

## Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit<sup>2</sup>

55

### 1 Inleiding

Recent heeft de minister van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>3</sup> Dit voorstel omvat een brede waaier aan wetwijzigingen die alle erop zijn gericht de bestrijding van financieel-economische criminaliteit slagvaardiger te maken. Samengevat gaat het om: aanpassingen van de strafbaarstellingen ter zake van misbruik van gemeenschapsgeld en (ambtelijke en niet-ambtelijke) corruptie, verhoging van de strafmaxima in de witwasbepalingen, strafbaarstelling van het maken van een gewoonte van het plegen van economische delicten, flexibilisering van het boeteplafond in relatie tot rechtspersonen, wijzigingen ter zake van de toetsing van inbreuken op het verschoningsrecht door inbeslagneming alsmede een beperking van de aftrek van kosten bij ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Ruim een jaar geleden heeft de minister een conceptversie van zijn wetsvoorstel naar buiten gebracht. Dat conceptwetsvoorstel heeft in de literatuur ruim aandacht gekregen en overwegend tot kritische reacties geleid.<sup>4</sup> Vanuit de diverse adviesorganen zijn wisselende geluiden gekomen, van enthousiast tot ronduit afwijzend. Legt men het conceptwetsvoorstel en de definitieve versie naast elkaar, dan blijkt dat een belangrijk deel van het conceptwetsvoorstel is behouden. Maar op onderdelen – vooral waar het gaat om het verschoningsrecht – zijn ook substantiële wijzigingen aangebracht.

In deze bijdrage gaan wij in op de onderdelen van het wetsvoorstel die wij eerder, toen nog aan de hand van het conceptwetsvoorstel, in dit tijdschrift bespraken. Wij concentreren ons daarbij op de veranderingen die ten opzichte van het conceptwetsvoorstel zijn aangebracht. Achtereenvolgens gaat het om de wijzigingen ter zake van de toetsing van inbreuk op het verschoningsrecht (paragraaf 2), de beperking van de aftrek van kosten (paragraaf 3), de flexibilisering van het boeteplafond (paragraaf 4) en de verhoging van de strafmaxima ter zake van witwassen (paragraaf 5).

### 2 Het verschoningsrecht

#### 2.1 Hoofdpijnen van het voorstel

Het conceptwetsvoorstel bevatte tamelijk verstrekkende wijzigingen met betrekking tot de betekenis van het professionele verschoningsrecht voor de inbeslagneming van voorwer-

1. Hoogleraar straf(proces)recht, Vrije Universiteit Amsterdam respectievelijk hoogleraar straf(proces)recht, Universiteit van Tilburg.

2. Citeerwijze: M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit', *DD* 2013, 55.

3. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 2.

4. M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Een lichtzinnig voorstel omtrent het verschoningsrecht in strafzaken', *DD* 2012, 56, p. 591-602; T. Kooijmans & M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit', *DD* 2012, 65, p. 683-701; T.R. van Roomen & E. Sikkema, 'De strafbaarstelling van publieke en private corruptie: wat mag wel en wat mag niet?', *DD* 2012, 75, p. 792-804; M.E. Rosing, 'Witteboordencriminelen harder aanpakken? Over nut en noodzaak van het concept-wetsvoorstel "Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit"', *Strafblad* 2012, p. 317-320.

pen. De minister stelde een nieuwe procedure voor (op te nemen in een nieuw artikel 98a Sv), waarin de rechter-commissaris de beslissing zou kunnen nemen om het verschoningsrecht te doorbreken, teneinde onder het bereik van dat verschoningsrecht vallende brieven en andere geschriften in beslag te kunnen nemen. Tegen die beslissing zou bezwaar kunnen worden gemaakt bij de rechtbank, met uitsluiting van cassatieberoep. De bezwaren die tegen dit voorstel zijn geuit, hielden – kort samengevat – verband met het tamelijk onduidelijke beoordelingscriterium dat voor de rechter-commissaris zou gelden, de gebrekkige regeling van de beoordelingsprocedure, het uitsluiten van de mogelijkheid van cassatieberoep en de beoogde beperking van de toetsingsruimte door de zittingsrechter.<sup>5</sup>

Kennelijk heeft deze kritiek effect gehad, want in het definitieve wetsvoorstel wil de minister nog wel het één en ander regelen ten aanzien van het verschoningsrecht, maar komt hij met een ander en ook minder verstrekkend voorstel dan in het conceptwetsvoorstel. Dit nieuwe voorstel valt in twee onderdelen uiteen. Allereerst stelt de minister voor om enkele procedurele voorschriften toe te voegen aan artikel 98 Sv in verband met de inbeslagneming onder verschoningsgerechtigden, mede met het oog op het moment van kennisneming van de inhoud van die stukken door de strafvorderlijke autoriteiten. Ten tweede wil de minister maximumtermijnen introduceren voor de beoordeling van klaagschriften omtrent inbeslagneming, in al die gevallen waarin een klaagschrift wordt ingediend door een (professioneel) verschoningsgerechtigde.

De doelstelling die de minister aldus nastreeft, is uiteindelijk geen andere dan ten aanzien van het conceptwetsvoorstel het geval was: een snelle beoordeling van eventuele geschillen omtrent de rechtmatigheid van inbreuken op het verschoningsrecht, zodat de desbetreffende informatie – mits dat toelaatbaar wordt geoordeeld – ook snel beschikbaar komt voor het strafvorderlijke onderzoek. Met die doelstelling was en is natuurlijk als zodanig niets mis (mits het verwezenlijken van dat doel niet ten koste gaat van de kwaliteit van de beoordeling). Belangrijk verschil is dat de minister zich thans ook echt tot een versnelling van de rechterlijke toetsing wil beperken. De minister onderstreept dat hij geen andere, meer ingrijpende wijzigingen voorstaat:

“Het voorstel beoogt nadrukkelijk niet inhoudelijke wijzigingen aan te brengen in de wijze waarop het verschoningsrecht wordt getoetst. De rechten van de verschoningsgerechtigde, de bevoegdheden van de rechter-commissaris en rechtbank ter zake, alsmede de maatstaf en criteria die voor toetsing zijn ontwikkeld in de rechtspraak blijven onverkort van kracht. Ook de rechtsmiddelen die openstaan tegen beslissingen van de rechter-commissaris en de rechtbank ondergaan geen wijziging. (...) De wijzigingen die thans worden voorgesteld, zijn slechts technisch-procedureel van aard; aan de verschillende beslistmomenten die zich in het kader van deze procedure voordoen, worden termijnen verbonden waardoor wordt<sup>6</sup> gegarandeerd. De rechtswaarborgen waarmee de procedure is omkleed worden op geen enkele wijze beperkt.”<sup>7</sup>

In hoeverre deze benadering vruchtbaar is, zal eerst uit een nadere beschouwing van de voorgestelde regeling moeten blijken. Het navolgende strekt dan ook tot beantwoording

5. Zie naast Borgers & Kooijmans 2012 de adviezen van het College van procureurs-generaal, de Raad voor de rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Koninklijke Notariële Broederschap en de Nederlandse Orde van Advocaten, waarin diverse kanttekeningen zijn geplaatst. Deze adviezen zijn als bijlage opgenomen bij *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3.

6. Hier lijkt een frase in de trant van ‘spoedige duidelijkheid omtrent de status van de in beslag genomen bescheiden’ tussen de woorden ‘waardoor’ en ‘wordt’ abusievelijk te zijn weggevallen.

7. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 4, p. 18-19.

van de vraag of het thans voorliggende voorstel daadwerkelijk minder problematisch is dan het conceptwetsvoorstel.

## 2.2 *Het gewijzigde artikel 98 Sv: enkele interpretatievragen*

De minister stelt, zoals reeds is aangegeven, voor om enkele voorschriften toe te voegen aan artikel 98 Sv. Hieronder geven wij weer hoe artikel 98 Sv komt te luiden op het moment dat het wetsvoorstel ongewijzigd zou worden aanvaard, waarbij de nieuwe onderdelen zijn gecursiveerd. In de navolgende bespreking wordt telkens gerefereerd aan deze beoogde nieuwe tekst van artikel 98 Sv.

### *“Artikel 98*

1. Bij personen met bevoegdheid tot versoening, als bedoeld bij artikel 218, worden, tenzij met hunne toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. De rechter-commissaris is bevoegd ter zake te beslissen.
2. Indien de persoon met bevoegdheid tot versoening bezwaar maakt tegen de inbeslagneming van brieven of andere geschriften omdat zijn plicht tot geheimhouding zich daartoe uitstrekt, wordt niet tot kennisneming overgegaan dan nadat de rechter-commissaris daarover heeft bepaald.
3. De rechter-commissaris die beslist dat inbeslagneming is toegestaan, deelt de persoon met bevoegdheid tot versoening mede dat tegen zijn beslissing beklag open staat bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd en tevens dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag is beslist.
4. Tegen de beschikking van de rechter-commissaris kan de persoon met bevoegdheid tot versoening binnen veertien dagen na de betekening daarvan een klaagschrift indienen bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd. Artikel 552a is van toepassing.
5. Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.”<sup>8</sup>

Uit de voorgestelde uitbreiding van het eerste lid van artikel 98 Sv blijkt dat de minister de rechter-commissaris een centrale positie wil toekennen bij de inbeslagneming onder versoeningsgerechtigden. Het is echter niet aanstonds duidelijk waarover de rechter-commissaris precies moet beslissen. De eerste volzin van het eerste lid bevat een beslagverbod: onder versoeningsgerechtigden worden bepaalde brieven en geschriften niet in beslag genomen. Dat is op zichzelf een heldere norm, ook zonder dat enige autoriteit een beslissing neemt. Waarop ziet dan de bevoegdheid van de rechter-commissaris in de voorgestelde tweede volzin? De tekst van de wet – ‘ter zake’ – biedt op dit punt niet onmiddellijk duidelijkheid, terwijl ook de memorie van toelichting geen helderheid verschaft. In die toelichting wordt eenvoudigweg niet ingegaan op de wijzigingen van artikel 98 Sv.<sup>9</sup> Kennelijk acht de minister de strekking van zijn voorstel evident. Dat valt echter nog te bezien.

Men zou de voorgestelde tweede volzin van artikel 98 lid 1 Sv zo kunnen begrijpen dat de rechter-commissaris de beslissing neemt of er al dan niet wordt overgegaan tot inbe-

8. Voor alle duidelijkheid: het huidige tweede lid wordt in het wetsvoorstel vernummerd tot het vijfde lid, maar ondergaat verder geen wijziging.

9. In de artikelsgewijze toelichting wordt met betrekking tot artikel 98 Sv verwezen naar paragraaf 5 van de memorie van toelichting. In die paragraaf 5 wordt echter alleen iets gezegd over de wijzigingen ter zake van de termijnen in de klaagschriftprocedure. Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 10-11, 15.

slagning onder een verschoningsgerechtigde.<sup>10</sup> Feitelijk zou dat erop neerkomen dat de bevoegdheid tot die inbeslagneming exclusief bij de rechter-commissaris wordt gelegd. Hoewel voor die exclusiviteit veel valt te zeggen, is dit niet de meest voor de hand liggende uitleg van de voorgestelde tweede volzin. Artikel 98 Sv ziet strikt genomen immers niet op een *bevoegdheid* tot inbeslagneming, maar behelst een beslagverbod ten aanzien van specifieke voorwerpen en richt zich daarmee tot iedere functionaris die bevoegd is tot inbeslagneming. Dat doet vermoeden dat de minister niet deze interpretatiemogelijkheid voor ogen staat. Het voorgestelde nieuwe derde lid van artikel 98 Sv spreekt echter wel van 'de rechter-commissaris die beslist dat inbeslagneming is toegestaan'. Daarmee wordt weliswaar niet expliciet de bevoegdheid tot inbeslagneming onder verschoningsgerechtigden exclusief aan de rechter-commissaris toegekend, maar kennelijk heeft de rechter-commissaris wel het laatste woord, wanneer een andere functionaris zijn inbeslagnemingsbevoegdheid wil uitoefenen, of inbeslagneming onder de verschoningsgerechtigde mag plaatsvinden. Indien dit hetgeen is dat de minister wil bewerkstelligen, zou het echter meer voor de hand hebben gelegen dat voor een machtigingsconstructie – inbeslagneming onder verschoningsgerechtigde mag alleen geschieden met machtiging van de rechter-commissaris – zou zijn gekozen. Bovendien is het ook bij deze uitleg van de wet nog steeds niet duidelijk op grond van welke criteria de rechter-commissaris tot zijn beslissing moet komen.

Een aanknopingspunt voor nadere duiding kan worden gezocht in de rechtspraak van de Hoge Raad. Van die rechtspraak wil de minister immers niet afwijken. Het is vaste rechtspraak dat de verschoningsgerechtigde in beginsel zelf beslist of de bescheiden die de strafvorderlijke autoriteiten in beslag willen nemen, voorwerp van het verschoningsrecht vormen. Dat standpunt dient te worden gerespecteerd, tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over bestaat dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde onjuist is. Alsdan mag dit standpunt worden gepasseerd, juist omdat het beslagverbod van (de eerste volzin van) artikel 98 lid 1 Sv – anders dan de verschoningsgerechtigde beweert – niet van toepassing is. Voorts kan worden gewezen op de situatie waarin zich zogeheten zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, moet prevaleren boven het belang van het verschoningsrecht. In deze situatie wordt niet zozeer aan het standpunt van de verschoningsgerechtigde getwijfeld, maar is dat standpunt eenvoudig niet van belang omdat de zeer uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardigen dat het beslagverbod van (de eerste volzin van) artikel 98 lid 1 Sv wordt doorbroken.<sup>11</sup>

Tegen de achtergrond van deze rechtspraak kan de nieuwe tweede volzin van artikel 98 lid 1 Sv aldus worden begrepen dat de rechter-commissaris oordeelt of inbeslagneming van 'brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt' is

10. Enige steun voor deze lezing kan worden ontleend aan de volgende in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 10-11) voorkomende passage: 'in de praktijk van de opsporing en vervolging [zijn] twee situaties te onderscheiden waarin de vraag naar de reikwijdte van het verschoningsrecht speelt. De eerste situatie doet zich voor indien de officier van justitie of de rechter-commissaris in het kader van een opsporingsonderzoek stukken bij een geheimhouder in beslag wil nemen. Daartoe zal meestal doorzoeking van het kantoor van de advocaat of notaris plaatsvinden, onder leiding van de rechter-commissaris en in het bijzijn van de deken van de orde van advocaten of de voorzitter van de Ring van notarissen. Een tweede situatie betreft het geval waarin bij onderzoek naar financieel-economische criminaliteit de kantooradministratie van een onderneming in beslag wordt genomen. Vaak gaat het om grote hoeveelheden materiaal. Indien zich in dat materiaal bijvoorbeeld correspondentie tussen de onderneming en een advocaat bevindt, is de rechter-commissaris bevoegd tot het nemen van een beslissing over inbeslagneming en kennisneming van de inhoud van de stukken.'

11. Zie voor een nadere bespreking, met verwijzingen naar de relevante rechtspraak, G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011, p. 487-491. Zie nadien onder andere HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 416 m.nt. J. Legemaate, HR 18 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA3314* en HR 2 juli 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA0434*.

toegestaan, vanwege ofwel het evident onjuiste standpunt van de verschoningsgerechtigde ofwel het zich voordoen van zeer uitzonderlijke omstandigheden.<sup>12</sup> In deze lezing komt het voorstel van de minister neer op codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad, althans voor zover het gaat om de rol die daarin nu reeds aan de rechter-commissaris wordt toegekend.<sup>13</sup> Indirect zal dit ook als effect hebben dat de inbeslagneming onder de verschoningsgerechtigde door, of in elk geval in nauw overleg met, de rechter-commissaris zal geschieden, omdat die laatste in voorkomende gevallen de beslissing zal moeten nemen of het beslagverbod al dan niet geldt of mag worden doorbroken. Daarbij nemen wij aan dat een beslissing van de rechter-commissaris is vereist zodra de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat bepaalde bescheiden onder het verschoningsrecht vallen – en niet instemt met inbeslagneming – dan wel wanneer anderszins het vermoeden bestaat dat men met dergelijke bescheiden van doen heeft.

Het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 98 Sv ziet op de *kennisneming* van de bescheiden die onder de verschoningsgerechtigde in beslag worden genomen. Indien de verschoningsgerechtigde bezwaar maakt tegen inbeslagneming van brieven of andere geschriften omdat die onder zijn geheimhoudingsplicht maken, wordt niet tot kennisneming overgegaan dan nadat de rechter-commissaris daarover heeft bepaald. *Door wie* die kennisneming zou moeten of kunnen plaatsvinden, blijft onvermeld. Het ligt evenwel voor de hand om aan te nemen dat de minister het oog heeft op kennisneming door politie en justitie. Kennelijk gaat het hier om de situatie waarin de rechter-commissaris reeds op grond van het eerste lid van artikel 98 Sv tot *inbeslagneming* heeft beslist; zonder inbeslagneming is kennisneming van de inhoud van hetgeen in beslag is genomen, praktisch gezien niet mogelijk. Voorts impliceert de voorgestelde wettekst dat de rechter-commissaris kennisneming kan toestaan, maar ook kan verbieden. Ook suggereert de tekst van de wet dat wanneer de verschoningsgerechtigde geen bezwaar uit, direct na inbeslagneming vrijelijk kennis kan worden genomen van de inhoud van de bescheiden door de strafvorderlijke autoriteiten. Bij deze uitleg van het voorgestelde nieuwe tweede lid rijzen echter onmiddellijk vraagtekens, wanneer men – zoals wij aanstonds doen – een blik werpt op het daarop volgende derde lid van artikel 98 Sv.

Het voorgestelde nieuwe derde lid van artikel 98 Sv verplicht de rechter-commissaris, wanneer deze beslist dat inbeslagneming is toegestaan, om de verschoningsgerechtigde mee te delen dat tegen zijn beslissing beklag openstaat (bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd) en tevens dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag is beslist. Zien wij het goed, dan wordt hier aangeknoopt bij de beslissing die de rechter-commissaris op grond van de tweede volzin van artikel 98 lid 1 Sv neemt, dus de beslissing dat het beslagverbod niet aan de orde is dan wel mag worden doorbroken.<sup>14</sup> Kennelijk blokkeert reeds die beslissing – tijdelijk – de mogelijkheid van kennisneming. Immers, na de inbeslagneming zal eerst moeten blijken of van de beklagmogelijkheid gebruik wordt gemaakt, terwijl na indiening van een klaagschrift

- 
12. Op dit punt bestaat een verschil met het eerdere conceptwetsvoorstel, waarin de voorgestelde regeling alleen zag op de situatie van het doorbreken van het beslagverbod.
  13. De rol van de rechter-commissaris is door de Hoge Raad omlind in onder andere HR 18 juni 2002, *NJ* 2003, 621 (ter zake van zeer uitzonderlijke omstandigheden) en HR 2 juli 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA0434* (ter zake van de juistheid van het standpunt van de verschoningsgerechtigde).
  14. Het voorgestelde artikel 98 lid 1 Sv voorziet namelijk in de bevoegdheid van de rechter-commissaris om te beslissen over de *inbeslagneming*, terwijl het voorgestelde artikel 98 lid 2 Sv betrekking heeft op de *kennisneming* van de betreffende bescheiden.

de onherroepelijke beslissing daarop moet worden afgewacht.<sup>15</sup> Dit sluit echter niet aan op het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 98 Sv, want daarin wordt – dat is zo-even besproken – gerept van een (afzonderlijke) beslissing van de rechter-commissaris omtrent de kennisneming, terwijl daaruit ook de suggestie spreekt dat bij afwezigheid van bezwaar van de verschoningsgerechtigde kennisneming is toegestaan. Onduidelijk is hoe dit zich verhoudt tot de tijdelijke blokkade van kennisneming die uit het derde lid lijkt voort te vloeien. Gaat het hier om twee tegenstrijdige bepalingen? Of wil de minister de mogelijkheid creëren om in weerwil van de inhoud van de mededeling van het derde lid toch reeds kennisneming van de inhoud van de brieven of andere geschriften toe te staan? In dat geval zou het tweede lid voorzien in de mogelijkheid om in bepaalde gevallen een uitzondering te maken op de (hoofd)regel van het derde lid. De redactie van het tweede lid geeft er echter geen blijk van dat dit zo zou moeten worden begrepen. Kortom: de minister laat de lezer van de voorgestelde wettekst in verwarring achter.

Het voorgestelde nieuwe vierde lid van artikel 98 Sv leidt ook tot hoofdbreken. Hierin wordt de verschoningsgerechtigde het recht toegekend om binnen veertien dagen een klaagschrift in te dienen (bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd). Het gaat daarbij om een klaagschrift dat zich richt 'tegen de beschikking van de rechter-commissaris'. Maar om welke beschikking gaat het dan? Gelet op het feit dat de tekst van het vierde lid nauw samenhangt met het derde lid – het vierde lid concretiseert de beklagmogelijkheid waarvan het derde lid reeds rept –, terwijl het derde lid weer aanknoopt bij de beslissing als bedoeld in de tweede volzin van artikel 98 lid 1 Sv, lijkt het te gaan om de beslissing die de rechter-commissaris op grond van artikel 98 lid 1 Sv neemt omtrent de inbeslagneming. Echter, de mogelijkheid om tegen de inbeslagneming een klaagschrift in te dienen volgt reeds rechtstreeks uit artikel 552a Sv.<sup>16</sup> Het voorgestelde nieuwe vierde lid van artikel 98 Sv is, zo bezien, een overbodige bepaling. Of bedoelt de minister hier te verwijzen naar de beschikking waarin de rechter-commissaris op grond van het tweede lid heeft bepaald of kennisneming is toegestaan? Voor die lezing pleit dat die beschikking niet reeds, althans niet evident,<sup>17</sup> onder het bereik van artikel 552a Sv valt. Maar nog los van de vragen die hiervoor reeds zijn opgeworpen ten aanzien van het tweede lid, is het niet zonder meer logisch om twee afzonderlijke beklagtrajecten – één ter zake van de inbeslagneming als zodanig en één ter zake van de kennisneming – naast elkaar te plaatsen. Immers, inbeslagneming is uiteindelijk gericht op het gebruik – en dus de kennisneming – van de desbetreffende stukken. Als eenmaal vaststaat dat de inbeslagneming rechtmatig is, volgt daaruit dat kennisneming is toegestaan. Wij houden het er bij deze stand van zaken voor dat het voorgestelde artikel 98 lid 4 Sv in minder gelukkige bewoordingen tot uitdrukking beoogt te brengen dat – in afwijking van artikel 552a lid 3 Sv – het indienen van een klaagschrift in situaties waarop het wetsvoorstel het oog heeft, is gebonden aan een termijn van veertien dagen.

Kortom: de voorgestelde regeling van artikel 98 Sv is alles behalve glashelder. Het ontbreken van een specifieke toelichting is bepaald een gemis. En de wetstechnische kwaliteit van dit onderdeel van het wetsvoorstel verdient geen schoonheidsprijs. Dat gezegd hebbende, is het nuttig – teneinde toch meer grip te krijgen op de inhoud van de voorgestelde regeling

- 
15. Aangenomen mag worden dat de kennisneming niet pas wordt geblokkeerd door de daadwerkelijke indiening van een klaagschrift. Alsdan zou immers het blokkeren van kennisneming zinledig zijn omdat die indiening enige tijd nodig heeft vanwege het opstellen van het klaagschrift.
  16. Opmerkelijk in dit verband is dat de tweede volzin van het voorgestelde nieuwe vierde lid van artikel 98 Sv bepaalt dat artikel 552a Sv 'van toepassing' is, en niet 'van *overeenkomstige* toepassing'.
  17. Wellicht zou men kennisneming op gelijke voet kunnen plaatsen met 'het gebruik van in beslag genomen voorwerpen' als bedoeld in artikel 552a Sv. Al gaat het hier dan vooral om *voorgenomen* gebruik.

– (nogmaals) te kijken naar hetgeen de minister nu wil bereiken met zijn voorstel. Uit het citaat in paragraaf 2.1 blijkt reeds dat het de minister uiteindelijk gaat om het verbinden van termijnen aan ‘de verschillende beslismomenten’. Uit de memorie van toelichting volgt verder dat de minister zich kan verenigen met de bestaande praktijk waarin stukken die (door de rechter-commissaris) onder verschoningsgerechtigden in beslag worden genomen, in de regel worden verzegeld en pas daadwerkelijk aan de officier van justitie ter beschikking worden gesteld wanneer een definitieve beslissing op het klaagschrift is gegeven. Het is de tijdsduur die met die procedure is gemoeid, waar de minister iets aan wil veranderen, zodat opsporing en vervolging geen grote vertraging meer oplopen.

Tegen deze achtergrond valt er veel voor te zeggen om de voorgestelde regeling anders op te zetten. Allereerst dient te worden verduidelijkt waarover de rechter-commissaris een beslissing neemt. Zoals besproken ligt het voor de hand op dit punt aan te sluiten bij de rechtspraak van de Hoge Raad. Voorts verdient het aanbeveling om het voorgestelde nieuwe lid 3 zo vorm te geven dat daaruit expliciet – en dus niet alleen impliciet, want besloten liggend in een mededelingsverplichting – volgt dat kennisneming van hetgeen in beslag wordt genomen, niet is toegestaan totdat onherroepelijk een beslissing op het klaagschrift omtrent inbeslagneming, zo dat wordt ingediend, is gegeven. Eventueel zou de minister kunnen voorzien in de bevoegdheid van de rechter-commissaris om in exceptionele gevallen, wanneer zich zeer dringende en zwaarwegende gronden daartoe voordoen, toch kennisneming op een eerder moment toe te staan. Het voorgestelde nieuwe lid 2 kan hierbij worden geschrapt, omdat dit enerzijds verwarring zaait en anderzijds ook niet noodzakelijk is om de weg naar de klaagschriftprocedure van artikel 552a Sv open te stellen. Het voorschrift van het voorgestelde nieuwe vierde lid van artikel 98 Sv, dat (kennelijk) ziet op de termijn voor het indienen van een klaagschrift, zou daarbij vanuit wetssystematisch oogpunt beter kunnen worden ondergebracht in artikel 552a Sv.

Ook op andere punten behoeft de voorgestelde wettelijke regeling verduidelijking dan wel aanvulling. Zo wordt in het midden gehouden in hoeverre de rechter-commissaris bij zijn oordeel omtrent de inbeslagneming en eventueel ook de kennisneming door de strafvorderlijke autoriteiten, zelf de inhoud van de desbetreffende stukken bestudeert alvorens tot een oordeel te komen. Wil de rechter-commissaris zijn taak goed kunnen uitoefenen, dan ligt het in de rede dat hij wellicht niet zozeer de plicht, als in elk geval wel de mogelijkheid hiertoe heeft.<sup>18</sup> De wet zou hieromtrent duidelijkheid moeten verschaffen. Het zou verder naar onze mening passend zijn om ook in de wet vast te leggen dat de rechter-commissaris gehouden is om de besluitvorming zo veel mogelijk te doen plaatsvinden in gezamenlijk overleg met een vooraanstaande vertegenwoordiger van de beroepsgroep (zoals de Deken of de Ringvoorzitter).<sup>19</sup> Ook zou het inwinnen van het standpunt van de verschoningsgerechtigde alsmede de zienswijze van het openbaar ministerie als wettelijke (inspannings) verplichting moeten gelden.<sup>20</sup>

18. Vgl. HR 2 juli 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA0434*, waarin de Hoge Raad in relatie tot de situatie waarin twijfels zijn gerezen omtrent de juistheid van het standpunt van de verschoningsgerechtigde ter zake van de vraag of bepaalde bescheiden onder de reikwijdte van het verschoningsrecht vallen, overweegt: ‘Voor zover dat noodzakelijk is mag daartoe door de rechter-commissaris van de desbetreffende stukken worden kennisgenomen.’

19. Vgl. – wederom – HR 18 juni 2002, *NJ 2003/621* (ter zake van zeer uitzonderlijke omstandigheden) en HR 2 juli 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA0434* (ter zake van de juistheid van het standpunt van de verschoningsgerechtigde). Codificatie van deze rechtspraak wordt bepleit in het advies van het openbaar ministerie.

20. Zie ook het advies van Raad voor de rechtspraak.

### 2.3 Normering van de beoordelingstermijn

Het wetsvoorstel bevat twee heldere bepalingen die zien op de termijnen waarbinnen een klaagschrift moet worden beoordeeld dat op de voet van artikel 552a Sv wordt ingediend, indien die indiening geschiedt door een professioneel verschoningsgerechtigde. Het gerecht in feitelijke instantie dient te beslissen binnen dertig dagen na ontvangst van het klaagschrift (zie het voorgestelde nieuwe lid 7 van artikel 552a Sv). Indien er vervolgens beroep in cassatie wordt ingesteld, geldt dat de Hoge Raad binnen negentig dagen na indiening van een schriftuur beslist. De termijn voor het indienen van middelen van cassatie wordt daarbij gesteld op veertien dagen, in plaats van een maand (zie het voorgestelde nieuwe lid 3 van artikel 552d Sv).

Met de hier voorgestelde normering van de beoordelingstermijn kan worden ingestemd.<sup>21</sup> Langs deze lijn blijft het huidige niveau van rechtsbescherming in stand, zonder dat het belang van een voortvarende opsporing daardoor onevenredig wordt geschaad. Er moet natuurlijk wel worden aangetekend dat juist kwesties omtrent het verschoningsrecht vaak ingewikkeld zijn, terwijl de tijd die straks aan dat soort zaken mag worden besteed, niet heel riant is. Goede organisatorische maatregelen zijn dan ook vereist, al is niet duidelijk of de minister ook bereid is dat te verdisconteren in de relevante vergoedingsregelingen voor rechterlijke macht, openbaar ministerie en advocatuur. Opmerking verdient in dit verband dat het wetsvoorstel voorziet in de introductie van een nieuw artikel 552d lid 3 Sv. Dit artikellid beperkt (in afwijking van artikel 447 lid 5 Sv<sup>22</sup>) de termijn voor het namens een verschoningsgerechtigde indienen van een cassatieschriftuur tot veertien dagen en het bepaalt dat de Hoge Raad beslist binnen negentig dagen na indiening van de schriftuur. Deze beperkte beslistermijn moet worden gezien tegen de in de memorie van toelichting vervatte vaststelling dat 'omdat tegen de beschikking van de raadkamer in beklagzaken tevens cassatieberoep kan worden ingesteld bij de Hoge Raad, dit in de huidige praktijk [betekent] dat het vaak lang duurt – soms meer dan een jaar – alvorens er sprake is van een definitieve beslissing over kennisneming'. Dat het thans soms meer dan een jaar duurt, laat zich mede verklaren door de meergenoemde omstandigheid dat het hier vaak complexe juridische kwesties betreft. Nu zullen organisatorische maatregelen bij de cassatierechter de beoordelingstermijn allicht enigszins kunnen bekorten, maar in aanmerking genomen dat de advocaat-generaal bij de Hoge Raad veelal eerst concludeert zes weken na de dienende rechtsdag<sup>23</sup>, resteert voor de Hoge Raad – ook als het Parket bij de Hoge Raad binnen een kortere termijn een conclusie neemt – in het regiem van het wetsvoorstel niet veel tijd om tot een afgewogen oordeel te komen.

Wellicht zou men als bezwaar tegen de voorgestelde regeling kunnen noemen dat de normering van beslistermijnen alleen aan de orde is indien de verschoningsgerechtigde als klager optreedt, en (dus) niet indien de verdachte zich beklagt over het feit dat de inbeslagneming een (ongerechtvaardigde) inbreuk maakt op het verschoningsrecht. Echter, dat bezwaar wordt ondervangen door het feit dat de Hoge Raad recent heeft geoordeeld dat alleen de verschoningsgerechtigde zelf in een beklagprocedure waarin het verschoningsrecht in het geding is, kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 552a Sv.<sup>24</sup>

21. Vgl. hierover onze eerdere opmerkingen, Borgers & Kooijmans 2012, p. 598-599. Zie ook het aanvullende advies van de Raad voor de rechtspraak.

22. Artikel 447 lid 5 Sv kent een termijn van een maand nadat de aanzegging is betekend.

23. Vgl. artikel 439 lid 1 Sv en M.I. Velde, 'aant. 4 bij art. 439', in: Melai/Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van Strafvordering* (suppl. 122, juni 2001).

24. HR 12 februari 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BX4284*.



#### 2.4 *Wat het wetsvoorstel niet regelt*

Hierboven hebben wij besproken wat het wetsvoorstel regelt: een in aanzet interessante, maar in de uitwerking weinig bevredigende aanvulling van de regeling van artikel 98 Sv en een in principe positief te waarden normering van de beslistermijnen in de klaagschrift-procedure. Het wetsvoorstel regelt echter een aantal zaken niet, terwijl de rechtspraak daar wel bij zou zijn gebaat. Naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel hebben wij reeds betoogd dat het verschoningsrecht in strafzaken leidt tot tal van complexe juridische vragen. Een nadere wettelijke regeling zou daarom wenselijk zijn, maar deze zou dan grondig moeten worden voorbereid door een commissie van deskundigen en bovendien ook niet (uitsluitend) in de specifieke context van de bestrijding van financieel-economische criminaliteit moeten worden gezien.<sup>25</sup> Geconstateerd kan worden dat de minister niet voor een dergelijke benadering heeft gekozen. Wij zullen ons betoog hier niet verder herhalen, maar naar aanleiding van de uitgebrachte adviezen alsmede de toelichting op het thans voorliggende wetsvoorstel merken wij nog wel het volgende op.

De minister schetst in de memorie van toelichting twee situaties waarin de vraag naar de reikwijdte van het verschoningsrecht speelt.<sup>26</sup> Allereerst gaat het om de inbeslagneming van stukken onder een verschoningsgerechtigde, veelal in het kader van een doorzoeking van het kantoor van die verschoningsgerechtigde. Ten tweede betreft het de situatie waarin een (omvangrijke) kantooradministratie in beslag wordt genomen, waarbij nadien blijkt dat zich in die administratie correspondentie bevindt tussen de desbetreffende onderneming en een verschoningsgerechtigde. Het spreekt voor zich dat in de eerste situatie de regeling van artikel 98 Sv dient te worden toegepast. Omdat de inbeslagneming onder de verschoningsgerechtigde plaatsvindt, mag ook worden verwacht dat deze in het geweer komt indien hij zich niet kan verenigen met de inbeslagneming, door middel van het indienen van een klaagschrift in de zin van artikel 552a Sv. Ten aanzien van de tweede situatie merkt de minister op dat (ook dan) 'de rechter-commissaris bevoegd [is] tot het nemen van een beslissing over inbeslagneming en kennisneming van de inhoud van de stukken'.<sup>27</sup> Dat is echter niet evident, omdat in deze situatie de inbeslagneming reeds heeft plaatsgevonden. In betrokkenheid van de rechter-commissaris bij beslissingen omtrent het *voortduren* van beslag voorziet het wetsvoorstel evenwel niet. Bovendien heeft de verschoningsgerechtigde in een dergelijke situatie niet zonder meer weet van de inbeslagneming, zeker nu de wet en het wetsvoorstel geen verplichting kennen tot het informeren en/of horen van de verschoningsgerechtigde. Weliswaar worden in de praktijk soms creatieve wegen gevonden om deze knelpunten – tot op zekere hoogte – het hoofd te bieden.<sup>28</sup> Maar duidelijk mag zijn dat de minister er thans niet in slaagt om tot een goede, dat wil zeggen: sluitende en met voldoende waarborgen omgeven, regeling te komen. En dat terwijl de hier besproken tweede situatie in het advies van het openbaar ministerie juist als de meest voorkomende en de meest problematische wordt aangemerkt.

25. Zie in vergelijkbare zin ook het advies van de Raad voor de rechtspraak alsmede de opmerkingen van de Raad van State, *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 4, p. 18.

26. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 10-11. Zie ook voetnoot 9.

27. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 11.

28. De Hoge Raad lijkt enige ruimte te willen laten voor – wat men zou kunnen noemen – de mogelijkheid van een voorlopige inbeslagneming, waarbij stukken worden meegenomen, terwijl daarna pas een definitieve beslissing wordt genomen omtrent de inbeslagneming. Vgl. HR 2 juli 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA0434*, waar de Hoge Raad in rov. 3.4 ingaat op de werkwijze waarbij stukken op basis van een voorlopig oordeel verzegeld worden meegenomen naar het kabinet van de rechter-commissaris, teneinde aldaar de toetsing aan het verschoningsrecht – na het horen van de verschoningsgerechtigde en het betrekken van een vooraanstaand lid van de beroepsgroep – te doen plaatsvinden.

In het verlengde hiervan kan erop worden gewezen – en dat punt komt duidelijk naar voren in diverse adviezen van de geconsulteerde instanties – dat het wetsvoorstel alleen betrekking heeft op de procedure rondom *inbeslagneming*, terwijl er geen nadere regeling wordt voorgesteld ter zake van de veelal aan die inbeslagneming voorafgaande doorzoeking.<sup>29</sup> Voorts zijn er diverse andere strafvorderlijke bevoegdheden die ertoe kunnen leiden dat informatie die onder het verschoningsrecht valt, in handen van justitie komt of dreigt te komen, zodat een zorgvuldige rechterlijke beoordeling noodzakelijk is.<sup>30</sup> De zinvolle suggestie van de zijde van het openbaar ministerie om een algemene regeling ter zake van het beoordelen van geheimhoudersinformatie te beproeven heeft de minister, om voor ons onduidelijke redenen, naast zich neergelegd.<sup>31</sup>

Al met al moet worden geconcludeerd dat, hoewel de regeling in het wetsvoorstel op minder bezwaren stuit dan die in het conceptwetsvoorstel, van een voldragen voorstel nog steeds geen sprake is.

### 3 Beperking van de aftrek van kosten

Evenals het conceptwetsvoorstel voorziet het definitieve wetsvoorstel in een wettelijke normering van de mogelijkheid om kosten in mindering te brengen bij de oplegging van een ontnemingsmaatregel. Voorgesteld wordt om in artikel 36e Sr een nieuw lid 8 in te voegen dat als volgt luidt:

“De rechter kan bij de bepaling van de hoogte van het voordeel kosten in mindering brengen die rechtstreeks in verband staan met het begaan van strafbare feiten, bedoeld in het eerste tot en met derde lid, en die redelijkerwijs voor aftrek in aanmerking komen.”

Naar de letter stelt dit voorschrift zeker dat de mogelijkheid bestaat om – binnen zekere grenzen – kosten in mindering te brengen, maar het voorstel is – gelet op de toelichting – er juist op gericht op die reeds in de rechtspraak aanvaarde mogelijkheid aan banden te leggen.

De huidige stand van het recht alsmede de achtergronden en de strekking van het voorstel van de minister hebben wij reeds, in relatie tot het conceptwetsvoorstel, uitvoerig besproken.<sup>32</sup> Nu in het definitieve wetsvoorstel niets wezenlijks is veranderd – alleen de toelichting is iets langer geworden – volstaan wij met het kort herhalen van ons belangrijkste kritiekpunt. Dat luidt dat een (meer dan marginale) beperking van de mogelijkheid om kosten in mindering te brengen, een miskennis van het maatregelkarakter van de ontnemingsmaatregel behelst. Die maatregel is erop gericht de betrokkene te brengen in de toestand die zou hebben bestaan indien hij geen strafbaar feit zou hebben begaan. Wordt geen rekening gehouden met kosten, dan wordt de betrokkene uiteindelijk in een slechtere toestand gebracht, waardoor de ontneming een punitief effect krijgt. Dat is niet nodig – in de hoofdzaak vindt immers al *strafoplegging* plaats – en ook niet wenselijk – omdat een dergelijke fundamentele verandering gepaard gaat met allerlei complexe juridische vragen, discussies en knelpunten. Daar komt bij dat de rechter zich al behoorlijk terughoudend

29. Zie het advies van de Raad voor de rechtspraak.

30. Zie het advies van het openbaar ministerie. Gewezen wordt op onderzoek naar digitale gegevens, het aftappen van telecommunicatie en het spontaan aangereikt krijgen van informatie van derden. De wet regelt wel het één en ander ter zake van het verschoningsrecht, maar een coherent en sluitend stelsel levert dat niet op.

31. Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 4, p. 19.

32. Kooijmans & Borgers 2012, p. 684-691.

pleegt op te stellen bij het aanmerken van allerhande uitgaven als (relevante) kosten, zodat het bij sommige politici (kennelijk nog steeds) bestaande beeld dat de boef zo maar wordt gematst door de kostenaf trek, bepaald onjuist is.

Het bezwaar dat het voorstel van de minister een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel, is ook door diverse adviesorganen geuit.<sup>33</sup> Veel indruk heeft dat niet gemaakt op de minister.<sup>34</sup> In de toelichting op het definitieve wetsvoorstel wordt de door hem gewenste beperking van de aftrek van kosten zelfs nog wat zwaarder aangezet dan ten aanzien van het conceptwetsvoorstel het geval was. Zo wordt nu expliciet opgemerkt dat ook kweekkosten voor hennepplantages niet meer in mindering zouden moeten worden gebracht. Terwijl dit staande praktijk is. Het openbaar ministerie neemt deze kosten reeds zelf mee in de rekenmodellen die ter beschikking staan voor de voordeelsberekening in hennepzaken. Ook merkt de minister op dat hij geen spanning ziet met het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel, maar een duidelijke onderbouwing van die stelling blijft achterwege.<sup>35</sup>

Tegelijkertijd – en dat is het goede nieuws – belet de voorgestelde wettekst niet dat de rechter de reeds in de rechtspraak gehanteerde lijn voorziet. Zeker nu de minister nauwelijks blijkt geeft van kennis van de nuances die in de rechtspraak worden gehanteerd en zich ook niet wil wagen aan een serieuze beschouwing van de grondslagen van de ontnemingsmaatregel en de consequenties die het morrelen daaraan kan hebben, bestaat er wat ons betreft geen aanleiding voor een drastische koerswijziging. Hooguit mag van de rechter worden verlangd dat beslissingen omtrent kostenaf trek (nog) duidelijker worden gemotiveerd. Maar misschien is het ook slechts dit laatste wat de minister met het wetsvoorstel voor ogen heeft en heeft hij zijn werk zo strategisch gedaan dat enerzijds politici tevreden zullen zijn met al deze ‘daadkracht’, terwijl anderzijds de rechter gewoon recht kan blijven doen aan het maatregelkarakter van de voordeelontneming en tot kostenaf trek (op de wijze zoals dat naar huidige rechtspraak gangbaar is) kan blijven overgaan.<sup>36</sup>

#### 4 Flexibilisering van het boeteplafond

In het conceptwetsvoorstel stelde de minister voor om een voorziening te introduceren die het de rechter mogelijk maakt om, als voor het feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, een geldboete op te leggen tot ten hoogste het bedrag dat gelijk is aan tien procent van de omzet van de rechtspersoon. Eerder oordeelden wij daarover dat het conceptwetsvoorstel

33. Zie de adviezen van de Raad voor de rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten.

34. Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 685, nr. 3, p. 11-12.

35. De minister wijst er nog wel op dat in de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever een door overwegingen van redelijkheid te beperken aftrek van kosten centraal stond. Echter, van een duidelijke normering – laat staan: beperking – van de aftrekmogelijkheid was toentertijd geen sprake. Zie nader M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: Bju 2001, p. 223. Ook merkt de minister op dat ‘het voorstel meer evenwicht [beoogt] te brengen in de uitvoering van de ontnemingsmaatregel’. Wat de minister daarmee wil zeggen, ontgaat ons. Onduidelijk is wat hij onder ‘uitvoering’ verstaat en hoe die uitvoering zich zou verhouden tot kostenaf trek.

36. Dat de minister zich in de memorie van toelichting (op p. 12) op het standpunt stelt dat kostenaf trek niet redelijk is bij het handelen dat op zichzelf reeds het plegen van strafbare feiten behelst of bij de aanschaf van voorwerpen die in aanmerking komen voor verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer, zal op een ontnemingsrechter niet veel indruk (behoeven te) maken: vgl. HR 15 november 2011, *NJ 2013*, 174 m.nt. P.A.M. Mevis waarin de Hoge Raad oordeelde dat noch de bewoordingen noch het systeem van de wet zich verzetten tegen een rechterlijke last tot partiële tenuitvoerlegging van de eerder opgelegde ontzegging van de rijbevoegdheid en dat een inperking van die bevoegdheid van de rechter *slechts bij wet* kan geschieden.

op dit punt vooral retoriek behelst en niet anders dan als symboolwetgeving kan worden beschouwd. Bovendien deed de voorgestelde wettekst de vraag rijzen op welke periode de betreffende omzet betrekking zou moeten hebben.<sup>37</sup>

In het wetsvoorstel zoals dat bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt, zet de minister de flexibilisering van het boeteplafond bij rechtspersonen door. De bewindsman stelt voor om aan artikel 23 lid 7 Sr de volgende volzin toe te voegen:

“Indien voor het feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, kan een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste tien procent van de jaaromzet van de rechtspersoon in het boekjaar voorafgaande aan de uitspraak of strafbeschikking.”

De argumenten die de minister aandraagt voor de introductie van deze voorziening, wijken niet wezenlijk af van de argumenten die hij in de toelichting op het conceptwetsvoorstel aandroeg. In de memorie van toelichting wordt wel nader aandacht geschonken aan de omzetgerelateerde technische uitwerking van het voorstel.<sup>38</sup>

Dat er geen empirische noodzaak bestaat om te komen tot een flexibel boeteplafond, dat de huidige regeling van de meerdaadse samenloop ten aanzien van geldboetes (dus) toereikend is om een eventueel als te laag ervaren boetebedrag voor een specifiek strafbaar feit te ondervangen, dat criminologische inzichten tot het oordeel leiden dat bijvoorbeeld het intrekken of niet verlen(g)en van een vergunning effectiever – in termen van speciale preventie – lijkt dan het opleggen van een (zware) vermogenssanctie<sup>39</sup>, en dat er derhalve geen sprake is van een probleem dat door dit voorstel wordt opgelost, het maakt geen indruk op de minister. Misschien komen de kaarten anders te liggen als het initiatiefwetsvoorstel dat strekt tot het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen ook door de Eerste Kamer wordt aangenomen<sup>40</sup> en de minister zou voorzien dat het openbaar ministerie na inwerkingtreding van die wet in voorkomende gevallen tot een strafeis van tien procent van de jaaromzet van de Staat zou willen overgaan.<sup>41</sup> Wij zullen onze kritische bemerkingen ten aanzien van de wenselijkheid van de introductie van deze voorziening hier niet herhalen en beperken ons tot enkele bevindingen ten aanzien van de uitwerking ervan in het conceptwetsvoorstel. Die uitwerking wordt door de minister als volgt toegelicht:

“De formulering die is gebruikt in de voorgestelde wijziging van artikel 23, zevende lid, is ontleend aan artikel 57 van de Mededingingswet. Dat artikel bepaalt dat de bestuurlijke boete die kan worden opgelegd wegens overtreding van de Mededingingswet ten hoogste € 450.000 bedraagt «of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming». Het gaat om de jaaromzet van de rechtspersoon (uit de aard der zaak volgt, de jaaromzet van de onderneming die de rechtspersoon drijft) in het boekjaar voorafgaand aan het tijdstip van de veroordelende uitspraak of uitvaardigen van de strafbeschikking. Het gaat om de omzet van alle goederen die de onderneming van de rechtspersoon produceert of levert of van alle diensten die zij levert, on-

37. Kooijmans & Borgers 2012, p. 692-697. Zie ook M.S. Groenhuijsen & T. Kooijmans, *Bestrafing in Nederland* (preadvies NVVS), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 66-67.

38. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 685, nr. 3, p. 9-10 en 13-14.

39. Vgl. bijvoorbeeld J.G. van Erp, 'Lessen voor toezicht in de 21e eeuw', *Justitiële verkenningen* 2008, afl. 6, p. 9-21, i.h.b. p. 15.

40. *Kamerstukken I* 2012/13, 30 538, A.

41. De facto zou een dergelijke strafoplegging door de rechter leiden tot verschuivingen tussen de begrotingen van ministeries. Dat kan interessante debatten in het kabinet opleveren.

geacht waar die omzet wordt gerealiseerd. Daarbij geldt dat bijvoorbeeld wanneer sprake is van een strafbaar feit begaan door een dochtermaatschappij waarvan het beleid wordt bepaald door de moeder, de moeder en dochter tezamen als de onderneming van de rechtspersoon kunnen worden beschouwd. Voor de berekening van de boete kan dan ook de gezamenlijke omzet worden genomen (...).<sup>42</sup>

De minister laat er – anders dan in het conceptwetsvoorstel<sup>43</sup> – geen twijfel meer over bestaan dat de jaaronzet ziet op het boekjaar voorafgaand aan het tijdstip van de veroordelende uitspraak of strafbeschikking. Daarmee volgt hij inderdaad de systematiek van artikel 57 Mededingingswet. Op grond van lid 2 van dat artikel geschiedt de berekening van de omzet op de voet van het bepaalde in artikel 2:377 lid 2 BW voor de netto-omzet. Laatstgenoemd artikellid houdt in dat onder de netto-omzet wordt verstaan de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen. Dat bij de flexibilisering van het boeteplafond de (netto-)omzet wordt berekend door ‘kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen’ af te trekken, valt in de hierboven geciteerde passage uit de memorie van toelichting niet te lezen.

Wellicht is de minister – op zichzelf terecht – van oordeel dat de ‘netto’-omzet bij uitstek zeer geschikt is om door een groot aantal boekhoudkundige en bedrijfsmatige beslissingen kunstmatig neerwaarts te worden bijgesteld,<sup>44</sup> maar een expliciet antwoord op de vraag of hij (om die reden) inderdaad wil afwijken van de systematiek van artikel 57 Mededingingswet, wordt hier gemist. Als de minister inderdaad van die systematiek wil afwijken, heeft dat tot gevolg dat de boete – die in theorie door de rechter, uitstijgend boven de zesde categorie, zal kunnen worden opgelegd – wordt berekend over de bruto-omzet en daarmee (fors) hoger kan uitvallen dan in het regiem van de Mededingingswet waarop de nieuwe bepaling is gebaseerd. Dit vooruitzicht vormt, minst genomen, geen stimulans voor de betreffende rechtspersoon om na het delict (maar voor het tijdstip van veroordeling) een zo groot mogelijke omzet te genereren, integendeel.

In de zo-even geciteerde passage neemt de minister op zijn beurt een passage uit de memorie van toelichting bij het (toenmalige) wetsvoorstel Mededingingswet op.<sup>45</sup> Daarin gaat de (toenmalige) minister in op de omzet van de onderneming als ‘aangrijpingspunt voor de omzetgrens’. Het gaat hier om hetzelfde begrip onderneming als in de verbodsnorm, dus om een economisch begrip: ‘Als bij voorbeeld sprake is van overtreding van een dochtermaatschappij, waarvan het beleid wordt bepaald door de moeder, worden moeder en dochter tezamen als “onderneming” beschouwd. Voor de berekening van de boete kan dan ook de gezamenlijke omzet worden genomen.’ Binnen het mededingingsrecht is een dergelijke constructie naar haar aard niet vreemd, gelet op het type overtreding waarop het mededingingsrecht beoogt te reageren en – in samenhang daarmee – het conglomeraat aan actoren dat een rol speelt in de totstandkoming van die overtreding.

Dat ligt in het strafrecht anders. Dat van een dochteronderneming – met een (bruto of netto?) omzet van bijvoorbeeld 1,3 miljoen euro – het beleid wordt bepaald door een moederonderneming – met een omzet van bijvoorbeeld 13,7 miljoen euro – brengt niet met zich dat reeds om die reden de moederonderneming strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor het door de dochteronderneming begane delict. Nu zal dat ook niet zijn wat de minister beoogt. Zien wij het goed, dan wil de minister ‘slechts’ de omzet van de

42. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 13.

43. Vgl. in dit verband ook het advies van het openbaar ministerie.

44. Zie Groenhuijsen & Kooijmans 2013, p. 67.

45. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88.

moeder optellen bij de omzet van de dochter, zodat de rechter een geldboete zou kunnen opleggen van maximaal 1,5 miljoen euro. Die boete wordt dan opgelegd aan de dochteronderneming, zijnde de veroordeelde (rechts)persoon. Om een faillissement te ontlopen, zal de dochteronderneming haar hand bij de moederonderneming (of een andere financier) moeten ophouden. Een moederonderneming zal dat een weinig aantrekkelijk vooruitzicht vinden en er ook langs die lijn belang bij hebben dat zowel haar dochter als zijzelf minder omzet genereert dan (in totaal) 7,8 miljoen euro (zijnde het tienvoudige van het huidige bedrag van de zesde categorie).

Bij dit praktische gezichtspunt komt nog het meer principiële gezichtspunt dat de vermogenspositie van de ene (rechts)persoon wordt betrokken bij de oplegging van een strafrechtelijke sanctie aan een andere (rechts)persoon zonder dat de wet daarin expliciet voorziet en zonder dat de moederonderneming als belanghebbende een rol kan spelen in de strafrechtelijke procedure tegen de dochteronderneming, terwijl zij wel het risico loopt dat de op te leggen strafrechtelijke sanctie (gedeeltelijk) bij haar zal worden verhaald, hetzij door de dochteronderneming hetzij door de strafvorderlijke overheid die op basis van artikel 94a lid 3 Sv conservatoir beslag<sup>46</sup> onder haar kan hebben gelegd. Dat klemmt temeer daar het criterium waarmee de rechter op pad wordt gestuurd, is gelegen in het nogal vage 'bepalen van het beleid' van de dochteronderneming door de moederonderneming. Wat moet daar in deze strafrechtelijke context onder worden verstaan? De minister laat zich er niet over uit, terwijl nadere omlijning – zo de minister dit plan al zou willen doorzetten – dringend aangewezen is. Mocht een dergelijke omlijning er op neerkomen dat het 'bepalen van het beleid' per saldo zou betekenen dat moet zijn voldaan aan de zogenoemde Drijfmeestercriteria<sup>47</sup> (waardoor de moederonderneming zou kunnen worden beschouwd als strafbare rechtspersoon die in een deelnemingsrelatie met haar dochteronderneming het grondfeit heeft gepleegd), dan ligt – bij gebreke van een zelfstandige vervolging van de moederonderneming – een schending van de onschuldpresumptie op de loer indien haar vermogenspositie wordt betrokken bij de strafrechtelijke sanctie die aan de dochteronderneming wordt opgelegd.<sup>48</sup>

Kortom: de voorgestelde flexibilisering van het boeteplafond heeft geen toegevoegde waarde. Het is symboolwetgeving waarmee de minister wil laten zien dat ondernemingen die zich schuldig maken aan strafbare feiten, heel stevig zullen worden aangepakt. Maar gelet op alle haken en ogen die hieraan kleven, kunnen wij ons niet voorstellen dat de flexibilisering in de praktijk tot een wezenlijk andere strafoplegging ten aanzien van rechtspersonen zal leiden.

## 5 Verhoging van de strafmaxima ter zake van witwassen

De minister wil de strafmaxima op witwassen fors verhogen. Bij het gewoontewitwassen gaat het om een verhoging met een derde (van zes naar acht jaar), bij het (enkelvoudige) opzetwitwassen betreft de verhoging 50% (van vier naar zes jaar) en ten aanzien van het schuldwitwassen behelst de verhoging zelfs een verdubbeling (van één naar twee jaar). Een verdubbeling doet zich *de facto* ook voor ten aanzien van het (enkelvoudige) witwassen in de uitoefening van een beroep, want dat valt nu nog onder artikel 420quater Sr met een

46. Weliswaar zou de moederonderneming zich op basis van artikel 552a Sv kunnen beklagen over een dergelijk conservatoir beslag, maar dat neemt niet weg dat zij in het eigenlijke strafgeding tegen de dochteronderneming geen rol speelt.

47. HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis.

48. Vgl., in ander verband, EHRM 29 augustus 1997, appl.nr. 75/1996/694/886 (E.L., R.L. & J.O.-L v. Switzerland) en daarover A. den Hartog, 'De nalatenschap van de verdachte', *DD* 1998, p. 110-124.

strafmaximum van vier jaar, maar geldt na aanvaarding van het wetsvoorstel als gekwalificeerde vorm van witwassen met een maximum van acht jaar.

Dit voorstel tot verhoging van de strafmaxima wijkt niet af van het voorstel in het conceptwetsvoorstel, zodat de op het conceptwetsvoorstel geuite kritiek ook van belang is voor dit onderdeel van het definitieve wetsvoorstel. In het licht van de thans voorliggende memorie van toelichting verdient één kritiekpunt nadere aandacht. Naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel is van verschillende zijden naar voren gebracht dat onduidelijk is waarom de huidige strafmaxima ontoereikend zouden zijn. Gevraagd is naar een onderbouwing van het deficit dat thans kennelijk zou bestaan op het terrein van de witwasbestrijding en van het te verwachten effect van een verhoging van de strafmaxima.<sup>49</sup>

De minister refereert weliswaar niet expliciet aan deze kritiek, maar lijkt toch langs twee lijnen indirect daarop te reageren in de toelichting op het definitieve wetsvoorstel. Allereerst beroept hij zich op recent empirisch onderzoek naar (de bestrijding van) georganiseerde criminaliteit.<sup>50</sup> Op basis daarvan stelt de minister onder andere dat het niet krachtig tegengaan van crimineel gewin functioneert als 'sociale multiplier': 'personen in de kring rondom de daders van misdrijven worden bevestigd in de idee dat misdaad loont en komen op hun beurt in de verleiding om strafbare feiten te plegen'.<sup>51</sup> In hoeverre dat inzicht noopt tot een verhoging van de strafmaxima, laat de minister zorgvuldig in het midden. Wij wijzen er op dat in het door de minister aangehaalde onderzoeksrapport niet de aanbeveling wordt gedaan om de strafmaxima te verhogen. Er wordt 'slechts' het één en ander gezegd over een (meer) effectieve inrichting van de praktijk van ontnemen en afnemen.<sup>52</sup>

De minister geeft in de memorie van toelichting voorts een summier overzicht van de strafmaxima ter zake van witwassen in enkele omliggende landen.<sup>53</sup> Daaruit blijkt dat de strafmaxima in die landen niet over de gehele linie, maar wel op onderdelen hoger liggen. Nog los van het feit dat de minister niet ingaat op verschillen in executiemodaliteiten, blijft de straftoemingspraktijk in die landen – wat wordt er daadwerkelijk opgelegd voor witwasmisdrijven? – onbesproken. Al met al levert het rechtsvergelijkende overzicht daardoor nauwelijks een argument ten gunste van verhoging van de strafmaxima op. Belangrijker is evenwel dat de minister geen concrete voorbeelden noemt van Nederlandse strafzaken, waarin – vanwege de huidige strafmaxima – witwashandelingen tot een onbevredigend lage strafoplegging zouden hebben geleid,<sup>54</sup> terwijl ook de waarschijnlijk positieve effecten van een verhoging van de pakkans (in plaats van een verhoging van de strafmaxima)

49. Zie hierover Kooijmans & Borgers 2012, p. 698-699, alsmede de adviezen van de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten. De Raad van State merkt op dat blijkens een recente evaluatie door de Financial Action Taskforce (FATF) 'het aantal vervolgingen en veroordelingen in Nederland heel behoorlijk was' en dat door de FATF geen aanbevelingen zijn gedaan om de strafmaxima ter zake van witwassen te verhogen. Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 4, p. 3, 9-10. Het betreffende evaluatierapport (FATF, *Mutual Evaluation Report. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. The Netherlands*, 25 februari 2011, p. 52; te kennen via <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Netherlands%20full.pdf>) houdt in: 'The sanctions for basic [money laundering] offenses are low when compared to some FATF countries (...) but are in line with the sanctions applicable in other FATF countries'. Uit deze formulering leidt de minister naar eigen zeggen geen signaal af dat voor verhoging van strafmaxima geen grond zou kunnen bestaan: *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 4, p. 15. Uit de betreffende formulering kan evenmin een signaal worden afgeleid dat voor verhoging van de strafmaxima wel een grond bestaat.

50. E.W. Kruisbergen, H.G. van de Bunt & E.R. Kleemans, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland. Vierde voortgangsrapportage op basis van de Monitor Georganiseerde Criminaliteit*, Den Haag: Boom Lemma 2013.

51. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 7. Zie voorts Kruisbergen, Van de Bunt & Kleemans 2013, p. 282.

52. Vgl. Kruisbergen, Van de Bunt & Kleemans 2013, p. 282-284.

53. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 7-8.

54. Vgl. ook de op dit punt onbevredigende reactie van de minister op de kritiek van de Raad van State, *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 4, p. 6, 15.

onbenoemd blijven.<sup>55</sup> Ook op dit punt heeft het wetsvoorstel derhalve geen toegevoegde waarde.

## 6 Tot besluit

Met de aanpak van financieel-economische criminaliteit is niets mis, ook niet als die aanpak krachtadig geschiedt. Wij besloten onze bespreking van het conceptwetsvoorstel met de opmerking dat dat voorstel onmiskenbaar de daadkracht van de huidige minister illustreert, maar dat het zeer de vraag is of de strafrechtspleging daadwerkelijk wordt geholpen met de voorgestelde wijzigingen: de toegevoegde waarde van die voorstellen is in meerdere opzichten onduidelijk of onaannemelijk, terwijl op onderdelen moet worden verwacht dat die voorstellen zullen leiden tot ongewenste complicaties.<sup>56</sup>

Het is teleurstellend om te constateren dat deze zelfde conclusies voor een belangrijk deel voor het in deze bijdrage besproken wetsvoorstel kunnen worden getrokken. Waarom moet er koste wat kost een gebrekkige regeling aangaande het beslag onder verschoningsgerechtigden worden ingevoerd – en wel via een wetsvoorstel dat een veel smallere insteek heeft dan het verschoningsrecht – terwijl het verstandiger zou zijn om het verschoningsrecht onderwerp te laten zijn van een grondig voorbereid separaat wetgevingstraject? Waarom worden de ‘redelijkheid’ en ‘evenwichtigheid in de uitvoering van de ontnemingsmaatregel’ aangevoerd als argumenten voor de beoogde beperking van de kostenaf trek, terwijl die argumenten in hun praktische uitwerking zullen leiden tot onredelijke – want bestraffende – uitkomsten terwijl de ontnemingsmaatregel als kostenneutraal instrument nu juist niet – bovenop de strafoplegging die reeds in de hoofdzaak heeft plaatsgevonden – punitief behoort te zijn? Voorts is het zeer de vraag of de voorgestelde flexibilisering van het boeteplafond voor rechtspersonen ooit enig praktisch gevolg zal krijgen. Vooralsnog heeft (het ontwerpen en bijschaven van) de regeling alleen maar geld gekost. Waarom niet de pak kans ten aanzien van witwasdelicten vergroten in plaats van – zoals thans voorgesteld – de strafmaxima verhogen? Het komt ons al met al gelukkig voor dat de (niet-)toepassing van veel van de in deze bijdrage besproken voorstellen in handen van de rechter is gelegd.

55. Zie bijvoorbeeld F.P. van Tulder & R.H. Kroon, “‘Uitermate effectief?’ Beelden en feiten over misdaad en straf”, *NJB* 2012, p. 2233-2238, i.h.b. p. 2238.

56. Kooijmans & Borgers 2012, p. 701.