

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/181734>

Please be advised that this information was generated on 2018-04-11 and may be subject to change.

# Kroniek

## Kroniek ondernemingsstrafrecht

Eerste helft 2017

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

### Inleiding

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

Ondernemingsstrafrecht is een containerbegrip. In algemene zin zou men kunnen stellen dat het al het strafrecht omvat waarmee ondernemingen en hun leidinggevendenden te maken (kunnen) krijgen. Die veelzijdigheid noopt de omvang van een kroniek te beperken tot datgene wat zich in het afgelopen half jaar aan interessante ontwikkelingen heeft gemanifesteerd. Materieel strafrechtelijk is, na het vorig jaar gewezen overzichtsarrest aangaande het feitelijk leidinggeven aan een door een rechtspersoon begaan strafbaar feit (HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/ 375, m.nt. Wolswijk), geen nieuws te melden. Actuele rechtspraak volgt de lijn van de Hoge Raad.<sup>1</sup> Men zie in dit kader overigens ook het in 2016 verdedigde proefschrift van Hornman over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen.<sup>2</sup> Over het bijzondere

strafrecht waarmee ondernemingen te maken kunnen krijgen, verschenen naast de hieronder te bespreken rechtspraak, diverse publicaties met onderwerpen uiteenlopend van fraude en fraudebestrijding, tot het spoorwegrecht toe.<sup>3</sup> Procesrechtelijk lijkt het ondernemingsstrafrecht zich de afgelopen tijd vooral met het vraagstuk van het verschoningsrecht te hebben beziggehouden.<sup>4</sup> Na-ijlend is vooral de belangstelling die de in 2016 herziene *corporate governance*-code gold,<sup>5</sup> terwijl enkele wetsvoorstellen de spreekwoordelijke schaduw vooruitwierpen. Te noemen is (als voorbeeld) het vorig jaar ingediende wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen.<sup>6</sup> Anderzijds is van enige ophef door de inwerkingtreding van de Wet vrouwelijke bestuurders nauwelijks sprake.<sup>7</sup> Ten slotte mag ook het bestuurlijke sanctierecht zich binnen het ondernemingsstrafrecht in toenemende mate in belangstelling verheugen, al was

1. Enkele recente art. 51 Sr-zaken: HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1231 (feitelijk leidinggeven aan door rechtspersoon begane valsheid in geschrift); HR 11 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1303 (feitelijk leidinggeven aan door rechtspersoon begane bedrieglijke bankbreuk); Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2770 (feitelijk leidinggeven bij fraude subsidieprogramma); Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2996 (opdracht geven tot het doen van onjuiste belastingaangiften door een rechtspersoon); Hof Amsterdam 28 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3103 (feitelijk leidinggeven aan grootschalige fraude binnen internationaal transportbedrijf). Het signaleren waard is voorts Rb. Amsterdam 14 februari 2017, *NJFS* 2017/88 (feitelijk leidinggeven aan het doen van onjuiste belastingaangifte door gebrek aan effectieve controle).
2. M.J. Horneman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen*, Pompe-reeks nr. 82, Den Haag: Boom juridisch 2016, 546 pp.

3. E. Muller e.a. (red.), *Fraude en fraudebestrijding in Nederland*, Handboeken Veiligheid, Deventer: Wolters Kluwer 2016, 772 pp.; A. Hagdorn e.a., *Handboek Spoorwegrecht*, Zutphen: Paris 2017, 878 pp.
4. J. Mooijen, 'Geheimhoudersstukken in een kantooradministratie', *Sanc-tierecht & Onderneming*, 2017/1; zie ook het themanummer verschoningsrecht van dit blad, *TBS&H*, 2017/2.
5. Zie bijvoorbeeld het themanummer 'De herziene Corporate Governance Code', *Maandblad voor Ondernemingsrecht*, 2017/1-2; H.-J. de Klui-ver, 'Over ondernemingsrecht en "corporate governance"', *NJB* 2017/15, p. 1057 e.v.
6. *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 491, nrs. 1-3, wijziging van het BW in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen. In dit kader valt voorts te wijzen op het rapport *Modernisering personenvennootschappen*, te raadplegen via: [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/26/modernisering-personevennootschappen](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/26/modernisering-personevennootschappen), besproken door H.E. Boschma & J.B. Weze-man, 'De personenvennootschap op weg naar 2020', *AA* 2017/3.
7. Wet van 10 februari 2017, *Stb.* 2017, 68 (*Kamerstukken* 34 435) tot wijziging van Boek 2 BW in verband met het opnemen van streefcijfers voor het aantal vrouwelijke bestuurders van rechtspersonen.

het alleen maar vanwege de soms torenhoge bestuurlijke boetes die ondernemers kunnen treffen.<sup>8</sup> Bestuurlijke beboeting levert soms lastige vraagstukken op over de samenloop tussen bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke vervolging. Over de verhouding tussen de strafrechter en bestuursrechter bevestigde de Hoge Raad begin dit jaar nog eens de leer van de formele rechtskracht (HR 17 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:41). Zodra de bestuursrechter (in dit geval het College van Beroep voor het bedrijfsleven) heeft geoordeeld dat de appellant in casu zonder vergunning taxivervoer heeft verricht, kan in de daarna volgende strafzaak (wegens overtreding van de Wet personenvervoer 2000) niet met vrucht worden gesteld dat het geen taxivervoer was, maar vervoer met verhuurde limousines. Op het gebied van de handhaving is nog te melden het voornemen van de minister om de bevoegdheden van de mededingingsautoriteiten te versterken.<sup>9</sup>

## Fiscaal strafrecht

*Verzorgd door mr. A.A. Feenstra*

In een brief van 17 januari 2017 heeft staatssecretaris Wiebes maatregelen aangekondigd tegen belastingontduiking.<sup>10</sup> Dit betreft zowel internationale als nationale maatregelen. Zo wordt aandacht gevraagd voor de internationale inlichtingenuitwisseling, het UBO-register en een voorstel van de Europese Commissie met betrekking tot het openbaar maken van belastingstructuren door financiële tussenpersonen en adviseurs. Op nationaal niveau kondigt de staatssecretaris een voorstel tot afschaffing van de inkeerregeling aan. Daarnaast stelt de staatssecretaris voor om fiscale vergrijpboetes die aan juridische beroepsbeoefenaren zijn opgelegd in de toekomst openbaar te maken. Ten slotte heeft de staatssecretaris aangekondigd dat hij het voornemen heeft om het wettelijke fiscale verschoningsrecht ex artikel 53a AWR in te perken. De argumenten die de staatssecretaris voor deze maatregelen noemt, zijn summier en lijken de leden van de Tweede Kamer in ieder geval nog niet te hebben overtuigd, aangezien kritische vragen zijn gesteld.

Op 23 februari 2017 verdedigde M. Kors aan de Nijmeegse faculteit haar proefschrift over het pleitbaar standpunt.<sup>11</sup> Zij stelt zich op het standpunt dat het vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid niet mag uitmaken of het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte gevolgd wordt door bestuurlijke afdoe-

ning door de belastingrechter of berechting door de strafrechter.

Op 21 april 2017 heeft de belastingkamer van de Hoge Raad zich uitgelaten over het pleitbaar standpunt.<sup>12</sup> Daarbij oordeelt de Hoge Raad ten aanzien van het opleggen van vergrijpboetes dat geen boetes kunnen worden opgelegd indien aan de belastingaangifte een standpunt ten grondslag ligt dat kan worden gebaseerd op een pleitbare uitleg van het (fiscale) recht, in die zin dat de belastingplichtige ten tijde van het doen van die aangifte, naar objectieve maatstaven gemeten, redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze uitleg en daarmee de door hem gedane aangifte juist was. Omdat dit standpunt naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld is in dit verband niet relevant of de belastingplichtige bij het doen van de aangifte de pleitbare, maar later onjuist bevonden uitleg voor ogen heeft gestaan. De Hoge Raad wijdt specifiek een overweging aan het strafrecht. Ook daarbij overweegt de Hoge Raad dat het pleitbare standpunt naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld en dat dit in de weg staat aan het opzettelijk onjuist of onvolledig doen van een belastingaangifte, en plaatst dit vervolgens in het kader van de aanmerkelijke kans. Aldus kiest de Hoge Raad voor een andere benadering dan voorgestaan door A-G Wattel.<sup>13</sup> Die stelde zich op het standpunt dat de objectieve pleitbaarheid strafrechtelijk valt in te passen in het niet-voldaan zijn aan het strekkingsbestanddeel van artikel 69 AWR. Met dit arrest lijkt de Hoge Raad weer aansluiting te hebben gemaakt tussen het pleitbaar standpunt in fiscalibus en het strafrecht, al wordt niet geheel duidelijk of uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat het oordeel van de strafkamer van de Hoge Raad van 6 maart 2012 thans anders zou hebben geluid.<sup>14</sup>

In een arrest van 9 mei 2017 heeft de strafkamer van de Hoge Raad niet alleen een nadere uitleg over de Salduz-jurisprudentie gegeven, maar wordt ook een oordeel geveld over de toepassing van het criterium van het Hof van Justitie EU ('wist of had moeten weten') in BTW-fraudezaken.<sup>15</sup> De Hoge Raad benadrukt dat voor het bewijs dat opzettelijk onjuist of onvolledig aangifte is gedaan 'minst genomen' door de verdachte bewust de aanmerkelijke kans moet zijn aanvaard dat hij 'met de handeling waarvoor aanspraak op het betrokken recht wordt gemaakt, deelnam aan fraude ter zake van de btw in het kade van een keten van leveringen als bedoeld in vorengenoemd arrest van 18 maart 2016, in welk geval ter zake van de aan haar geleverde auto's geen recht op aftrek van omzetbelasting bestond, maar verdachte die aftrek desalniettemin heeft geclaimd en de verdachte daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.' Daarmee wordt (wederom) benadrukt dat het criterium 'had moeten weten' onvoldoende is voor het bewijs van opzet.

8. Te noemen is de Wet van 23 augustus 2016, inhoudende wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de herziene regeling van de bestuurlijke boete (*Stb.* 2016, 318, *Kamerstukken* 34 396), in werking op 1 januari 2017.

9. *Kamerbrief* minister binnenlandse zaken, *Kamerstukken II* 2016/2017, 22 112, nr. 2339.

10. Kenmerk 2017-0000009651.

11. M.M. Kors, *Pleitbaar standpunt in het fiscale boete- en strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, 350 pp.

12. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

13. ECLI:NL:PHR:2016:897.

14. HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

15. HR 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:830.

Te signaleren (en op enig moment nader te bespreken) is voorts EHRM 18 mei 2017, Jóhannesson e.a. tegen IJsland, het vervolg op de uitspraak A en B tegen Noorwegen (EHRM 15 november 2016, over het toetsingskader inzake het ne bis in idem-beginsel.<sup>16</sup> Voorts wordt gewezen op Hof van Justitie EU 5 april 2017, C-217/15 en C-350/15: geen verbod op dubbele bestraffing vennootschap en directeur in btw-fraude, en op HR 2 juni 2017 (belastingkamer): over belastingaanslagen na afdoening door sepot.<sup>17</sup>

## Financieel strafrecht

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

### Richtlijnen

De Wet implementatie verordening en de Richtlijn marktmisbruik zijn op 11 augustus 2016 in werking getreden (*Stb.* 2017, 297). De uitvoeringsrichtlijn 2015/2392/EU van 17 december 2015 bij de Verordening (EU) nr. 596/2014 (verordening marktmisbruik) is nog niet op orde. De uiterste implementatiedatum was 3 juli 2016. Deze uitvoeringsrichtlijn legt (art. 32) aan lidstaten de plicht op te zorgen dat de bevoegde autoriteiten ‘doeltreffende mechanismen instellen’ om het melden van daadwerkelijke of potentiële inbreuken op de verordening marktmisbruik aan de bevoegde autoriteiten mogelijk te maken. De uitvoeringsrichtlijn vult de plicht nader in en bevat daartoe bepalingen omtrent de wijze van registratie van meldingen en het waarborgen van de privacy van personen die een potentiële inbreuk hebben gemeld. Vanwege vertraging in het wetgevingsproces met betrekking tot de implementatie is prioriteit gegeven aan dat wetsvoorstel, en is het niet gelukt tijdig de uitvoeringsrichtlijn te implementeren. De oorzaak daarvan ligt vooral in de wijziging van het bestuurlijke boetestelsel en van het regime voor openbaarmaking van bestuurlijke boetes van de Wet op het financieel toezicht. De implementatie van de uitvoeringsrichtlijn, moet ‘toekomstbestendig’ en ‘in lijn met de Europese ontwikkelingen’ op het terrein van de waarborgen van de privacy zijn. De implementatie zal plaatsvinden middels de Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders Wet op het financieel toezicht (Wft).<sup>18</sup>

### Wetgeving

De curator is als ‘poortwachter’ voor strafbare gedragingen in het faillissementsstrafrecht geïntroduceerd. In het *Staatsblad* is de Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van

de positie van de curator verschenen.<sup>19</sup> Deze wet is in werking getreden op 1 juli 2017.<sup>20</sup> Aan de considerans is het volgende ontleend: ‘De wet beoogt de positie van de curator te versterken ten behoeve van de bestrijding van faillissementsfraude en de bestrijding van de maatschappelijke schade van faillissementen door zowel de informatiepositie van de curator te verbeteren door de inlichtingen- en medewerkingsplichten alsmede de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissementen te verduidelijken en te versterken, door te voorzien in een vervolgprocedure voor de gevallen waarin de curator onregelmatigheden in een faillissement signaleert.’ Deze wet maakt deel uit van een pakket maatregelen teneinde het faillissementsrecht te herijken. Met deze wet is het faillissementsstrafrecht herzien<sup>21</sup> en is het civielrechtelijk bestuursverbod in het *Staatsblad* verschenen.<sup>22</sup> Vier jaren na de inwerkingtreding (derhalve 1 juli 2021) dient een verslag te worden uitgebracht over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. In elk geval dient te worden ingegaan op de gevolgen van deze wet voor het aantal fraudemeldingen en de financiële impact op crediteuren (art. III). Zouden de fraudemeldingen zijn vermeerdert ten opzichte van de thans gedane aangiften? Het kan gelet op de inhoud van de wet en de discussie bij de totstandkoming ervan worden betwijfeld.<sup>23</sup> In de Wet versterking positie curator zijn er nogal wat haken en ogen aan de wijze waarop de wetgever het nemo-teneturbeginsel heeft vormgegeven.

Om de zoveel jaren bestaat er behoefte de Wft aan te passen aan nieuwe eisen, uit te breiden naar aanleiding van nieuwe Europese richtlijnen of uit overwegingen van gewenste regelgeving voortvloeiende uit maatschappelijke ontwikkelingen, dan wel omdat de wet, waarvan sommigen zeggen dat deze uit z’n krachten is gegroeid, onoverzichtelijk is geworden en innerlijk niet geheel consistent is, te herstellen.<sup>24</sup> Dat laatste is thans gebeurd bij de Herstelwet financiële markten 2017. Deze wet voorziet in het herstel van gebreken en omissies die zijn opgetreden bij de implementatie van Europese regelgeving op het terrein van de financiële markten. Vanwege het technisch karakter van de wet beperkt het zich tot hetgeen noodzakelijk is voor een goede en correcte implementatie. Dit betekent dat het alsnog toepassen van lidstaatopties geen onderdeel uitmaakt van deze wet.<sup>25</sup> Het betreft onder meer hoofdzakelijk de implementatie van de Richtlijn 2013/36/EU betreffende toe-

16. EHRM 18 mei 2017 (appl. no. 22007/11), Jóhannesson e.a. tegen IJsland; A en B tegen Noorwegen (EHRM 15 november 2016, (appl. nos. 24130/11 en 29758/11), *BNB* 2017/14, m.nt. Haas, ook besproken in: J.S. Nan, ‘Kroniek van het Straf(proces)recht’, *NJB* 2017/15, p. 1022-1023.

17. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958, *NTRF* 2017/1432, m.nt. Jansen.

18. *Kamerbrief* minister Buitenlandse Zaken van 21 april 2017 betreffende de stand van zaken implementeren richtlijnen eerste kwartaal 2017.

19. *Stb.* 2017, 124; *Kamerstukken* 34 253.

20. *Stb.* 2017, 176.

21. *Stb.* 2016, 154.

22. *Stb.* 2016, 153.

23. Op 14 december 2017 vindt het Jaarcongres Kennisplatform Faillissementsfraude 2.0 plaats te Den Haag, waarop dit onderwerp ongetwijfeld ter sprake zal komen.

24. Een systematisch overzicht van de wijzigingen van de Wft sinds de invoering ervan in 2007, kan men vinden in bijlage 2 van het hierna te noemen consultatiedocument *Herziening van de Wft: verkenning*, Ministerie van Financiën, Den Haag 2017, p. 34 en 35

25. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met het herstel van gebreken en omissies bij de implementatie van Europese regelgeving op het terrein van financiële markten, *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 634, nr. 3, p. 1.

gang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, aanpassingen naar aanleiding van een groot aantal nog niet tijdig geïmplementeerde EU-richtlijnen. Ook de Richtlijn nr. 2014/57/EU van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L. 173) moest onder de loop worden genomen. Er heeft geen publieke consultatie plaatsgevonden, wel is er afstemming met DNB en AFM geweest.

Op 1 maart 2017 liep de internetconsultatieronde Wft af over de vraag of, en zo ja op welke wijze de Wft (opnieuw) zou moeten worden vormgegeven.<sup>26</sup> Deze verkenning had tot doel te onderzoeken hoe de Wft toegankelijker – eenvoudig en duidelijkheid – en toekomstbestendiger kan worden gemaakt. Er zijn vijf opties voorgesteld. Drie daarvan beschrijven alternatieve modellen voor een gehele herziening van het wettelijk stelsel. Het voert te ver uitgebreid de pro's en contra's van de modellen hier te bespreken. Daarom wordt volstaan met het benoemen van deze vijf modellen. Het eerste model is de bestaande wet handhaven zoals deze is ('nuloptie'). Nut en noodzaak zijn niet duidelijk en de kosten zijn hoog (p. 28). Optie twee beperkt zich tot wetstechnische en redactionele verbeteringen (p. 29). De structuur blijft ongewijzigd, maar er zou aandacht moeten worden besteed aan een verbeterde toelichting. Optie drie streeft naar verbeteringen binnen het huidige functionele model (p. 29), waarbij de huidige structuur en opzet van de Wft vanuit het oorspronkelijke, cross-sectorale uitgangspunt wordt verbeterd. De vierde mogelijkheid opteert voor een sectoraal model. Er komt een nieuw wettelijk stelsel met een geheel nieuwe opzet. De Wft wordt sectoraal ingedeeld, maar met de regels voor elke categorie financiële ondernemingen, type dienstverlening of product zoveel mogelijk bij elkaar geplaatst (p. 30). De afbakening per sector vindt plaats langs de lijnen van de EU-richtlijnen. De vijfde optie zou betekenen een terugkeer naar het sectorale stelsel zoals dat bestond vóór de invoering van de Wft in 2007 met aparte, sectoraal opgezette wetten. Elk onderwerp of elke categorie financiële ondernemingen, financiële dienstverlening of product heeft dan zijn eigen toezichtwet(je) (p. 30).

Inmiddels is de vierde implementatiewet 'vierde anti-witwasrichtlijn',<sup>27</sup> die op 26 juni 2017 zou moeten zijn geïmplementeerd, met memorie van toelichting als

internetconsultatietekst verspreid.<sup>28</sup> Deze vierde richtlijn op Europees niveau houdt tevens de intrekking in van de derde anti-witwasrichtlijn (2005/60/EG en de daarop gebaseerde uitvoeringsrichtlijn 2006/70/EG), die hun grond vonden in de FATF-aanbevelingen van juni 2003. De onderhavige vierde anti-witwasrichtlijn, waarin de jongste aanbevelingen van de FATF uit 2012 zijn verwerkt, vervangt de derde anti-witwasrichtlijn en verscherpt deze. Net als de vorige derde anti-witwasrichtlijn is hier het uitgangspunt een risicogebaseerde benadering. De instellingen die het betreft dienen zelf de risico's in te schatten, maatregelen te nemen en eventueel meldingen te doen. Zelfs in gevallen van een laag risico dient cliëntenonderzoek plaats te vinden. Zij beoogt, meer dan tot op heden, rekening te houden met de internationale context waarin witwasgedragingen en de financiering van terrorisme plegen plaats te vinden, en deze tegen te gaan. De twee kernverplichtingen blijven bestaan, de verplichting cliëntenonderzoek te verrichten en om ongebruikelijke transacties te melden bij de FIU. Het toepassingsbereik wordt uitgebreid met nieuwe categorieën normadressaten, te weten de aanbieders van kansspeldiensten en de personen die beroeps- of bedrijfsmatig in goederen handelen in het geval waarbij contante betalingen gedaan of ontvangen zijn van € 10.000 of meer. Beoordelingslijsten dienen te worden opgesteld en in procedures dient te worden voorzien, teneinde de maatregelen van de instellingen helder te doen zijn voor de toezichthouders. Internationale samenwerking moet worden nagestreefd, mede in verband met de internationale verspreiding van hoofd- en bijkantoren, dochterondernemingen en dergelijke. Bovendien wordt aan de lidstaten de verplichting opgelegd een register aan te leggen met daarin informatie over uiteindelijk belanghebbenden (UBO's). Daarover is een tweede wet in de maak: de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden (de zogenoemde UBO-wetgeving). Beide voorontwerpen van wet hebben nog niet geleid tot definitieve wetsontwerpen, maar bevinden zich in een internetconsultatieronde.

### Beleid

Wat betreft het aanbieden van kansspeldiensten en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) in de aankomende versie heeft de minister van Financiën de Kansspelautoriteit, afdeling handhaving, laten weten bij brief van 24 mei 2017, dat het ministerie, directie financiële markten, het voornemen heeft aanbieders van bepaalde kansspelen als bedoeld in de Wet op de kansspelen bij ministeriële regeling vrij te stellen van de verplichtingen voortvloeiend uit de Wwft, zoals deze zullen voortvloeien uit de implementatie van de Richtlijn (EU) 2015/849 (de vierde anti-witwasrichtlijn). Deze vrijstelling kan zijn gerechtvaardigd indien de aard en de omvang van de transacties die met deze diensten (zoals bedoeld in art. 2, tweede lid van de vierde anti-witwasrichtlijn) gepaard

26. Ministerie van Financiën, *Herziening van de Wft: verkenning*, 2017.

27. Voluit: Wetsvoorstel tot implementatie van Richtlijn (EU) nr. 2015/849/EC van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PbEU 2015, L 141), alsmede in verband met de uitvoering van Verordening (EU) 2015/847 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende geldovermakingen te voegen informatie en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 178/2006 (PbEU 2015, L 141).

28. Zie voor een bespreking van de doorwerking van de vorige drie witwasrichtlijnen: F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

gaan een ‘laag’ risico op witwassen of financieren van terrorisme vertegenwoordigen. Het ministerie kwam tot deze conclusie op basis van door het WODC-verricht onderzoek door middel van een quickscan. Het oordeel was ‘voorlopig’ en kan later op grond van nader onderzoek worden bijgesteld. Het kan dan gaan om bijvoorbeeld ‘goede doelen’-loterijen, aanbieders van winkelweekacties, de Staatsloterij, de Instantloterij, de Lotto e.d.

De beleidsregeling ‘Aanwijzing opsporing en vervolging buitenlandse corruptie’ die gold van 1 januari 2013 en volgens opschrift nog steeds zou gelden, is per 31 december 2016 geëxpireerd.<sup>29</sup> Een opvolger is er thans niet (*Stcr.* 2012, 26939). De aanwijzing betrof buitenlandse corruptie inhoudende het omkopen van een buitenlandse ambtenaar door een bedrijf of persoon. Zij was toegespitst op de reikwijdte van de strafbepalingen in relatie tot de rechtsmacht in Nederland en formuleerde de factoren waarmee rekening werd gehouden bij het bepalen van de opportuniteit van de vervolging van op zichzelf strafbare gevallen van buitenlandse ambtelijke corruptie. De aanwijzing zag zowel op de omkopen partij (burgers en bedrijven) als de omgekochte partij (ambtenaren) van buitenlandse corruptie.

### Sancties

De AFM heeft een bestuurlijke boete opgelegd van € 10.000 aan de Spaanse vennootschap Lexon Capital S.L. Deze is opgelegd, omdat Lexon de koers van vier aan Euronext Amsterdam genoteerde aandeelhoudersfondsen heeft gemanipuleerd. Dat rechtvaardigde ingrijpen door de AFM. De handelwijze van Lexon had (een gevaar voor) misleidende signalen met betrekking tot de koersvorming tot gevolg. Ook zijn koersen van de aandelen van Lexon op een kunstmatig niveau gebracht. Dit is een overtreding van het verbod op marktmanipulatie. Lexon handelde op een gegeven moment tegen/met zichzelf. Zij was in die gevallen zelf verkoper van de aandelen die zij kocht. Deze handelwijze valt onder de noemer koersmanipulatie. Wat betreft de sanctie is het basisbedrag twee miljoen euro. De AFM heeft uiteindelijk rekening gehouden met de draagkracht. Lexon had in eerste instantie € 100.000 opgelegd gekregen (23 februari 2015). Daartegen is door Lexon bezwaar aangetekend. De lagere (door Lexon onderbouwde) draagkracht is in beroep de overweging van de AFM geweest Lexon nu € 10.000 op te leggen. Daartegen tekende Lexon beroep aan, dat door de Rechtbank Rotterdam is behandeld en waarbij de rechtbank deze boeteoplegging rechtmatig bevond. De boete is inmiddels onherroepelijk geworden.

29. Zie de tekst van de Aanwijzing betreffende de geldigheidsduur: ‘Inwerkingtreding van de intrekking voorheen door 2012/26939 gesteld op 31 december 2016’.

## Milieustrafrecht

*Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans*

Het laatste half jaar overziende zijn er eigenlijk twee uitspraken die van belang zijn. De eerste dateert van 22 november 2016 inzake de verhouding tussen de (bestuursrechtelijke) randvoorwaardenkorting en de oplegging van een strafrechtelijke straf. Kort gezegd komt het erop neer dat de verdachte vanwege overtreding van wet- en regelgeving op het gebied van identificatie en registratie van dieren bestuursrechtelijk een strafkorting op verleende subsidies krijgt, terwijl daarnaast voor diezelfde feiten een strafvervolgning plaatsvindt. Deze gang van zaken zou in strijd zijn met het ne bis in idem-beginsel zoals neergelegd in art. 50 Handvest. Dit probleem speelde al enige tijd en ermee werd zeker door de economische politierechters verschillend omgegaan. Soms werd het verweer verworpen, en soms werd het OM niet-ontvankelijk verklaard. Uiteraard werd in verschillende zaken hoger beroep ingesteld, maar ook daar lieten de uitspraken een wisselend beeld zien. Zo verwierp het Hof ’s-Hertogenbosch het beroep op dubbele bestraffing,<sup>30</sup> maar verklaarde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het OM niet-ontvankelijk.<sup>31</sup> Tegen die laatste uitspraak is beroep in cassatie ingesteld.

De vraag of een door de staatssecretaris van Economische Zaken opgelegde randvoorwaardenkorting op GLB-inkomenssteun voor het niet naleven van de regels voor de identificatie en registratie van dieren gevolgen heeft voor de strafrechtelijke vervolgbaarheid van diezelfde gedraging, wordt door de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat ‘uit de aan de orde zijnde regelgeving en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU blijkt dat (i) de op grond van de verordeningen betreffende het GLB opgelegde sancties niet als van strafrechtelijke aard worden aangemerkt, (ii) dat dergelijke sancties slechts kunnen worden opgelegd aan marktdeelnemers die in alle vrijheid een beroep doen op die bij die verordeningen ingestelde steunregelingen en die sancties slechts tot gevolg hebben dat de betrokkene de aanspraak of het vooruitzicht op ingevolge de steunregeling te ontvangen inkomenssteun verliest en (iii) dat het opleggen van die sancties verband houdt met de niet-naleving van de aan die regeling verbonden beheereisen, alsmede dat het met de opgelegde sancties nagestreefde doel niet repressief is, maar in essentie strekt tot het bevorderen van de naleving van de aan de steunregeling verbonden voorwaarden en het verzekeren van een goed beheer van de middelen van de Unie.’ Voorts merkt de Hoge Raad op dat ‘het daarbij niet uitmaakt dat bij het opleggen van de korting aan verdachte is gelet op het feit dat er opzettelijk is gehandeld of dat de korting is toegepast op een subsidie die betrekking heeft

op het jaar van de geconstateerde onregelmatigheden.’ Derhalve kan de aan de verdachte opgelegde randvoorwaardenkorting op GLB-inkomenssteun niet worden aangemerkt als een veroordeling voor een strafbaar feit in de zin van artikel 50 Handvest. En daarmee is het pleit beslecht.

In dat verband is van belang dat de Hoge Raad terzijde nog opmerkt dat nu samenloop van het bestuurlijke en strafrechtelijke traject wel vaker voorkomt, ‘er geen sprake is van een uitzonderlijke situatie die op gespannen voet staat met het aan art. 68 Sr ten grondslag liggende beginsel dat iemand geen twee keer vervolgd en bestraft kan worden voor hetzelfde feit en de strafrechter bovendien, wanneer hij daartoe aanleiding ziet, de randvoorwaardenkorting als relevante omstandigheid bij de strafoplegging kan betrekken.’<sup>32</sup>

Van recenter datum is de opmerkelijke uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden inzake de artikel 12 Sv-klacht gericht tegen de beslissing van de officier van justitie, de NAM niet te vervolgen ter zake van overtreding van de artikelen 170, 350 en 352 Sr, volgens de klagers gepleegd in de periode tussen 1963 en 2015 in de provincie Groningen.<sup>33</sup> Het hof heeft vastgesteld ‘dat er aanwijzingen zijn dat de NAM zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van art. 170 Sr, aanhef en onder 2 Sr. Door de vertegenwoordigers van de NAM is in raadkamer erkend dat rond 1993 duidelijk werd dat er een relatie lag tussen het winnen van gas en het ontstaan van aardbevingen. Desalniettemin heeft beklagde haar werkzaamheden voortgezet, hetgeen tot het voorzienbare gevolg leidde dat de daardoor veroorzaakte bevingen schade aan gebouwen en infrastructuur veroorzaakten, waardoor de veiligheid van personen in het aardbevingsgebied toenam en slachtoffers financieel gedupeerd raakten. Dit gevolg is door beklagde, na een afweging van belangen, op de koop toe genomen. De vraag of dat ook betekent dat er ten aanzien van iedere individuele klager sprake is van voldoende wettig en overtuigend bewijs voor overtreding van art. 170, aanhef en onder 2 Sr (en in het verlengde daarvan, of, indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, vervolging dient plaats te vinden) kan het hof thans niet beantwoorden omdat een onderzoek naar de bewijsbaarheid van het feit hier ten onrechte achterwege is gebleven.’ Daarom gelast het hof ‘de vervolging van de NAM ter zake van vernieling of beschadiging van gebouwen, voor zover daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, gepleegd tussen 1 januari 1993 en 14 april 2015 in de provincie Groningen’, en gelast voorts dat er alsnog onderzoek dient plaats te vinden onder toezicht en begeleiding van de rechter-commissaris. Opmerkelijk in de overwegingen van het hof is de vaststelling dat het enkele feit dat de NAM over een vergunning beschikt voor het winnen van gas ingevolge de Mijnwet en dat overtreding van de in artikel 33 Mijnwet omschreven zorgplicht in de genoemde periode niet strafbaar is gesteld, onverlet laat

dat er ruimte is voor vervolging ter zake van artikel 170, aanhef en onder 2 Sr.

Ten slotte heeft de Hoge Raad zeer recent een uitspraak gedaan met betrekking tot de reikwijdte van de in artikel 5 lid 1 Besluit risico’s zware ongevallen (BRZO) neergelegde zorgplicht.<sup>34</sup> De zaak had betrekking op een bedrijfsongeval in een BRZO-bedrijf, waarbij door een medewerker van het bedrijf in een tank met n-propylbromide abusievelijk de stof CeTePox TFA is toegevoegd, terwijl dit de stof Ecepox had moeten zijn. Tijdens het mengen van deze stoffen heeft er vervolgens een onbedoelde en ongewenste reactie plaatsgevonden tussen de stoffen n-propylbromide en CeTePox TFA. Deze reactie heeft geleid tot een temperatuur- en drukverhoging in de meng- en doseertank met als gevolg het falen van het mangatdeksel op deze tank en het vrijkomen van een deel van de inhoud van deze tank. Uit voorzorg zijn elf medewerkers ter observatie naar het ziekenhuis gebracht. Uit onderzoek is gebleken dat deze personen geen letsel of nadelige gevolgen aan het incident hebben overgehouden. Het hof heeft de verdachte vrijgesproken waarbij het hof stelde dat bij het oordeel over de vraag of de werkgever alle maatregelen heeft getroffen in de zin van artikel 5 eerste lid BRZO de vraag moet worden beantwoord ‘of dit specifieke incident had kunnen uitgroeien tot een zwaar ongeval’. De Hoge Raad komt echter tot een ander oordeel en overweegt ‘dat in de tekst noch de geschiedenis van de totstandkoming van het Besluit aanknopingspunten te vinden zijn voor een dergelijke uitleg van voormelde bepaling, die neerkomt op het stellen van een in het Besluit niet voorziene bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid. Een dergelijke uitleg zou ook tekortdoen aan doel en strekking van de bepaling zoals die naar voren komt uit de geschiedenis van de totstandkoming van het besluit. Niet vereist is dat een zwaar ongeval moet hebben plaatsgevonden of dat een incident had kunnen uitgroeien tot zo een ongeval of dat er een incident is geweest. De enkele omstandigheid dat in de onderhavige tenlastelegging – overbodig en daardoor wellicht tot verwarring aanleiding gevend – een concreet incident wordt genoemd, maakt dat niet anders. Het gaat immers bij art. 5 eerste lid BRZO om het antwoord op de vraag of de noodzakelijke maatregelen zijn getroffen ter voorkoming van zware ongevallen.’ Hiermee geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat de zorgplicht zoals neergelegd in artikel 5 lid 1 BRZO een zelfstandige zorgplicht is die losstaat van de eventuele gevolgen die schending van de zorgplicht met zich kan brengen. De Hoge Raad benadrukt dit bovendien daar waar hij opmerkt dat de in het eerste lid vervatte zorgplicht zich onderscheidt van de in het tweede lid, onderscheidenlijk het derde lid, van die bepaling vervatte verplichtingen. Overigens laat dat onverlet dat de naleving van de laatstgenoemde verplichtingen kan worden betrokken bij het oordeel of de zorgplicht in lid 1 is geschonden, maar dat doet aan de zelfstandigheid van de zorgplicht in het eer-

32. ECLI:NL:HR:2017:241.

33. ECLI:NL:GHARL:2017:3248.

34. ECLI:NL:HR:2017:1279.

ste lid niet af. Daarmee haalt de Hoge Raad het niet naleven van de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 5 lid 1 BRZO en het eventuele gevolg daarvan, namelijk het optreden van een zwaar ongeval nadrukkelijk uit elkaar. De gevolgen van een daadwerkelijk zwaar ongeval kunnen separaat worden ten laste gelegd onder de vlag van artikel 173a Sr, zoals bijvoorbeeld in de zaak tegen Dow Benelux BV is gebeurd.<sup>35</sup> Aardig is voorts dat de Hoge Raad ook impliciet aangeeft dat dit ook, in tegenstelling tot in de onderhavige casus, in de tenlaste-legging tot uitdrukking zou moeten komen.

## Cybercrime

Verzorgd door mr. J. Boonstra-Verhaert

### Wetgeving

#### • *Wet Computercriminaliteit III*

Het op 21 december 2015 ingediende voorstel voor de Wet Computercriminaliteit III, in het spraakgebruik ook wel aangeduid als de ‘hackwet’, is op 20 december 2016 aangenomen door de Tweede Kamer en ligt nu ter beoordeling bij de Eerste Kamer. De (commissie Veiligheid en Justitie van de) Eerste Kamer bleek afgelopen april echter zeer kritisch. Verschillende Eerste Kamerfracties die cruciaal zijn voor succes van het voorstel in de senaat, waaronder CDA en ChristenUnie, lijken nog te twifelen. De Eerste Kamerleden van het CDA ‘zijn op zichzelf voorstander’ van het verbeteren van de aanpak van computercriminaliteit, ‘maar vragen zich af of dit wetsvoorstel daar de beste oplossing voor is’, zo schrijven zij.

Daarnaast zijn zorgen geuit over de proportionaliteit van het wetsvoorstel en de impact op de privacy van burgers. De bevoegdheid zou de politie meer digitale mogelijkheden bieden dan er nu in de offlinewereld mogelijk zijn. Het effect van het wetsvoorstel zou volgens sommigen hetzelfde zijn als het plaatsen van camera’s in huizen van verdachten.<sup>36</sup> Het wetsvoorstel introduceert onder meer een nieuwe opsporingsbevoegdheid: het heimelijk en op afstand binnendringen in een geautomatiseerd werk en hierin onderzoek doen.<sup>37</sup> Deze opsporingsbevoegdheid is uitgewerkt in het Ontwerp Besluit onderzoek in een geautomatiseerd werk<sup>38</sup> dat op 10 mei 2017 aan de Tweede Kamer is gezonden.<sup>39</sup> In dit besluit worden nadere regels gesteld over het onderzoek in een geautomatiseerd werk ter uitvoering van een bevel van de officier van justitie als bedoeld in de artikelen 126nba/uba/zpa Sv.

35. ECLI:NL:RBZWB:2014:1911.

36. *Kamerstukken I* 2015/2016, 34 372, nr. B.

37. Art. 126nba, 126guba en 126zpa Sv (nieuw).

38. Te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/05/10/tkbijlage-besluit-onderzoek-in-een-geautomatiseerd-werk/tk-bijlage-besluit-onderzoek-in-een-geautomatiseerd-werk.pdf>.

39. *Kamerstukken I* 2015/2016, 34 372, nr. C.

#### • *Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten*

Op 11 juli 2017 heeft de Eerste Kamer ingestemd met de nieuwe Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten (Wiv 20XX)<sup>40</sup> die de huidige Wiv 2002 moet vervangen. In deze wet worden de taken, de diensten, (de inzet van) de (gemoderniseerde) bevoegdheden van de AIVD en MIVD alsmede wettelijke waarborgen voor de inzet van die bevoegdheden wettelijk vastgelegd.

Bijzondere bevoegdheden worden gemoderniseerd door het onderscheid tussen kabelgebonden en niet-kabelgebonden telecommunicatie te vervangen door de zogenoemde onderzoeksopdrachtgerichte interceptie. Op grond van de Wiv 2002 dient ‘ongerichte’ interceptie van telecommunicatie zich te beperken tot ‘niet-kabelgebonden telecommunicatie’. Dit betekent dat het merendeel van alle telecommunicatie zich op dit ogenblik per definitie aan het zicht van de diensten onttrekt. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk datastromen ook op de kabel te onderscheppen. Dit is nodig omdat een merendeel van de telecommunicatie zich sinds de invoering van de Wiv 2002 heeft verplaatst van de lucht naar kabelnetwerken, die de ruggengraat zijn gaan vormen van het digitale domein. Het gaat bij deze nieuwe bevoegdheid niet om een specifieke tap op een concreet persoon, maar om de mogelijkheid om telecommunicatie te intercepteren zonder dat er specifieke aanwijzingen tegen een specifieke persoon zijn. Dat levert inbreuk op in het recht op privacy en andere grondrechtelijk gewaarborgde belangen van burgers. Deze bedreiging wordt het hoofd geboden via de in de wet verankerde waarborgen. Voordat deze bevoegdheden worden ingezet, is toestemming van de minister en een onafhankelijke commissie, de zogeheten Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB), nodig.<sup>41</sup> De onafhankelijke toetsing vooraf gaat niet alleen gelden voor de datastromen (telefonie, internet, e-mail en sociale media) via de kabel, maar ook voor de inzet van bestaande bijzondere bevoegdheden zoals het tappen van telefoongesprekken en het maken van inbreuken op computers. De Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) wordt een zelfstandige klachtinstantie die bindende uitspraken kan doen over klachten van burgers.<sup>42</sup>

#### • *Wet gegevensverwerking en meldplicht cybersecurity*

De Eerste Kamer heeft op 11 juli jl. ook het eerste wetsvoorstel aangenomen dat specifiek over cybersecurity gaat en dat aanbieders van vitale infrastructuur verplicht om digitale veiligheidsincidenten en datalekken bij de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie te melden. De verwachting is dat deze Wet gegevensverwerking en meldplicht cybersecurity (Wgmc) in het najaar van 2017 in werking zal treden. Dit wetsvoorstel introduceert een meldplicht voor een inbreuk op de veiligheid of een ver-

40. Voluit: Regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele wetten (Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20..).

41. Artikel 32 e.v.

42. Artikel 97 e.v.



lies van integriteit van elektronische informatiesystemen, ook wel ernstige ICT-inbreuken genoemd. Deze meldplicht geldt alleen voor aanbieders van producten of diensten waarvan de beschikbaarheid of betrouwbaarheid van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving. Daarnaast bevat het voorstel regels over het verwerken van gegevens ten behoeve van de taken van de minister van Veiligheid en Justitie op het terrein van cybersecurity. De meldplicht geldt uitsluitend voor bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen (categorieën van) vitale aanbieders van daarbij aan te wijzen producten of diensten. Bij vitale aanbieders moet gedacht worden aan energienetwerkbeheerders, drinkwaterbedrijven, telecombedrijven, banken en Rijkswaterstaat als beheerder van primaire waterkeringen. De melding moet worden gedaan aan de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en wordt in behandeling genomen door het Nationaal Cyber Security Centrum (NCSC). De melding geeft het NCSC de mogelijkheid om hulp te verlenen aan de getroffen aanbieder en om andere aanbieders te waarschuwen en daarmee de schade te beperken. De Wgmc vormt een belangrijke basis voor deze publiek-private samenwerking. Zo biedt de wet een kader voor de wijze waarop het NCSC met vertrouwelijke informatie moet omgaan. Daarnaast wordt nu ook de wettelijke grondslag van de taken en bevoegdheden van het NCSC vastgelegd.

### Jurisprudentie

#### • *Eisen onderzoek smartphone*

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 april 2017<sup>43</sup> geoordeeld dat de regelgeving voor de doorzoeking van een smartphone niet toereikend is. Volgens de Hoge Raad is de huidige regelgeving, die bij de doorzoeking van een smartphone geen voorafgaande rechterlijke toets of tussenkomst van de officier van justitie vereist, toereikend indien bij de doorzoeking van de smartphone slechts een beperkte inbreuk wordt gemaakt op de privacy van verdachten. Dit zal het geval kunnen zijn indien het onderzoek slechts bestaat uit het raadplegen van een gering aantal gegevens. Indien het onderzoek echter zo verstrekkend is dat een min of meer compleet beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker van de gegevensdrager of het geautomatiseerde werk, dan kan dat onderzoek onrechtmatig zijn. Daarvan zal in het bijzonder sprake kunnen zijn wanneer het gaat om onderzoek van alle in de smartphone opgeslagen gegevens.<sup>44</sup> De Hoge Raad is het dan ook niet eens met het oordeel van het gerechtshof<sup>45</sup> dat artikel 94 Sv een voldoende wettelijke grondslag vormt voor het door een opsporingsambtenaar verrichte onderzoek aan de smartphone van de verdachte en casseert het arrest van het Gerechtshof Amsterdam. Na terugwijzing van de zaak zal het hof beoordelen of ten aanzien van de op de voet van artikel 94 Sv in verbinding met artikel 95 en 96 Sv in beslag

genomen smartphone en het ten behoeve van de opsporing vastleggen van de daarin opgeslagen of beschikbare gegevens sprake is van meer dan een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte.

#### • *Door banken geleden rechtstreekse schade*

Op 22 november 2016 heeft de strafkamer van de Hoge Raad een interessante uitspraak<sup>46</sup> gedaan voor banken die te maken hebben met frauduleuze overschrijvingen en hun klanten hiervoor schadeloos dienen te stellen. Eind jaren negentig<sup>47</sup> oordeelde de Hoge Raad dat het voor een bank niet mogelijk is om in zo'n geval de aan de klant vergoede schade binnen het strafproces te verhalen op de fraudeur. De betrokken bank werd niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering tot schadevergoeding omdat zij geen rechtstreekse schade zou hebben geleden. Niet de bank, maar de klant was immers rechtstreeks slachtoffer van de frauduleuze overschrijving. Banken hadden om die reden lange tijd geen andere mogelijkheid dan het voeren van een civiele procedure. In de daaropvolgende jaren heeft de Hoge Raad langzaam afstand genomen van deze conservatieve lijn, waarbij met de uitspraak van 22 november 2016 het licht zelfs definitief op groen staat voor banken om binnen het strafproces hun schade te verhalen op fraudeurs.<sup>48</sup>

Het gaat in deze zaak om een medewerker van de Royal Bank of Scotland die de tenaamstelling van twee bankrekeningen heeft veranderd waarna deze rekeningen door zijn medeverdachten worden geplunderd. De bank vergoedt de schade aan het gedupeerde bedrijf en voegt zich als benadeelde partij in het strafproces. De zaak komt uiteindelijk bij de Hoge Raad, waarbij de centrale vraag dan is of al dan niet sprake is van rechtstreekse schade en dus of door de bank om schadevergoeding kan worden verzocht. In zijn conclusie gaat de advocaat-generaal uitgebreid in op deze vraag. Na een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1999 en enkele andere ontwikkelingen die sinds die tijd hebben plaatsgevonden, wordt geconcludeerd dat de kaarten inmiddels anders moeten liggen voor banken. Het is niet logisch (meer) om een onderscheid te maken tussen de fraudeurs zelf en hun katvangers. De Hoge Raad is het kennelijk eens met dit oordeel, hij verworpt het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 RO.

#### • *Gebruik van softwarematige keylogger*

Aydin C., met name bekend vanwege de tragische dood van Amanda Todd nadat zij door hem werd gechanteerd met webcamopnamen, is afgelopen maart<sup>49</sup> veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien jaren en 243 dagen. Het betreft een interessante uitspraak nu de rechtbank zich onder meer diende te buigen over de vraag of het gebruik van een *softwarematige* keylogger, die is ingezet op de desktop en de laptop in de woning van verdachte, bij de bewijsgaring in deze zaak rechtmatig is toegepast,

43. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588.

44. <https://www.jahae.nl/hoge-raad-casseert-in-smartphone-zaak>.

45. Hof Amsterdam 13 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5007.

46. HR 22 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2659.

47. Hoge Raad 23 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1154, NJ 1999/403.

48. T. Dieben, 'Definitief "groen licht" Hoge Raad voor schadevergoeding banken binnen strafproces', *NJB* 2017, nr. 19.

49. Rb. Amsterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1627.

of de resultaten van het hulpmiddel betrouwbaar zijn en dus of zij voor het bewijs mochten worden gebruikt. Het gaat om de inzet van een softwarepakket dat in werking trad wanneer bepaalde programma's werden gestart, waarbij toetsaanslagen werden geregistreerd, en ook schermafbeeldingen werden gemaakt. Volgens Oerlemans<sup>50</sup> is het gebruik van een *hardwarematige* keylogger toegestaan nu de wetgever in de memorie van toelichting van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden voldoende duidelijk heeft gemaakt dat onder de bijzondere opsporingsbevoegdheid van direct afluisteren<sup>51</sup> het gebruik van een 'bug', dat ook toetsaanslagen kan registreren, is toegestaan. Het gebruik van een *softwarematige* keylogger ligt echter lastiger. De rechtbank heeft alle verweren van de verdediging op dit punt verworpen en daartoe overwogen dat (i) uit het Besluit technische hulpmiddelen strafvordering kan worden afgeleid dat een technisch hulpmiddel niet altijd uit een (hardwarematig) apparaat hoeft te bestaan, maar ook uit software kan bestaan (ii) dat de software door de inspectie is gekomen en is goedgekeurd. De rechtbank heeft hierbij nagelaten in te gaan op de vraag of het maken van schermafbeeldingen wel een functionaliteit is die de wetgever voor ogen had toen de bevoegdheid voor het direct afluisteren van communicatie in het Wetboek van Strafvordering werd geregeld. Dit punt wordt overigens geregeld in de Wet computercriminaliteit III doordat wordt vastgesteld dat de software verschillende functionaliteiten mag bevatten, waaronder het maken van schermafbeeldingen.<sup>52,53</sup>

## Omkoping

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

### Dwaling omtrent de eigen ambtelijke hoedanigheid

Zoals bekend heeft de Hoge Raad een zeer ruime betekenis gegeven aan het begrip 'ambtenaar', die ook medewerkers van geprivatiseerde organisaties met een publieke taak kan omvatten. Op grond van de jurisprudentie moet onder een 'ambtenaar' namelijk mede worden begrepen degene die onder toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd (HR 30 mei 1995, *Nf* 1995/620). Deze interpretatie kan zelfs ertoe leiden dat iemand ambtenaar is zonder dat hij het zelf weet.<sup>54</sup> Deze kwestie was aan de orde in een arrest van 14 februari 2017, waarin de Hoge Raad zich moest bui-

gen over de vraag of het hof terecht het door de verdachte gedane beroep op afwezigheid van alle schuld (avas) had verworpen.<sup>55</sup> De verdachte was tijdelijk ingehuurd als directeur van een vennootschap waarvan de gemeente Nijmegen enig aandeelhouder was en die tot doel had het bevorderen van culturele activiteiten in die gemeente. Namens de verdachte, die werd vervolgd op grond van artikel 362 Sr (oud) wegens het vragen van een geldbedrag van ruim € 10.000, werd in hoger beroep bepleit dat hij niet wist dat hij ambtenaar was. Het hof had dit beroep op dwaling verworpen op grond van de – opmerkelijke – redenering dat het bestanddeel 'als ambtenaar' in de tenlastelegging is geobjectiveerd en derhalve is onttrokken aan enig opzetvereiste. Hoewel de Hoge Raad instemt met het oordeel dat het bestanddeel 'ambtenaar' is geobjectiveerd, heeft het hof hiermee echter miskend '(...) dat in dit verband de mogelijkheid van een beroep op de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld, bijvoorbeeld in de vorm van verontschuldigbare onbewustheid van het zijn van ambtenaar, niet is uitgesloten.' Daarmee is uiteraard nog niet gezegd dat een beroep op dwaling omtrent de eigen ambtelijke hoedanigheid ook daadwerkelijk gehonoreerd zal worden. De verdachte zal dan immers ook aannemelijk moeten maken dat deze dwaling, ondanks de *Garantstelling* die op hem als ambtenaar rust, verontschuldigbaar is geweest.

De reikwijdte van het strafrechtelijke ambtenarenbegrip kwam eveneens aan de orde in de hieronder nog te bespreken zaken rond de directeurs van respectievelijk een woningbouwvereniging, het Rotterdamse havenbedrijf en een Drents energiebedrijf. Opvallend is dat de directeur van woningcorporatie Rochdale als enige van deze drie verdachten *niet* als ambtenaar werd aangemerkt, terwijl het in alle gevallen op het eerste gezicht lijkt te gaan om organisaties die een publieke taak uitoefenen én op het functioneren waarvan de overheid een grote invloed heeft (zie verder hieronder).

### Rijksuniversiteit Groningen

De Rechtbank Overijssel veroordeelde op 17 mei 2017 een 66-jarige man tot een forse gevangenisstraf – drie jaren waarvan zes maanden voorwaardelijk – en betaling van een schadevergoeding van € 450.000 wegens ambtelijke corruptie.<sup>56</sup> De verdachte gunde als Hoofd Technisch Beheer bij de Rijksuniversiteit Groningen opdrachten voor onderhoudswerkzaamheden aan bevriende bouwbedrijven. In ruil daarvoor werden door die bedrijven onder meer dienstverbanden geregeld voor de zoon van de verdachte en diens vriendin en werden auto's ter beschikking gesteld aan familieleden. Door de verdediging was aangevoerd dat artikel 363 Sr zich niet uitstrekt tot giften die aan een ander dan de verdachte ambtenaar zijn gedaan; nepotisme zou buiten het bereik van deze delictomschrijving vallen. Anders dan de verdediging is de rechtbank echter van oordeel dat een gift, belofte of dienst evenzeer betrekking kan hebben op iets

50. [http://www.telegraaf.nl/binnenland/22785926/\\_\\_\\_Keyloggen\\_niet\\_verboden\\_.html](http://www.telegraaf.nl/binnenland/22785926/___Keyloggen_niet_verboden_.html). Zie ook de noot van Oerlemans bij deze uitspraak, gepubliceerd in het tijdschrift *Computerrecht* en te raadplegen via: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/50936/Rb.Amsterdam16maart2017-AydinC.m.nt.J.J.Oerlemans.pdf?sequence=1>.

51. Art. 126f Sv.

52. *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 372, 3, p. 20.

53. Noot van Oerlemans bij deze uitspraak.

54. Zie T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 46-48.

55. HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:231.

56. Rb. Overijssel 17 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2050.

dat aan een derde ten goede komt, zoals aan een verwant van de ambtenaar. ‘Zou men de woorden van art. 363 Sr beperkt uitleggen door daaronder slechts te begrijpen de gift die aan de ambtenaar zelf wordt gedaan en slechts aan de ambtenaar ten goede komt, dan zou de bestrijding van omkoping wel zeer gemakkelijk kunnen worden omzeild (...)’, aldus de rechtbank. Het beroep dat de verdachte deed op zijn motief ‘vooral goed te willen zorgen voor de mensen om hem heen’ vond bij de rechtbank dan ook geen weerklank. Deze benadering sluit aan op eerdere jurisprudentie volgens welke geen sprake hoeft te zijn van persoonlijke bevoordeling van de ambtenaar.<sup>57</sup>

### Rotterdamse havenaffaire

In de zogenoemde Rotterdamse havenaffaire heeft de Hoge Raad in een arrest van 11 april 2017 alle cassatiemiddelen verworpen.<sup>58</sup> Wat betreft de actieve omkoping spitste de zaak zich in cassatie toe op de betekenis van het inmiddels geschrapte bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ in artikel 177 (oud) Sr. In dat verband wordt nog eens bevestigd dat de strafbaarstelling zich ook uitstrekt tot het doen van giften of beloften aan een ambtenaar met het doel een voorkeursbehandeling te krijgen. De Hoge Raad keurt daarbij het oordeel van het hof goed – in het licht van de omstandigheden die door het hof zijn vastgesteld – dat de plicht van de ambtenaar onder meer inhoudt ‘(...) dat de ambtenaar integer handelt, neutraal te werk gaat en aan anderen geen persoonlijke voorkeurspositie toekent’.

### Rochdale

De voormalige directeur van woningcorporatie Rochdale is op 29 maart 2017 door het Gerechtshof Amsterdam veroordeeld wegens onder meer niet-ambtelijke omkoping (art. 328ter Sr).<sup>59</sup> Subsidiair was in deze zaak ambtelijke omkoping ten laste gelegd. Hoewel uit wet- en regelgeving volgt dat woningcorporaties invulling geven aan een overheidstaak, namelijk de volkshuisvesting, kan de verdachte volgens het hof niet worden gekwalificeerd als ‘ambtenaar’. Dit omdat de overheid (ten tijde van de verweten gedraging) geen inspraak had in de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen van woningcorporaties.

### Wethouder Roermond

Inmiddels is het vonnis van de Rechtbank Rotterdam in de zaak tegen een oud-wethouder van Roermond en oud-Eerste Kamerlid meer dan een jaar oud.<sup>60</sup> Toch verdient het aandacht. Het is een bijna literair geschreven PROMIS-vonnis, waarin de rechtbank zich duidelijk uitspreekt over de grenzen van corruptie. De passages ‘Vele tinten grijs’ (bespreking omkopingssituatie) en ‘Van zwart naar wit’ (witwassen) hebben hun plek in jurisprudentie inmiddels verworven. Zoals eerder

gebeurde met witwassen door de Hoge Raad, brengt de rechtbank een duidelijke beperking aan in de reikwijdte van het ruim geformuleerde omkopingsdelict. Zij doet dat door duidelijk te scheiden in de voorkant van het delict (de gift) en de achterkant (een eventueel verwachte contraprestatie). Onder aanlegging van dit criterium blijft uiteindelijk weinig van de aanklacht overeind. Of de rechtbank te hoge eisen aan het bewijs stelde, zal nog moeten blijken; er lijkt in ieder geval enige spanning te zitten in het criterium dat de Hoge Raad opnieuw aanlegde in de Rotterdamse havenfraude en de eisen die de Rechtbank Rotterdam stelt. Blijft het vonnis in hogere instanties overeind, dan is de vraag of de wel zeer ruime inzet van opsporingsmiddelen en -methoden achteraf gezien gerechtvaardigd was. To be continued.

### Electrabel en Rendo

Vermeldenswaardig zijn de uitspraken van de Noordelijke Fraudekamer van 10 november 2016 inzake Electrabel en inzake Rendo.<sup>61</sup> Electrabel is een leverancier van energie. Rendo was in de ten laste gelegde periode een commerciële distributeur van energie. In 2006 had Electrabel zich tot doel gesteld Rendo over te nemen om zijn marktaandeel in de kleinzakelijke en consumentenmarkt uit te breiden. En, in 2007 nam Electrabel Rendo daadwerkelijk over. In beide vonnissen neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat de CEO van Electrabel destijds 1 miljoen euro betaalde aan de algemeen directeur van Rendo om – kort en zakelijk weergegeven – Electrabel in een voorkeurspositie te manoeuvreren ten aanzien van het over te nemen Rendo. De algemeen directeur van Rendo stuurde, om de betalingen te rechtvaardigen, facturen met een gefingeerde omschrijving aan Electrabel. Onder verwijzing naar Hoge Raad 20 juni 2006, *NJ* 2006/380 (ECLI:NL:HR:2006:AW3584) geeft de rechtbank aan dat de medewerkende en welwillende opstelling, die bewerkstelligd werd door betaling van 1 miljoen euro, en de voorkeursbehandeling die Electrabel daardoor zou ontvangen, omkoping oplevert – al is niet duidelijk of deze gift uiteindelijk in enig causaal verband staat tot het feit dat Electrabel Rendo heeft kunnen overnemen. Voorts is van belang dat de rechtbank de algemeen directeur van Rendo aanmerkt als ‘ambtenaar’ en derhalve ambtelijke omkoping bewezen verklaart – hoewel Rendo reeds geruime tijd is geprivatiseerd. Van belang hierbij is dat de gemeenten voor een belangrijk deel aandeelhouder waren van Rendo, de AVA de algemeen directeur kon benoemen en de uitvoering van de zogeheten splitsingswet, die bepaalde dat commerciële en publieke taken in de energielevering moesten worden gescheiden, bij uitstek een publieke taak was. De vergelijking met de uitspraak in de Rotterdamse havenaffaire en de Rochdale-zaak, hierboven besproken, dringt zich op. Hoewel de Rechtbank Rotterdam geen extra overwegingen eraan wijdt, wordt de directeur van het zelfstandig havenbedrijf klaarblijkelijk nog steeds gezien als een ambtenaar; anderzijds oordeelt het

57. Zie daarover T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 62-63.

58. HR 11 april 2017, ECLI:HR:2017:641.

59. Hof Amsterdam 29 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1018.

60. Rb. Rotterdam 12 juli 2016, *NJFS* 2016/202, ECLI:NL:RBROT:2016:5272.

61. Rb. Noord-Nederland 10 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4951 (*Electrabel*) en ECLI:NL:RBNNE:2016:4959 (*Rendo*).

Gerechtshof Amsterdam dat de directeur van Rochdale, een woningcorporatie, geen ambtenaar is in de zin van de omkopingsbepalingen, niettegenstaande de wettelijk bepaalde publieke taak van woningcorporaties en de grote invloed die de overheid op die corporaties had door middel van wetgeving, waarborgfondsen en toezichthouders. Het feit dat de overheid niet direct een bestuurder kon benoemen, weegt klaarblijkelijk zwaarder. Interessant is verder dat de CEO van Electrabel wordt vrijgesproken van het feitelijk leidinggeven aan de ambtelijke omkoping, gepleegd door de rechtspersoon waarvan hij in die tijd bestuurder was. Kort gezegd oordeelde de rechtbank dat de CEO van Electrabel geïsoleerd te werk was gegaan en het strafbare gedrag derhalve niet door Electrabel was aanvaard. Niettegenstaande het feit dat de rechtbank vervolgens overweegt dat wel is voldaan aan andere indicaties voor het aannemen van daderschap van de rechtspersoon, staat dit in de weg aan het aannemen van daderschap. Dat ontbreken van bewijs voor aanvaarding niet noodzakelijkerwijs in de weg staat aan toerekening aan de rechtspersoon, volgt uit HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5349. In zoverre is de uitkomst van deze weging interessant. Met dit oordeel staat de uitkomst voor de CEO vast: feitelijk leidinggeven is immers een vorm van aansprakelijkheid, accessoir aan die van de rechtspersoon. Het OM had in dit geval verstandig eraan gedaan ook een daderschapsvorm ten laste te leggen. In de straftoemeting ontstaat daardoor een wrang aanvoelende discrepantie tussen de CEO van Electrabel en de algemeen directeur van Rendo: 6 maanden gevangenisstraf versus 24 maanden.

### SNS Property Finance

De Rechtbank Midden-Nederland deed uitspraak in de geruchtmakende SNS Property Finance-zaak op 20 mei 2016 en 19 mei 2017.<sup>62</sup> De uitspraken zijn alleen al interessant, omdat ook overtreding van artikel 328ter Sr (niet-ambtelijke omkoping) is ten laste gelegd – een artikel waarop voorsiening de rechtspraak zeldzaam is, maar na aanscherping van wet en beleid meer handhaving valt te verwachten. In de uitspraak van 2016 werd de medewerker vrijgesproken, omdat hij niet wist dat zijn betalingen door de medeverdachte aan wie hij betaalde, verder weer werden gedistribueerd onder derden die mogelijk wel als om te kopen personen zouden kunnen worden beschouwd. Wel volgde een veroordeling voor passieve niet-ambtelijke omkoping. De rechtbank wijdt overwegingen aan het begrip ‘lasthebber’ en koppelt dat los, in lijn met de memorie van toelichting, van het civielrechtelijke begrip. De goede trouw, een ander bestanddeel van artikel 328ter Sr, wordt geobjectiveerd. Gelet op de omvang en duur van de betalingen, zo stelt de rechtbank, had het op de weg van de verdachte gelegen van deze betalingen melding te maken aan de bank, opdat deze had kunnen beoordelen of deze betalingen toelaatbaar waren. Door dit na te laten, handelde de

medewerker in strijd met de goede trouw en werd deze dus veroordeeld voor overtreding van artikel 328ter Sr. Vergelijkbare overwegingen voeren eveneens tot een veroordeling in 2017 voor een andere (ex-)medewerker van SNS Property Finance, die tegelijkertijd door middel van zijn bv geldbedragen ontving die hij niet had kunnen verzwijgen ten opzichte van zijn werkgever zonder in strijd met de goede trouw te handelen. Uiteraard was dit alles onder de redactie van artikel 328ter (oud) Sr; het is nog wachten op de eerste jurisprudentie onder het artikel in nieuwe vorm.

## Bijzondere wetgeving

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

### Drank- en Horecawet

In het algemeen gaan veel zaken die betrekking hebben op de handhaving van de Drank- en Horecawet over de weigering of intrekking van een vergunning na een Bibob-advies.<sup>63</sup> De rechtspraak over de Drank- en Horecawet in relatie met de Wet Bibob levert geen bijzonderheden op. In een recente zaak is door de burgemeester van Leiden een verleende drank- en horecaverunning en een aanwezigheidsvergunning voor kansspelautomaten ingetrokken. Deze intrekkingen zijn gebaseerd op een advies van het Landelijk Bureau Bibob. Uit dit advies blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar van misbruik van de verleende vergunningen. Dit ernstige gevaar wordt gemotiveerd aan de hand van (vermoedelijk) gepleegde fraude door de appellante; het betreft hier uitkeringsfraude en fraude met de uitbetaling van kinderopvangtoeslag. De appellante heeft volgens de burgemeester de beschikking over een zeer hoog bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel, hetgeen tot een ernstig gevaar leidt, omdat dit voordeel door middel van de verleende vergunningen zal worden witgewassen. De rechtbank gaat uit van wederrechtelijk verkregen voordeel ter hoogte van € 121.000. De Afdeling gaat akkoord met deze intrekking van de vergunningen.<sup>64</sup>

De intrekking van een vergunning is eveneens mogelijk op grond van ‘slecht levensgedrag’ van de betrokkene. Zo blijkt uit een recente zaak dat de burgemeester naar aanleiding van een politierapportage bij besluit van 19 juni 2015 heeft besloten tot sluiting van de horeca-inrichting voor de duur van 12 maanden met ingang van 19 juni 2015. Hierbij heeft de burgemeester zijn bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet toegepast. Ook heeft de burgemeester besloten tot intrekking van de exploitatievergunning, de drank- en horecaverunning en de aanwezigheidsvergunning voor speelautomaten voor de horeca-inrichting. De intrekking van de drank- en horecaverunning is gebaseerd op artikel 8,

62. Rb. Midden-Nederland 20 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3897; Rb. Midden-Nederland 19 mei 2017, o.a. ECLI:NL:RBMNE:2017:2412.

63. A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2017, p. 299.

64. ABRvS 1 februari 2017, *AB* 2017/87, m.nt. Van der Vorm.

eerste lid, aanhef en onder b, Drank- en Horecawet ('slecht levensgedrag'). Hoewel de burgemeester door de rechter in eerste aanleg in het ongelijk wordt gesteld, vindt hij de Afdeling wel aan zijn zijde.<sup>65</sup>

Uit de recente jurisprudentie over de Drank- en Horecawet blijkt ook dat door de Afdeling de burgemeester, die bij brief van 28 april 2015 aan de appellante een waarschuwing heeft gegeven, inhoudende dat hij bij een volgende overtreding van artikel 20, zesde lid, van de Drank- en Horecawet, voor twee weken appellantsvergunning zal schorsen en zijn horecagelegenheid zal sluiten, in het gelijk wordt gesteld.<sup>66</sup> Van een geheel andere orde is het verzoek van de SlijtersUnie aan de burgemeester om handhavend op te treden jegens UPS wegens handelen in strijd met artikel 19, eerste lid, Drank- en Horecawet. Volgens De SlijtersUnie wordt door UPS namelijk geen slijtersbedrijf uitgeoefend en bezit hij daarvoor evenmin de vereiste vergunning, zodat de aflevering door het bedrijf van sterkedrank aan particulieren in strijd is met voormeld artikel. De burgemeester willicht dit verzoek niet in, omdat UPS volgens de burgemeester niet handelt in strijd met de desbetreffende bepaling in de Drank- en Horecawet. De burgemeester kan rekenen op instemming van de Afdeling.<sup>67</sup>

### Wet op de kansspelen

De Wet op de kansspelen heeft relevantie ten aanzien van de toepassing van de Wet Bibob,<sup>68</sup> maar op grond van deze wet is het eveneens mogelijk dat bestuurlijke boetes worden opgelegd. Zo kan de burgemeester op grond van artikel 35c Wet op de kansspelen bestuurlijke boetes opleggen, wat hem tot een straffende burgemeester maakt.<sup>69</sup> De burgemeester is niet het enige bestuursorgaan dat bestuurlijke boetes kan opleggen wegens overtreding van de Wet op de kansspelen. Ook de raad van bestuur van de kansspelautoriteit kan dergelijke boetes opleggen. Bij besluit van 24 september 2014 heeft dit bestuursorgaan voor zover thans van belang aan de appellante A een bestuurlijke boete opgelegd van € 130.000 en aan de appellante B een bestuurlijke boete van € 50.000, omdat zij zonder vergunning online kansspelen hebben aangeboden. Bij een ander besluit van dezelfde datum heeft de raad van bestuur van de kansspelautoriteit besloten tot openbaarmaking van het boetebesluit. De raad van bestuur van de kansspelautoriteit wordt door de Afdeling in het gelijk gesteld.<sup>70</sup>

### Opiumwet

De burgemeester heeft ex artikel 13b, eerste lid, Opiumwet (Wet Damocles) de bevoegdheid tot het toepassen

van dit instrument, indien in woningen of lokalen dan wel in of bij woningen of zodanige lokalen behorende erven soft- en/of harddrugs worden verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig zijn. In veel zaken wordt de burgemeester, die toepassing geeft aan deze bevoegdheid, door de Afdeling in het gelijk gesteld.<sup>71</sup> In dit verband kan worden gewezen op een zaak, waarin de burgemeester van Groningen bij besluit van 16 juli 2015 een woning van 29 juli 2015 tot 7 november 2015 heeft gesloten op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet. Deze woningsluiting is gebaseerd op een bestuurlijke rapportage van de politie. Uit deze rapportage blijkt dat de politie aan de burgemeester een advies heeft gegeven om over te gaan tot toepassing van artikel 13b Opiumwet, omdat in de betreffende woning een handelshoeveelheid drugs is aangetroffen. De burgemeester is van oordeel dat sprake is van een ernstig geval en hij op grond van het Damoclesbeleid bevoegd was om – zonder voorafgaande waarschuwing – direct over te gaan tot sluiting van de woning voor een periode van drie maanden. Na de gebruikelijke bestuurs-processuele wegen – die niet hebben geleid tot enig succes voor de betrokkene – wordt deze zaak door de Afdeling behandeld. Geheel in lijn met bestendige jurisprudentie van de Afdeling over de toepassing van artikel 13b Opiumwet wordt de burgemeester door dit hoogste bestuursrechtelijke college in het gelijk gesteld.<sup>72</sup>

De burgemeester trekt echter niet altijd aan het langste eind. Er kan worden gewezen op een zaak, waarin de burgemeester van Den Haag bij besluit van 5 oktober 2015 op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet een last onder bestuursdwang heeft opgelegd, inhoudende dat het bedrijfspand aan de locatie te Den Haag per 7 oktober 2015 voor de duur van 12 maanden gesloten moet blijven. Op 7 september 2015 hebben Belgische autoriteiten in de haven van Antwerpen 40,7 kilogram cocaïne in beslag genomen. Deze cocaïne is aangetroffen in dozen met groenten die waren geadresseerd aan de wederpartij. Na overleg met de Nederlandse autoriteiten is de container met daarin de van cocaïne ontdane dozen gecontroleerd doorgelaten en afgeleverd op het ABC-terrein in Poeldijk. Enig aandeelhouder van [wederpartij], [aandeelhouder], heeft in Poeldijk de dozen opgehaald en deze naar het bedrijfspand gereden. Op 10 september 2015, op het moment van uitladen van de dozen, is hij aangehouden. Deze feiten en omstandigheden liggen ten grondslag aan de sluiting van het pand. Zonder ingrijpen van de politie zou de cocaïne het bedrijfspand daadwerkelijk hebben bereikt, zo betoogt de burgemeester. Ook zijn de hoeveelheid drugs en de persoonlijke betrokkenheid van de aandeelhouder bij het vervoeren van de drugs volgens de burgemeester verzwarende omstandigheden. De burgemeester wordt door de Afdeling in het ongelijk gesteld, omdat de reikwijdte van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet niet zodanig kan wor-

65. ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:902. Vgl. ABRvS 8 maart 2017, *NJB* 2017/793, waarin de exploitatievergunningen op grond van de aanwezigheid van 'slecht levensgedrag' (art. 2:28, zesde lid, aanhef en onder f, APV Rotterdam 2012) door de burgemeester zijn ingetrokken.

66. ABRvS 8 februari 2017, *JB* 2017/59.

67. ABRvS 8 februari 2017, *BA* 2017/79.

68. Zie de reeds besproken uitspraak ABRvS 1 februari 2017, *AB* 2017/87, m.nt. Van der Vorm.

69. B. van der Vorm, 'De straffende burgemeester: een gevaar voor het strafrecht?', *DD* 2017, p. 89.

70. ABRvS 22 februari 2017, *JB* 2017/68.

71. Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1362.

72. ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:294.

den opgerecht dat ook een niet plaatsgevonden levering van drugs een sluiting van een pand rechtvaardigt. Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de burgemeester niet bevoegd was op grond van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet het bedrijfspand van wederpartij te sluiten.<sup>73</sup>

### Wet wapens en munitie

De belangrijkste controverse die de rechtspraak over de Wet wapens en munitie op dit moment domineert is de vraag wat de consequenties zijn van de implementatie van de Speelgoedrichtlijn (Richtlijn 2009/48/EG) voor speelgoedvoorwerpen waarmee personen kunnen worden bedreigd. Fabrikanten en verkopers van dergelijk speelgoed volgen deze rechtspraak met argusogen. De feitenrechtspraak is wisselend, maar neemt toch verboden wapenbezit aan zodra, niettegenstaande een CE-keurmerk, het voorwerp evident niet als speelgoed is aangewend. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen indien volwassenen het speelgoed bij een overval gebruiken, de verpakking duidelijk maakt dat het voorwerp niet voor kinderen onder een bepaalde leeftijd is bestemd, of indien het, verborgen, bij een doorzoeking door de politie wordt gevonden.<sup>74</sup> HR 31 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:115, lijkt echter van de feitenrechtters te verwachten dat zij stevig(er) motiveren waarom het betreffende voorwerp niet moet worden beschouwd als speelgoed in de zin van de richtlijn. Hoeveel ruimte de Hoge Raad, gelet op de Speelgoedrichtlijn, daarvoor beschikbaar stelt, valt uit het arrest niet af te leiden.

Een verhaal apart zijn de voor de schietsport bestemde en gefabriceerde luchtdrukwapens. Indien deze wapens een sprekende gelijkenis met een vuurwapen vertonen zijn het verboden wapens (en is de bezitter strafbaar), maar anders zijn deze wapens voor volwassenen vergunningvrij in te voeren, over te dragen en/of voorhanden te hebben. De vraag is hoe die sprekende gelijkenis moet worden bepaald. Aan deze controverse werd in de literatuur reeds de nodige aandacht besteed.<sup>75</sup> Na de rechtsstrijd om de techniek hoe tot de juiste typering te komen van luchtdruggeweren zoals de *Huntingmaster* en de *Benjamin Marauder*,<sup>76</sup> volgde recent een beschouwing over de *Dragon Claw*. De discussie over deze wapens ging steeds om de vraag of de rechter de sprekende gelijkenis abstract of concreet dient vast te stellen. Anders geformuleerd: gaat het om sprekende gelijkenis in het algemeen (abstract), of moet de gelijkenis met een specifiek vuurwapen worden aangetoond (concreet)? De rechtspraak is wisselend. Eerder had Hof Amsterdam voor de abstracte toetsing gekozen, welke toetsing ook in

de literatuur is verdedigd.<sup>77</sup> Het Haagse Hof, waaraan het OM de vraag nadrukkelijk had voorgelegd, kwam aan beantwoording niet toe, eenvoudigweg omdat het litigieuze geweer abusievelijk was vernietigd. Hof Arnhem-Leeuwarden beantwoordt de vraag inzake de *Dragon Claw* wel.<sup>78</sup> Het kiest nadrukkelijk voor de abstracte benadering door te overwegen dat een redelijke rechtstoepassing meebrengt dat details op het voorwerp niet van doorslaggevend belang hoeven te zijn, noch dat doorslaggevend is hoe een deskundige tegen het betreffende voorwerp aankijkt. Primair is het de vorm (en in mindere mate de afmeting) die een overeenkomst met een vuurwapen in het algemeen bepaalt, aldus het hof. Een wat technischer wapenwetkwestie van geheel andere aard werd beslecht in een arrest van het Haagse hof. Na terugwijzing door de Hoge Raad oordeelde het hof dat 'noodseinmiddelen' moeten worden beschouwd als 'toestellen' in de zin van wapencategorie III van artikel 2 WWM.<sup>79</sup>

Als Wet van 29 mei 2017 verscheen in het *Staatsblad* de wijziging van (onder meer) de Wet wapens en munitie in verband met de versterking van het stelsel ter beheersing van het legaal wapenbezit.<sup>80</sup> De in deze wet neergelegde wijziging in het stelsel ter beheersing van legaal wapenbezit strekt ertoe verdergaand te waarborgen dat legale wapens alleen in handen komen en zijn van diegenen die kunnen omgaan met de vergaande verantwoordelijkheid die wapenbezit, en dan met name van vuurwapens, met zich brengt. De inwerkingtreding is open.

Aanhangig zijn twee wetsvoorstellen. Voorstel 34 558 (Wet ter bescherming koopvaardij), wil door middel van een wijziging van de Wet wapens en munitie gewapende particuliere maritieme beveiligers aan boord van Nederlandse koopvaardij schepen mogelijk maken. Voorstel 34 746, ten slotte, houdt het (enigszins merkwaardige) voorstel in dat bij een veroordeling wegens een van de misdrijven zoals omschreven in artikel 55 lid 5 WWM (en ook in art. 6 lid 4 WED) de ontzetting uit het kiesrecht (art. 28, eerste lid onder ten derde, Sr) kan volgen.

## Overig: (eenvoudig) witwassen

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

Een redelijk langlopende kwestie is de verhouding tussen het witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen. Dan kan zonder verhullende handeling het voorhanden hebben en verwerven, volgens de Hoge Raad, al sinds enige tijd niet als (schuld)witwassen in de

73. ABRvS 12 april 2017, *NJB* 2017/1134.

74. Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5279; Hof Den Haag 28 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:854; Rb. Gelderland 26 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4165.

75. H.J.B. Sackers, 'Dit lijkt sprekend (nergens) op...!', *TBS&H* 2016/3.

76. Rb. Amsterdam 9 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1199, *NJFS* 2016/131, *TBS&H* 2016/3, m.nt. Nan; Hof Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1926.

77. Hof Amsterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ8602; H.J.B. Sackers, *Wet wapens en munitie*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 126-128.

78. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4749.

79. Hof Den Haag 16 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:685.

80. Wet van 29 mei 2017 houdende wijziging van de Wet wapens en munitie, de Flora- en faunawet en de Wet natuurbescherming in verband met de versterking van het stelsel ter beheersing van het legaal wapenbezit, *Stb.* 2017, 242 (*Kamerstukken* 34 432).

zin van artikel 420bis en 420quater Sr worden gekwalificeerd. Omdat de wetgever meende dat dit toch strafbaar zou moeten zijn, heeft hij per 1 januari 2017 eenvoudig (schuld)witwassen geïntroduceerd in artikel 420bis.1 en 420quater.1 Sr.<sup>81</sup> Bij eenvoudig witwassen gaat het om witwassen ‘dat enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf’ en wordt gestraft met een maximale gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.<sup>82</sup> Nog vóór de inwerkingtreding van die bepalingen heeft de Hoge Raad medio december 2016 al een overzichtsarrest(je) gewezen om een en ander uiteen te zetten.<sup>83</sup> De belangrijkste overweging is (r.o. 2.4.3.):

‘Gelet op de hiervoor onder 2.3 weergegeven totstandkomingsgeschiedenis vullen de art. 420bis.1 en 420quater.1 Sr de bestaande witwasbepalingen in die zin aan dat het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, ook kan worden bestraft als vorm van witwassen, zonder de vaststelling van gedragingen van de verdachte die (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Alsdan moet het bewezenverklarde verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, worden gekwalificeerd als eenvoudig (schuld)witwassen, als bedoeld in de art. 420bis.1 of 420quater.1 Sr. Is er, bij dezelfde bewezenverklaring, naar het oordeel van de rechter wel sprake van een gedraging die meer omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat onmiddellijk door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft, dan kan het bewezenverklarde worden gekwalificeerd als – gewoon – (schuld)witwassen als bedoeld in art. 420bis of art. 420quater Sr.’

Daarbij geeft de Hoge Raad aan dat problemen met betrekking tot dubbele bestraffing (grondmisdrijf en eenvoudig witwassen), niet alleen voorkomen worden door middel van de samenloopregeling (waarop de wetgever zijn hoop heeft gevestigd), maar ook door een subsidiaire tenlastelegging (in plaats van een cumulatieve). Een duidelijker signaal aan het OM kan hij niet geven.

Gewezen moet ook nog worden op de 21 december 2016 verschenen conceptrichtlijn *on countering money launder-*

*ing by criminal law*.<sup>84</sup> Deze richtlijn geeft minimumregels aangaande ‘*the definition of criminal offences and sanctions in the area of money laundering*’. Hierin wordt ook witwassen met betrekking tot de opbrengst van eigen *criminal activity*<sup>85</sup> geregeld (ook wel aangemerkt als *self-laundering*). Voor eenvoudig (schuld)witwassen zoals wij dat inmiddels kennen schept de richtlijn uiteindelijk geen verplichting tot strafbaarstelling, maar verboden wordt het ook weer niet (het gaat om *minimum rules*). De nieuwe conceptrichtlijn laat aldus ruimte voor zowel de opstelling van de Hoge Raad als van de wetgever.

81. *Stb.* 2016/313 en 378.

82. Voor schuldwitwassen is dat een gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de vierde categorie.

83. HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, *NJ* 2017/218, *SR-Updates* 2016-0434, m.nt. Ten Voorde, *NbSr* 2017/7, m.nt. Dekkers. Zie over dit onderwerp D.E. Hooydonk, ‘Eenvoudig witwassen; was het maar zo eenvoudig’, *TBS&H* 2017, p. 3-10; J.S. Nan, ‘Eenvoudig witwassen. Noot bij HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842’, *TBS&H* 2017, p. 50-56; en: S.S. Arendse, ‘Een nieuwe loot aan de stam: de strafbaarstelling van “eenvoudig” witwassen’, *AA* 2017, p. 139-143.

84. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on countering money laundering by criminal law, COM (2016) 826 final, 2016/0414 (COD).

85. In art. 2 lid 1 wordt een hele waslijst aan strafbare feiten gegeven die onder het begrip *criminal activity* vallen. Zo’n beetje elk denkbaar misdrijf in onze strafwet valt daaronder. De lijst omvat onder meer georganiseerde misdaad, terrorisme, mensen-, drugs- en wapenhandel, corruptie, fraude, allerlei gewelds- en vermogensdelicten, en voor de zekerheid een restcategorie (v): ‘all offences, including tax crimes relating to direct taxes and indirect taxes as defined in the national law of the Member States, which are punishable by deprivation of liberty or a detention order for a maximum of more than one year or, as regards Member States that have a minimum threshold for offences in their legal system, all offences punishable by deprivation of liberty or a detention order for a minimum of more than six months.’