uur en een geldboete van € 900.

Een andere trend – waar de Nederlandse Vereniging van Banken vorig jaar al een waarschuwing over afgaf – is computervredebreuk d.m.v. helpdeskfraude. De NVB kreeg steeds meer meldingen dat criminelen zich voordoen als medewerker van een bank. Een interessante uitspraak hierover is die van de rechtbank Noord-Nederland, waarbij de verdachte is veroordeeld voor computervredebreuk in een feitencomplex van helpdeskfraude.<sup>201</sup> De rechtbank leidt uit een veelvoud van aangiftes af dat de aangevers zijn gebeld door een zogenaamde bankmedewerker die hen vertelde dat er een probleem was met hun bankrekening. De aangevers zouden de ‘bankmedewerker’ moeten helpen het probleem op te lossen, waarvoor ze een Remote Access Tool (RAT) moesten installeren zodat de ‘bankmedewerker’ kon meekijken in de internetbankierenomgeving. Vervolgens werd geld overgemaakt naar een andere rekening zodat de aangevers hier niet meer over konden beschikken. De rechtbank bouwt de bewezenverklaring als volgt op: de telefoons en telefoonnummers die zijn gebruikt bij deze feiten zijn op verschillende manieren naar de verdachte te herleiden, ze stralen veelal masten aan in de woonplaats van de verdachte, het privételefoonnummer van de verdachte was vaak in de directe omgeving van de telefoon waarmee de feiten gepleegd zijn, een van de telefoons was te koppelen aan de woning van de verdachte en de verdachte was thuis op het moment waarop de telefoongesprekken werden gevoerd. Daarbij stopten de gesprekken wanneer de verdachte zijn woning verliet en werden deze hervat wanneer de verdachte weer thuis was. Ook beschikte de verdachte over PayPal-accounts en telefoons die zijn gelinkt aan fraude. Tot slot zijn er aanwijzingen dat de verdachte over meer geld beschikte dan hij op een legale manier kon uitleggen. Dit schreeuwt om een aannemelijke verklaring van de verdachte, die hij niet heeft gegeven. De rechtbank acht het bewezen dat de verdachte in vereniging met een of meer anderen in een (gedeelte van) een geautomatiseerd werk, namelijk een webserver van een bank met daarop het internetbankieren en/of het computersysteem van verschillende personen, is binnengedrongen met behulp van een valse sleutel en/of het aannemen van een valse hoedanigheid, namelijk door gebruik te maken van onrechtmatig verkregen inlog-

198 Rb. Overijssel 14 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:551 en ECLI:NL:RBOVE:2023:552.

199 Rb. Gelderland 8 mei 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:2639.

200 Rb. Midden-Nederland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:713.

201 Rb. Noord-Nederland 7 februari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:476.



gegevens van internetbankieren en door deze personen onder valse voorwendselen te bewegen tot het installeren van een RAT, waardoor verdachte en/of zijn medeverdachte toegang verkregen tot de computersystemen van de personen en de zich daarop bevindende online-bankierenpagina's. Hiermee acht de rechtbank (onder meer) medeplegen van computervredsbreuk bewezen. De verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van 54 maanden.

Een andere zaak waarbij een verdachte via klanten in de servers van verschillende banken is binnengedrongen, leidde tot de veroordeling van een verdachte waarbij 120 uur taakstraf werd opgelegd.<sup>202</sup> De rechtbank oordeelt dat de verdachte de servers van ABN AMRO, Volksbank, ING en Rabobank is binnengedrongen. Verschillende van de klanten van deze banken hebben aangegeven het slachtoffer te zijn geworden van fraude, waarbij de fraudeurs hun inloggegevens hebben bemachtigd en hiermee hebben ingelogd op hun bankomgeving. Het IP-adres waarmee deze klanten waren benaderd komt overeen met het IP-adres waarmee de verdachte veelvuldig in zijn eigen bankomgeving heeft ingelogd, waardoor de verdachte aan dit IP-adres kan worden gekoppeld. De verdachte heeft hiervoor geen aannemelijke verklaring gegeven. Hiermee acht de rechtbank bewezen dat de verdachte in geautomatiseerde werken is binnengedrongen, namelijk servers van bovengenoemde banken, waarop bankrekeningen en internetbankierenaccounts, digitale bankomgevingen en mobiele internetbankierenapplicaties bereikbaar zijn. Dit heeft hij gedaan met behulp van een valse sleutel en door het aannemen van een valse hoedanigheid, namelijk door in te loggen in de internetbankierenomgevingen van die banken terwijl hij zich voordeed als de rechtmatige gebruikers van de inloggegevens.

Een zaak bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant waarin een verdachte werd veroordeeld voor een poging tot computervredsbreuk is interessant, omdat de rechtbank nadere uitleg geeft van het begrip 'geautomatiseerd werk'.<sup>203</sup> De verdachte is in loondienst geweest van het bedrijf van het slachtoffer. Na het beëindigen van het dienstverband van verdachte heeft hij geprobeerd in te loggen op een onlineportaal en op een e-mailadres van het slachtoffer en heeft hij verschillende onlineaankopen gedaan op de accounts en op rekening van het slachtoffer. Van belang voor de veroordeling is dat het IP-adres waar vanuit deze handelingen zijn verricht, zijn te koppelen aan de verdachte. De rechtbank verwierpt het verweer van de verdediging dat de onlineomgevingen van de bedrijven waar de verdachte heeft geprobeerd in te loggen niet kunnen worden aangemerkt als een geautomatiseerd werk. Krachtens artikel 80sexies Sr is een geautomatiseerd werk 'een apparaat of groep van onderling verbonden of samenhangende apparaten, waarvan er één of meer op basis van een programma auto-

matisch computergegevens verwerken'. De rechtbank leidt hieruit af dat onder een geautomatiseerd werk steeds een (onderdeel van) een fysiek apparaat is begrepen. Hierbij gaat het om hardware en dus niet om software, zoals programma's of websites. Echter, een website moet zijn ondergebracht op een geautomatiseerd werk (een server). Daarmee bestaat een functioneel verband tussen een website en een geautomatiseerd werk. De rechtbank gaat ervan uit dat activiteiten op een actieve website activiteiten op de achterliggende server impliceren en dat daarmee sprake is van een geautomatiseerd werk. De rechtbank is daarmee van oordeel dat de verdachte gepoogd heeft binnen te dringen in een geautomatiseerd werk, namelijk een onlineomgeving en het account van het slachtoffer en het netwerk van verschillende bedrijven, met behulp van een valse sleutel, namelijk door onrechtmatig gebruik te maken van de inlognaam en het wachtwoord van het slachtoffer en door het aannemen van een valse hoedanigheid. De verdachte heeft geprobeerd in te loggen door de inloggegevens van het slachtoffer in te vullen en te verzenden, zonder dat de uitvoering van dit misdrijf is voltooid. De verdachte is onder meer veroordeeld voor computervredsbreuk en heeft een taakstraf van 150 uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf van één week met een proeftijd van twee jaar opgelegd gekregen.

Ten slotte is er een relevante uitspraak van de rechtbank Noord-Holland waarbij sprake was van computervredsbreuk en het vervolgens pogen af te persen van de slachtoffers.<sup>204</sup> De rechtbank Noord-Holland veroordeelde de verdachte voor het meermalen plegen van computervredsbreuk nadat hij de Snapchat social-media-accounts, oftewel geautomatiseerde werken, van verschillende personen is binnengedrongen. Hierbij heeft hij de toegang tot deze accounts verkregen door een valse sleutel, namelijk door valse Snapchatberichten te verzenden naar deze personen. Door het klikken op een link werden zij naar een valse phishingwebsite geleid, waar zij hun Snapchat-inloggegevens invoerden. De verdachte heeft vervolgens met deze gegevens ingelogd op hun accounts en heeft daar gegevens, bestaande uit privéfoto's en video's, voor zichzelf overgenomen. Daarbij heeft hij onder meer gepoogd zijn slachtoffers af te persen, te bedreigen en af te dreigen. De verdachte is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 44 dagen (minus voorlopige hechtenis), een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden en een taakstraf van 240 uur.

- *Malware*

De rechtbank Noord-Nederland heeft een verdachte veroordeeld voor medeplegen computervredsbreuk in een zaak waarbij phishingmails met daarin een valse DigiD-link zijn verzonden en komt daarnaast tot een veroordeling voor het bezit van malware.<sup>205</sup> De verdachte is samen met een medeverdachte binnengedrongen

202 Rb. Amsterdam 24 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:989.

203 Rb. Zeeland-West-Brabant 28 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1290.

204 Rb. Noord-Holland 29 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6077.

205 Rb. Noord-Nederland 22 juni 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2494.

in een geautomatiseerd netwerk, namelijk de systemen van Logius en de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO), waarop zich de Mijn DUO-accounts van verschillende personen bevonden. De verdachte en medeverdachte zijn als volgt te werk gegaan. Zij hebben phishingmails met daarin een link naar een valse inlogpagina van DigiD verzonden naar ongeveer 650 e-mailadressen, waardoor de personen die deze links hebben ontvangen zijn bewogen om in te loggen in hun Mijn DUO-account en hierdoor hun inloggegevens ter beschikking te stellen aan verdachte en medeverdachte. Met de verkregen inloggegevens is vervolgens door de verdachte en medeverdachte ingelogd op de Mijn DUO-accounts van deze personen. Hiermee is binnengedrongen in de computersystemen en server van Logius en DUO, oftewel een geautomatiseerd netwerk. Dit is gedaan met inloggegevens waartoe de verdachte en medeverdachte niet bevoegd waren deze te gebruiken en door zich voor te doen als rechtmatige gebruikers van Mijn Duo-accounts, waardoor sprake is van een valste sleutel en een valse hoedanigheid. Daarbij hebben de verdachten betaal- en contactgegevens gewijzigd op die accounts en leningen aangevraagd of gewijzigd en/of bankrekeningnummers gewijzigd waarop DUO geldbedragen moest storten, waarbij ze zich voordeden als de rechtmatige gebruiker van deze accounts. Hiermee kan computervredebreek bewezen worden verklaard. Tevens veroordeelt de rechtbank de verdachte op grond van artikel 139d lid 2 Sr. De rechtbank oordeelt dat de verdachte een technisch hulpmiddel voorhanden heeft gehad dat hoofdzakelijk geschikt en/of ontworpen is tot het plegen van een misdrijf als in artikel 138ab lid 1 Sr, terwijl hij het oogmerk had daarmee dat misdrijf te plegen. Namelijk: de verdachte had op twee mobiele telefoons en op een laptop (oftewel gegevensdragers) phishingpanels/-sites/-software/php-scripts waarmee gegevens van personen worden verkregen en verwerkt om deze gegevens te gebruiken om onrechtmatig in te loggen. Daarbij had de verdachte met hetzelfde oogmerk verschillende gehackte e-mailadressen en wachtwoorden (oftewel een computerwachtwoord) voorhanden waarmee toegang kon worden verkregen tot een geautomatiseerd werk.

Een bijzondere zaak deed zich voor bij de rechtbank Noord-Nederland, hier stond een minderjarige verdachte terecht voor het vervaardigen en verspreiden van diverse phishingpanels ('software waarmee het mogelijk is om websites te maken die nagenoeg gelijk zijn aan de inlogpagina's van de internetbankieromgeving van banken. Voor de beheerder van het panel is het mogelijk om met op die websites ingevoerde gegevens, zoals bijvoorbeeld bankrekeningnummer, pasnummer en autorisatiecodes, de controle te krijgen over bankrekeningen en daarmee betalingen te doen').<sup>206</sup> Deze panels maken het mogelijk om op grote schaal fraude te plegen, waarmee in potentie een grote financiële schade kan worden aangericht. De verdachte heeft hierdoor volgens de rechtbank fraude gefaciliteerd, hij voorzag namelijk meerdere personen van

zijn panels en verstrekte hierbij zelfs een instructie. Ook heeft hij persoons- en accountgegevens voorhanden gehad en via Telegram aangeboden aan anderen. Uit het strafdossier komt naar voren dat verdachte dit op grote schaal heeft gedaan. De rechtbank veroordeelt verdachte tot een voorwaardelijke jeugddetentie van drie maanden en een taakstraf van 120 uur.

Tot slot wordt in dit onderdeel een vrijsprekend vonnis van de rechtbank Amsterdam behandeld.<sup>207</sup> In deze zaak zijn bij de verdachte phishingwebsites en software aangetroffen waarmee zogenoemde *seed phrases* (die bestaan uit 12-24 willekeurige woorden en dienen als back-up van een crypto-wallet om de cryptocurrency's in een wallet te kunnen herstellen) kunnen worden verkregen die toegang geven tot *cryptovalutawallets*. De rechtbank is echter van oordeel dat deze middelen niet hoofdzakelijk geschikt of bedoeld zijn om computervredebreek mee te plegen. Er is geen sprake van dat een geautomatiseerd werk of een deel daarvan kan worden binnengedrongen, zoals wel noodzakelijk voor een veroordeling voor computervredebreek. De rechtbank verwijst naar de wetsgeschiedenis van artikel 80sexies Sr, waaruit volgt dat bij een geautomatiseerd werk uitsluitend moet worden gedacht aan fysieke apparaten en niet aan onstoffelijke zaken.<sup>208</sup> In dit geval is sprake van een onstoffelijke zaak, namelijk een cryptovalutawallet, een digitale portemonnee voor cryptovaluta. Daarbij heeft de wetgever omtrent artikel 138ab Sr gesteld dat het bij deze bepaling niet gaat om de bescherming van gegevens, maar van het voorwerp waarin de gegevens zich bevinden.<sup>209</sup>

- *Phishing (en online-oplichtingspraktijken)*

En *last but not least* zijn er uiteraard enkele uitspraken te noemen in het kader van phishing en andere digitale oplichtingspraktijken. Waar de rechtbank Amsterdam de verdachte in het vorige onderdeel nog vrijspak van onder andere het bezitten van een technisch hulpmiddel dat geschikt is om computervredebreek mee te plegen, werd dezelfde verdachte wel veroordeeld voor phishing, of meer specifiek voor het voorhanden hebben gehad en hebben verworven van phishingwebsites, phishingmails en bestanden met *seed phrases* waarvan verdachte wist dat die bestemd waren tot het plegen van (onder meer) een in artikel 312 Sr omschreven misdrijf, voor zover deze feiten betrekking hebben op de verkrijging van een niet-contant betaalinstrument.<sup>210</sup> Bij de verdachte zijn phishingwebsites en -mails en *seed phrases* gevonden die bestemd zijn tot het plegen van oplichting. Hiermee maakt verdachte zich schuldig aan phishing. De rechtbank overweegt dat hieraan niet afdoet dat niet kan worden vastgesteld dat sprake is geweest van een voltooide phishingwebsite, het hoeft niet

207 Rb. Amsterdam 19 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3748.

208 *Kamerstukken II 1991/92, 21551*, nr. 3, p. 5 en 6 en *Kamerstukken II 2018/19, 34372*, nr. 3, p. 85 e.v.

209 Zie o.m. *Kamerstukken II 1990/91, 21551*, nr. 6, p. 8-9 en *Kamerstukken II 1998/99, 26671*, nr. 3, p. 32-33.

210 Rb. Amsterdam 19 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3748.

206 Rb. Noord-Nederland 3 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1302.

om een ‘volledig gereed en werkend geheel’ te gaan. Ook verwerpt de rechtbank het verweer dat geen sprake zou zijn van (voorwaardelijk) opzet. De bestanden, die gegevens bevatten die in combinatie met elkaar geschikt zijn om betaalinstrumenten te stelen, zijn aangetroffen op gegevenshouders in de woning van de verdachte en in beslag genomen. Daarbij wist verdachte waarvoor de gegevens bestemd waren en heeft hij deze gebruikt om cryptovaluta te stelen. De verdachte is veroordeeld tot een gevangenisstraf van 36 maanden, waarvan twaalf maanden voorwaardelijk.

Bij de rechtbank Den Haag stond een 24-jarige man terecht voor een feitencomplex rondom phishing. Hij heeft samen met anderen een betaalfraudepanel verworven waarmee het mogelijk is om websites na te maken die gelijk zijn aan de inlogpagina's van de internetbankieromgeving van banken. Hiermee werden slachtoffers opgelicht en bestolen. De modus operandi was het sturen van een link per sms of het adverteren op Google van een link, die slachtoffers leidde naar een website die leek op die van hun bank of een andere dienst. Met daar ingevoerde gegevens werd ingelogd op de internetbankieromgeving van de slachtoffers. Buitgemaakt geld werd weggesluisd naar cryptowallets van derden. Verdachte maakte deel uit van een criminele organisatie die hierop was gericht.<sup>211</sup> De rechtbank acht een langdurige gevangenisstraf, gelet op de kleine rol van verdachte, niet passend. Verdachte wordt veroordeeld tot een grotendeels voorwaardelijke gevangenisstraf en een taakstraf van 360 uur.

In een arrest van het hof Den Haag werd een vonnis bevestigd waarbij verdachte was veroordeeld tot twintig maanden gevangenisstraf voor onder meer oplichting via Marktplaats. De verdachte heeft door middel van phishing inloggegevens van meerdere slachtoffers verkregen en vervolgens door in te loggen in hun internetbankierenomgeving geldbedragen weggenomen voor een totaalbedrag van € 80.000. Hierbij maakte hij gebruik van listige kunstgrepen. Hij deed zich bijvoorbeeld voor als bankmedewerker of als koper op Marktplaats.<sup>212</sup>

Ten slotte heeft de rechtbank Overijssel vonnis gewezen in een zaak waarin een 20-jarige man terechtstond voor diefstal met valse sleutel. Hij heeft zich samen met anderen schuldig gemaakt aan oplichtingen en diefstallen met valse sleutels. Dit deed hij door hoogbejaarde mensen hun bankpassen en pincodes afhandig te maken, waarna hij met deze bankpassen geld heeft gepind. Verschillende verdachten zijn bij de bejaarde mensen binnen geweest en deden zich daarbij voor als bankmedewerker. Verdachte verklaart dat zijn rol binnen de groep niet verder ging dan enkel het pinnen. De rechtbank acht dit in het licht van alle bewijsmiddelen ongeloofwaardig, nu verdachte zelf in een andere zaak heeft verklaard dat hij vier keer bij mensen binnen is geweest en dat hij op heterdaad is betrapt is toen hij bij twee hoog-

bejaarde mensen voor de deur stond.<sup>213</sup> De rechtbank is van oordeel dat verdachte in ieder geval bij een van de slachtoffers binnen is geweest. Verdachte was ten tijde van de gepleegde delicten net 18 jaar oud en uit het rapport van de reclassering blijkt van meerdere indicaties die pleiten voor toepassing van het minderjarigenstrafrecht. Verdachte wordt dan ook veroordeeld tot een voorwaardelijke jeugddetentie van zes maanden met een proeftijd van twee jaar.

## Varia

*Verzorgd door prof. mr. J.S. Nan*

Drugs kunnen een nuttige en dus legale functie vervullen, bijvoorbeeld in de vorm van geneesmiddelen of plastics. Illegale drugs kunnen evenwel ook een schadelijk effect hebben op onder andere de volksgezondheid en de wettige economie.<sup>214</sup> Het is daarom dat de EU enerzijds het legale handelsverkeer van drugs wil reguleren en anderzijds illegale drugshandel poogt te bestrijden. Illegale drugshandel wordt vooral bestreden via Kaderbesluit 2004/757/JBZ betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel. De ‘gewone’ of bonafide fabrikant valt in dat kader te onderscheiden van de criminele burger die zich in het ondergrondse circuit met illegale drugsproductie bezighoudt.

Een lastig punt zijn zogeheten drugsprecursoren. Dat zijn stoffen die vaak worden gebruikt bij de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen. Maar die stoffen kunnen op zich redelijk onschuldig zijn en ook gebruikt worden voor de productie van (broodnodige) medicijnen of andere producten. Het gaat dan om de legale, reguliere handel in die stoffen. Om illegale drugshandel vroegtijdig tegen te gaan bestaat Verordening (EG) 273/2004 inzake drugsprecursoren. Daarmee wordt een vergunningsplicht geschapen. Zo moet misbruik van bepaalde stoffen worden voorkomen. Voor een ‘marktdeelnemer’ in de zin van die verordening bestaat – naast het vereiste van een vergunning – onder meer de (strafrechtelijk gehandhaafde) verplichting om een ‘voorval’ (zoals ongewone orders voor of transacties met geregistreerde stoffen), aan de autoriteiten te melden (artikel 8). Die meldplicht voor een marktdeelnemer wordt bij ons strafrechtelijk gehandhaafd via de Wet misbruik chemicaliën en de WED.

De verordening definieert de belangrijkste begrippen. Een marktdeelnemer is elke natuurlijke of rechtspersoon die betrokken is bij het in de handel brengen van

<sup>213</sup> Rb. Overijssel 4 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1215.

<sup>214</sup> Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, preambule 1.

<sup>211</sup> Rb. Den Haag 3 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4676.

<sup>212</sup> Hof Den Haag 31 maart 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:625.



geregistreerde stoffen. Geregistreerde stoffen zijn specifiek in de bijlage genoemde stoffen, zoals zwavelzuur en zoutzuur. Het in de handel brengen is elke levering, al dan niet tegen betaling, van geregistreerde stoffen in de Gemeenschap, dan wel, met het oog op de levering ervan in de Gemeenschap, de opslag, vervaardiging, productieverwerking, de handel, distributie of handelsbemiddeling in deze stoffen.

Aldus is op het eerste gezicht zo'n beetje iedereen die met een bestelbusje de grondstoffen voor illegale drugsproductie rondrijdt als een marktdeelnemer te beschouwen. Maar er bestaat natuurlijk wel degelijk een verschil in soorten leveranciers. Vandaar dat in deze kroniekperiode is uitgemaakt dat – kort gezegd – een persoon die betrokken is bij illegale drugshandel en dus voormeld kaderbesluit overtreedt, geen marktdeelnemer is in de zin van voormelde verordening. De Hoge Raad had hierover een prejudiciële vraag voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>215</sup> In Luxemburg overwoog men onder andere dat voormelde meldplicht moest tegengaan dat geregistreerde stoffen die bestemd zijn om in de handel te worden gebracht, wellicht onrechtmatig aan het legale handelscircuit worden onttrokken om illegaal verdovende middelen of psychotrope stoffen te vervaardigen. Daarom kunnen alleen personen die betrokken zijn bij het binnen een legaal kader in de handel brengen van geregistreerde stoffen worden beschouwd als 'marktdeelnemers' in de zin van laatstgenoemde bepaling. De Hoge Raad nam dit, begrijpelijkerwijs, over. Hij overwoog op zijn beurt dat het bestanddeel 'marktdeelnemer' niet bewezen kan worden verklaard als komt vast te staan dat de verdachte in het kader van een illegale activiteit betrokken is bij het in de handel brengen van de betreffende geregistreerde stoffen. Daarvan is, aldus de Hoge Raad, in ieder geval sprake als de verdachte met betrekking tot de geregistreerde stoffen gedragingen heeft verricht die een in de Opiumwet strafbaar gesteld feit opleveren.

Belangrijk is ook de overweging van de Hoge Raad dat hiermee wordt voorkomen dat op een persoon die zich met betrekking tot geregistreerde stoffen schuldig maakt aan een Opiumwetdelict, tevens de meldplicht zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 Verordening 273/2004 zou komen te rusten en hij dus het eigen strafbare handelen zou moeten melden. Dan zou het *nemo tenetur*-beginsel nog wel eens voor problemen kunnen zorgen. Dat beginsel wordt ook door het EU-strafprocesrecht gegarandeerd (in algemene zin in artikel 47-48 EU-Handvest en in het bijzonder in artikel 7 lid 2 Richtlijn 2016/343 betreffende het vermoeden van onschuld).

Voor de duidelijkheid legt de Hoge Raad aan het Openbaar Ministerie en de rechter uit dat een verdachte niet als marktdeelnemer kan worden aangemerkt als hem cumulatief overtreden van de Opiumwet ten laste is gelegd en dit bewezen kan worden verklaard. Datzelfde

geldt ook als weliswaar uitsluitend het schenden van de meldplicht ten laste wordt gelegd, maar niettemin uit de bewijsvoering of hetgeen door de verdachte met voldoende concretisering is aangevoerd, komt vast te staan dat hij in het kader van een illegale activiteit betrokken is bij het in de handel brengen van geregistreerde stoffen. Dan moet de verdachte voor het Opiumwetdelict als 'grondmisdrijf' worden aangepakt.

In de onderhavige zaak ging het om diverse verdachten die inderdaad bewezen betrokken waren bij illegale drugshandel. Volgens het hof 's-Hertogenbosch waren zij weliswaar 'marktdeelnemers', maar kon hun handelen niet worden gekwalificeerd als 'voorval'. Het hof sprak de verdachten op die grond vrij. Dit tegen de zin van het Openbaar Ministerie, dat in cassatie ging. De Hoge Raad laat die vrijspraak steeds in stand, al had het hof niet toe hoeven komen aan de vraag of het ging om een voorval. Deze criminele ondernemers waren immers geen marktdeelnemer en voor hen gold de meldplicht van een voorval niet. Of sprake is van een 'voorval' kan, zoals advocaat-generaal Keulen terecht overweegt, in dergelijke zaken in het midden blijven.<sup>216</sup>

215 HR 30 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:769, RvdW 2023/631; HvJ EU 2 februari 2023, C-806/21, ECLI:EU:C:2023:61.

216 Conclusie A-G 4 april 2023, ECLI:NL:PHR:2023:392.