

Jurisprudentie

Kroniek ondernemingsstrafrecht

Tweede helft 2018

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. dr. drs. B. van de Vorm en mr. dr. J.S. Nan

Inleiding

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

60 Als er één onderwerp is dat de laatste tijd de (politieke) agenda domineert, dan is dat (naast de Brexit natuurlijk) het ferme voornemen van de regering om het ‘veelkop-pige monster van de ondermijning’ aan te pakken en ondermijning te voorkomen. Hoewel niet zonder meer duidelijk is wat in strafrechtelijk opzicht onder het verzamelbegrip ‘ondermijning’ wordt verstaan, is met de behoefte om verduidelijking en/of met het maken van tegenwerpingen gewacht op het in het Regeerakkoord aangekondigde voorstel voor een ‘Ondermijningswet’. Immers, bijzondere strafwetten worden gekenmerkt door de systematiek om in het eerste artikel relevante definities op te nemen. Welnu, die ‘Ondermijningswet’ komt er niet. In een overleg met de Tweede Kamer heeft de minister in november 2018 meegedeeld niet langer naar de totstandkoming van een aparte wet te streven, maar te focussen op meerdere (lopende of nieuwe) bestuursrechtelijke of strafrechtelijke wetsvoorstellen, die gemeen hebben dat zij geheel of mede tot doel hebben de aanpak van ondermijning te versterken. In dit verband wordt gewezen op het wetsvoorstel ‘Herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen’. Om actuele strafwaardige fenomenen beter te kunnen bestrijden introduceert dit voorstel twee nieuwe strafbaarstellingen in het Wetboek van Strafrecht, te weten het misbruik van seksueel beeldmateriaal, waaronder wraakporno, en het hinderen van hulpverleners (niet direct gedragingen waaraan wordt gedacht bij ondermijning). Verder worden de wettelijke strafmaxima voor een aantal delicten verhoogd en vindt verruiming van de

strafrechtelijke aansprakelijkheid voor deelneming aan een ernstig ondermijnende criminele organisatie en liquidatiegeweld plaats.¹ Dat laatste zal het dan moeten worden.

Veel succes verwacht de minister ook van het initiatiefwetsvoorstel ‘Wet bestuurlijk verbod ondermijnende organisaties’ dat in een eerder stadium de pijlen vooral op de ‘outlaw motorcycle gangs’ leek te hebben gericht.² Van andere aard is de discussie over hoge transacties en de wens bij het tot stand komen van zo een hoge transactie niet alleen meer transparantie te bevorderen, maar wellicht te overwegen (zoals na de Libor-affaire van diverse zijden was bepleit) een vorm van rechterlijke toetsing mogelijk te maken. Voor een verdere bespreking van de schikking die met de ING werd getroffen wordt verwezen naar de bijdrage in deze kroniek van Haentjens.

De veelzijdigheid aan strafrechtsgebieden die het ondernemingsstrafrecht kleurt dwingt bij het aanbieden van de kroniek over de tweede helft van 2018 tot keuzen. Die betreffen de rechtsgebieden waarvan hierna verslag wordt gedaan met de meest relevante ontwikkelingen op het gebied van rechtspraak, wet- en regelgeving. Ondertussen dient de in het ondernemingsstrafrecht geïnteresseerde lezer ervan bewust te worden gemaakt dat deze kroniek enerzijds geen verdere reikwijdte heeft dan de periode die zij beslaat, en anderzijds dat zich ook elders in het strafrecht ontwikkelingen hebben voorgedaan waarvan het signaleren hier niet misstaat.

1. *Kamerstukken II*, 2018/19, 29 911, nr. 214.

2. *Kamerstukken II*, 2018/19, 30 080, nrs. 1-3 (Initiatiefwetsvoorstel van de leden Kuiken, Van Toorenburg, Van Oosten, Van der Graaf en Van der Staaij, houdende regels over het bestuursrechtelijk verbieden van organisaties die een cultuur van wetteloosheid creëren, bevorderen of in stand houden).

Te noemen zijn in de eerste plaats enkele arresten van de Hoge Raad met belangrijke overwegingen over materieel strafrechtelijke kwesties, zoals over het plegen van ‘openlijk’ geweld in artikel 141 lid 1 Sr (HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1008, *NJ* 2018/436), en over het ‘zwaar lichamelijk letsel’ bij mishandeling (HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1051). Strafvorderlijke rechtspraak die het signaleren waard is, betreft onder meer het aanwezigheidsrecht van de verdachte (HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1934), de discriminatoire uitoefening van controlebevoegdheid (HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872, *NJ* 2019/24) en het aanwenden van de wraking (HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1770). In de tweede plaats zijn enkele recent in werking getreden wetten het vermelden waard, zoals de Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn (*Stb.* 2018, 239-240), de Wet versterking strafrechtelijke terrorismebestrijding (*Stb.* 2018, 338, 355), de Wet bronbescherming in strafzaken (*Stb.* 2018, 264-265), de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (*Stb.* 2017, 82, 496) en de Wet vergoeding affectieschade (*Stb.* 2018, 132).

Van de aanhangige en conceptwetsvoorstellen springt het voorstel tot verplichte publicatie van fiscale vergrijpboetes eruit. De openbaarmaking richt zich op vergrijpboetes opgelegd aan deelnemer aan een beboetbaar feit, dus de (juridische) beroepsbeoefenaren, consultants en (andere) adviseurs. Het naming & shaming rukt op! Daarnaast wordt de indiening verwacht van een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Bibob, teneinde rijk, provincie en gemeente meer mogelijkheden te geven eigen onderzoek te doen naar de achtergrond van personen die een vergunning of subsidie aanvragen, of een vastgoedtransactie met de overheid willen aangaan, dan wel op een overheidsopdracht intekenen. Een van de instrumenten die daaraan moeten bijdragen is de (verruimde) mogelijkheid justitiële gegevens op te vragen bij het onderzoek naar de zakelijke omgeving van een bedrijf of een persoon.

Literatuur uit de verslagperiode is ruim voorhanden. Enkele suggesties betreffen themanummers van tijdschriften, zoals de ‘onorthodoxe reflecties’ over de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (*Rechtsgelerd Magazijn Themis*, 2018/5),³ ‘Digitalisering van georganiseerde misdaad’ (*Justitiële Verkenningen*, 2018/5), ‘De Transactie’ (*Sanctierecht & Onderneming*, 2018/2-3), ‘Groene criminologie’ (*Tijdschrift voor Criminologie*, 2018/2), en ‘Facilitators in het strafrecht’ (*Strafblad*, 2018/3).

3. In dit verband wordt ook gewezen op het nieuwe *Tijdschrift Modernisering Strafvordering*, waarvan het eerste nummer is gepubliceerd.

Fiscaal strafrecht

Verzorgd door mr. A.A. Feenstra

Regelgeving en beleid

In de vorige kroniek is reeds aandacht besteed aan de Mandatory Disclosure Richtlijn.⁴ Daarin zijn de meest recente Europese maatregelen tegen zowel belastingontduiking als -ontwijking vervat. Naar aanleiding daarvan heeft de wetgever op 19 december 2018 een consultatiewetsvoorstel gepubliceerd, waarin de implementatie van deze richtlijn in de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB) wordt voorgesteld. Los van alle kritiek die is geuit op de vage bepalingen en open normen die deze meldingsverplichting met zich brengt, is in het kader van deze kroniek relevant om op te merken dat een schending van deze meldplicht zowel beboet als strafrechtelijk vervolgd zal kunnen gaan worden (artikel 11 WIB juncto artikelen 68 en 69 AWR).

Op 19 december 2018 is ook het wetsvoorstel tot openbaarmaking van vergrijpboetes in consultatie gegeven. Hiermee wordt beoogd te bewerkstelligen dat onherroepelijke fiscale vergrijpboetes, die worden opgelegd aan professionele overtreders, door de inspecteur openbaar kunnen worden gemaakt. De openbaar te maken gegevens betreffen de naam van de overtreder, het kantoor waaraan de overtreder is verbonden en de vestigingsplaats van het kantoor. Openbaarmaking vindt plaats door het plaatsen van het bericht op de website van de Belastingdienst. De tekst van dit wetsvoorstel is reeds aangepast aan de hand van eerdere reacties op een consultatie naar aanleiding van een beleidsdocument, hetgeen ertoe heeft geleid dat publicatie pas mogelijk zal zijn na het onherroepelijk worden van de boetebeschikking en/of van het besluit tot openbaarmaking. Ook bij dit wetsvoorstel zijn wederom een aantal kanttekeningen te plaatsen, waarbij vooral de publicatie van de kantoornaam van een overtreder grote vraagtekens oproept. Ervan uitgaande dat publicatie van een boete, net als in het strafrecht, als bijkomende straf moet worden aangemerkt en het persoonlijke karakter van een straf, is publicatie van de kantoornaam niet toegestaan. Bovendien is er geen overgangsrecht opgenomen, terwijl het legaliteitsbeginsel met zich meebrengt dat nieuwe strafmodaliteiten pas van toepassing kunnen zijn op strafbare feiten, die na datum van inwerkingtreding zijn gepleegd.

Jurisprudentie

In HR 25 september 2018 wordt de verdachte onder andere strafrechtelijk vervolgd voor (het feitelijk leiding geven aan) het opzettelijk doen van onjuiste aangiften vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting over de jaren 2001 en 2002.⁵ De verdachte zou in privé geleden verliezen op aandelentransacties zakelijk hebben

4. Richtlijn 2018/822/EU van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van de Richtlijn 2011/16/EU wat betreft automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

5. ECLI:NL:HR:2018:1772.

geboekt, hetgeen leidt tot onjuiste aangiften vennootschapsbelasting. Het daarmee genoten voordeel is niet als dividenduitkering in zijn aangifte inkomstenbelasting opgenomen. Hij wordt onder andere hiervoor veroordeeld tot een gevangenisstraf van 20 maanden. In cassatie wordt geklaagd over het feit dat uit de bewijsmiddelen niet blijkt hoe de in de bewezenverklaring opgenomen bedragen zijn opgebouwd. A-G Paridaens concludeert dat het de stellers van deze middelen moet worden nagegeven dat dergelijke bewijsmiddelen inderdaad ontbreken, maar dat het in de bewezenverklaring opgenomen bedrag niet een (uiteindelijk) benadelingsbedrag betreft dat voor straftoemeting in fraudezaken een maatgevende rol kan geven, dat het hof in de strafmaatoverweging niet naar deze bedragen heeft verwezen en dat in cassatie niet wordt bestreden dat de verdachte de verliezen heeft geboekt ten laste van de vennootschap. Zij concludeert derhalve dat dit niet tot cassatie kan leiden wegens het gebrek aan belang. De Hoge Raad oordeelt echter met een korte overweging dat de ten laste gelegde bedragen inderdaad niet uit de gebezigde bewijsvoering kunnen worden afgeleid, waardoor het cassatieberoep slaagt en de zaak wordt teruggewezen naar het hof.

In tegenstelling tot een aantal rechtbanken heeft Hof 's-Hertogenbosch in een arrest van 10 juli 2018 geoordeeld dat de parlementaire geschiedenis bij artikel 10a AWR met geen woord spreekt over strafvervolgning.⁶ Ook is de koppeling met artikel 68 AWR (de strafbepaling voor een schending van fiscale inlichtingenverplichtingen) niet mogelijk, nu de suppletieplicht, anders dan de inlichtingenverplichting uit artikel 47 AWR en de aangifteplicht uit de materiële belastingwetten, niet in een belastingwet, maar slechts in een uitvoeringsregeling is verankerd. Dit leidt ertoe dat ontslag van alle strafvervolgning dient te volgen. Overigens moet worden opgemerkt dat de A-G al requireerde tot schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel ten aanzien van de suppletieplicht. Kortom, strafvervolgning wegens een schending van suppletieplicht lijkt hiermee van de baan. Het hof gaat echter nog een fundamentele stap verder door te verwijzen naar artikel 6 EVRM en artikel 48 van het EU-Handvest. Het overweegt namelijk dat het verbod van zelfincriminatie zijn betekenis zou verliezen als zou worden aanvaard dat vóórdat bij de overheid een redelijk vermoeden van schuld is ontstaan, iemand bij wet kan worden verplicht uit eigener beweging te melden dat een feit is begaan dat aanleiding geeft tot het ontstaan van een redelijk vermoeden van schuld aan het plegen van een strafbaar feit. In feite komt het erop neer dat de suppletieplicht de Belastingdienst op het spoor brengt van (mogelijke) strafbare/beoetbare feiten. Het hof concludeert dan ook dat de suppletieplicht in strijd is met het nemo tenetur-beginsel en om die reden dienen deze bepalingen jegens de verdachte buiten toepassing te blijven. Als deze uitspraak in stand blijft bij de Hoge Raad, dan is daarmee zowel strafvervolgning als fiscale beboeting naar onze mening niet meer mogelijk. Bovendien kan daar-

mee direct de vraag worden gesteld in hoeverre de hiervoor besproken beboeting en strafvervolgning van een schending van de 'mandatory disclosure' stand kan houden. Voor de verdachte in deze zaak heeft dit ontslag van rechtsvervolgning ten aanzien van de suppletieplicht weinig opgeleverd. Hij werd namelijk alsnog veroordeeld wegens het opzettelijk doen van onjuiste aangiften omzetbelasting tot dezelfde straf die in eerste aanleg werd opgelegd.

Financieel strafrecht

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

Europese regelgeving: algemeen

De minister van Buitenlandse Zaken is verplicht periodiek een overzicht aan de Tweede Kamer aan te bieden omtrent de stand van zaken met betrekking tot de implementatie van EU-richtlijnen.⁷

Europese regelgeving: betaaldiensten

Uit de brief van de minister van Buitenlandse Zaken blijkt dat Nederland onder meer de Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2015 betreffende betaaldienst in de interne markt (...) nog niet had geïmplementeerd. De datum daarvoor liep af op 13 januari 2018 en Nederland is daarvoor door de Europese Commissie in maart in gebreke gesteld. De richtlijn stelt regels over vergunningverlening aan betaalinstellingen en introduceert onder meer twee nieuwe betaaldiensten, de betaalinitiatiedienst en de rekeninginformatiedienst.⁸ De implementatiewet 'Herziene richtlijn betaaldiensten' is uiteindelijk op 28 december 2018 in het *Staatsblad* verschenen.⁹ Tevens zijn enkele wijzigingen uit eerdere richtlijnen aangebracht en is Richtlijn 2007/64/EG ingetrokken. Deze implementatiewetgeving is niet zonder belang voor de strafrechtelijke afdoening van overtredingen van deze wet, nu in de herziene implementatiewet een aantal bepalingen uit de Wet financieel toezicht (Wft) is gewijzigd die op grond van artikel 1, aanhef en onder 2 WED, juncto artikel 2 lid 1 juncto artikel 6 lid 1, aanhef en onder 2, WED strafbaar is gesteld als misdrijf, indien opzettelijk begaan.

7. Zie de laatste brief hierover van de minister van Buitenlandse Zaken van 19 oktober 2018, *Kamerstukken II* 2018/19, 21 109, nr. 236.
8. Een betaalinitiatiedienst wordt gedefinieerd in artikel 1 lid 1 Wft (nieuw) als: 'een dienst voor het initiëren van een betaalopdracht op verzoek van de betaaldienstgebruiker, met betrekking tot een betaalrekening die bij een andere betaaldienst wordt aangehouden', en rekeninginformatiedienst als: 'een online dienst voor het verstrekken van geconsolideerde informatie over een of meer betaalrekeningen die de betaaldienstgebruiker bij een andere betaaldienstverlener of bij meer dan één betaaldienstverlener aanhoudt.'
9. *Stb.* 2018, 503; de gewijzigde richtlijnen betreffen Richtlijn 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU, en Verordening (EU) nr. 1093/2010; de ingetrokken richtlijn is te vinden in Pb EU L 337.

6. ECLI:NL:GHSHE:2018:2879.

Europese regelgeving: witwassen en financiering terrorisme

In het Publicatieblad van de EU is de Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 verschenen.¹⁰ De richtlijn strekt tot wijziging van de Richtlijn van (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU. Uit de preambule is het volgende af te leiden. De Richtlijn van (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad¹¹ vormt het belangrijkste wettelijk instrument ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel van de Unie voor het witwassen van geld en terrorismefinanciering. De richtlijn uit 2015, die uiterlijk 26 juni 2017 moest worden omgezet, stelt een efficiënt en uitgebreid juridisch kader vast om het verzamelen van gelden of eigendommen voor terroristische doeleinden aan te pakken. De lidstaten worden ertoe verplicht de risico's in verband met het witwassen van geld en terrorismefinanciering te identificeren, te begrijpen en te beperken (overweging 1). Ten tijde van de totstandkoming van de richtlijn van 2015 was deze in Nederland van toepassing op ongeveer 96.790 instellingen. De nieuwe – wijzigende – richtlijn van 2018 bevat een aantal uitbreidingen, bijvoorbeeld wat betreft normadressaten. De structuur en opzet blijft in beginsel dezelfde. In de nieuwe – wijzigende – richtlijn van 2018 wordt ook verduidelijkt wat onder 'risicomanagement' moet worden verstaan. Daarnaast beoogt de richtlijn een kader te scheppen waarin de autoriteiten de bevoegdheden hebben bank- en betaalrekeningen in te zien.¹² Externe accountants, belastingadviseurs in de ruime zin des woords en ook de gedragingen van personen die bewaarportemonnees aanbieden en aanbieders die zich bezig houden met diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta, vallen voortaan onder de werking van de richtlijn, alsmede personen die handelen als vastgoedmakelaars, of zij die als tussenpersoon optreden bij de handel in kunstwerken boven een waarde van € 10.000. Voorts wordt het aantal strafbare feiten in vergelijking met de vorige richtlijn uitgebreid. Ook activiteiten en personen die werkzaam zijn binnen een trust worden scherper op de korrel genomen. De richtlijn dient uiterlijk 10 januari 2020 te zijn omgezet en in werking getreden (artikel 4 van de richtlijn). De lidstaten dienen uiterlijk op die dag registers van UBO's en soortgelijke juridische registers te hebben opgezet. Op 10 maart 2021 dienen deze aan elkaar te zijn gekoppeld via het Europees platform. Op uiterlijk 10 september 2020 dienen gecentraliseerde automatische mechanismen te zijn opgezet die het mogelijk maken houders van bank- en betaalrekeningen en kluizen te identificeren (overweging 53).

De Europese Commissie heeft een voorstel ontworpen voor een richtlijn tot vaststelling van regels ter vergemakkelijking van het gebruik van financiën en andere informatie voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken of vervolgen van bepaalde strafbare feiten (en tot intrekking van het Besluit 200/642/JBZ). Beperkte uitwisseling van informatie is niet gewenst om daders van strafbare feiten te verhinderen over financiële middelen te doen beschikken. Op dit voorstel heeft het Europees en Sociaal Comité (EESC) gereageerd. Deze reactie is te vinden in het Publicatieblad van de EU.¹³ Het uitgangspunt van de Commissie laat zich als volgt samenvatten: het EU-optreden 'beoogt meerwaarde te creëren door middel van een geharmoniseerde aanpak die de binnenlandse en grensoverschrijdende samenwerking bij financiële onderzoeken naar ernstige misdrijven en terrorisme sterkt. Daarnaast leiden maatregelen op Unieniveau tot geharmoniseerde bepalingen, waaronder inzake gegevensbescherming, terwijl waarborgen op dat gebied moeilijk te realiseren zijn wanneer iedere lidstaat zijn eigen wetgeving vaststelt.' Tegen deze achtergrond doet het EESC een aantal aanbevelingen. De eerste daarvan luidt dat het regelingskader voor financiële inlichtingeneenheden (FIE's), dat is vastgesteld op grond van artikel 114, moeten worden aangevuld met een rechtsinstrument dat is vastgesteld op grond van artikel 87, lid 2 VWEU. Het EESC kiest voor een koppeling van de toegang tot financiële gegevens, conform de vijfde anti-witwasrichtlijn (Richtlijn (EU) 2018/843 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849), met mechanismen voor justitiële samenwerking tussen de lidstaten (aanbeveling 1.3) Het EESC zou ook een nauwkeuriger en striktere definitie van 'ernstige criminaliteit' wensen. De thans gebruikte definitie door Europol acht het EESC te ruim (aanbeveling 1.4). Bovendien bepleit het dat de Europese Commissie een beter evenwicht vindt tussen de in het VWEU vastgelegde grondrechten van personen en de noodzaak te zorgen voor betere handhaving van de wetgeving inzake de bestrijding van criminaliteit en de repressie daarvan, teneinde in de Unie een klimaat van veiligheid en rechtvaardigheid te waarborgen (aanbeveling 1.5). Te algemene preventieve doeleinden dienen niet te worden nagestreefd. De beoogde richtlijn dient te worden beperkt tot naar behoren gemotiveerde gevallen (aanbeveling 1.6). Er zou gedacht kunnen worden aan koppelingen van de verzamelde gegevens op grond van de vijfde anti-witwasrichtlijn en de vierde richtlijn betreffende administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen.¹⁴ De toegang door de nationale autoriteiten van nationale bankrekeningregisters dient zodanig te worden gereguleerd door deze te beperken tot strafbare feiten die de collectieve en individuele veiligheid van de Europese burgers bedreigen, te weten terrorisme, mensenhandel en drugshandel (aanbeveling 1.10). Dit advies is bijna

10. Pb EU L 156, p. 43.

11. Pb EU L 141, p. 73.

12. Onlangs kon men in het *FD* lezen dat ook banken bij monde van de voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Banken graag in de persoonsregisters van hun cliënten willen kijken teneinde witwassen te kunnen bestrijden (*FD*, 15 januari 2019).

13. COM(2018) 213 final-2018/0105 (COD). De reactie van de het EESC vindt men in: Pb EU 10 oktober 2018, C 367/84 (document 52018AE2736).

14. Richtlijn (EU) 2016/881 van de Raad tot wijziging van de Richtlijn 2011/16/EU.

unaniem (met één onthouding) aangenomen. De Nederlandse regering stelt zich ter zake op het standpunt dat zij hard werkt aan het nationale centrale register van bankrekeningen. De regering stelt zich voorts op het standpunt dat met de implementatie van de vierde en de snel daarop volgende vijfde anti-witwasrichtlijn aardig op weg is te voldoen aan de eisen van de voorgestelde richtlijn. Met name wijst zij erop dat de onderlinge uitwisseling tussen de FIU's van de lidstaten haars inziens naar wens verloopt. In beginsel kan de Nederlandse regering zich vinden in de voorgestelde richtlijn. De Nederlandse wetgeving laat toe dat voor alle misdrijven informatieverzoeken kunnen worden gedaan aan de Nederlandse FIU, maar de zorgen van de regering betreffen de artikelen met betrekking tot de bescherming van de privacy en bescherming van persoonsgegevens.¹⁵

OLAF

De Europese Commissie heeft een voorstel ingediend voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Verordening (EU, Euratom), nr. 883/2013, betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) wat betreft samenwerking tussen het Europees Openbaar Ministerie (EOM) en (de doelmatigheid van) de onderzoeken van OLAF.¹⁶ Dit voorstel dient om fraude in de gehele EU op te sporen, te vervolgen en te onderzoeken, met inachtneming van ieders mandaat en meer duidelijkheid te verschaffen over de instrumenten waarover OLAF beschikt. Het gaat om controles en verificaties, toegang tot informatie over bankrekeningen en instrumenten om btw-fraude te bestrijden. In het juridische kader worden de nodige bepalingen ingevoerd met betrekking tot de uitwisseling van informatie met het EOM en het bieden van ondersteuning voor EOM-onderzoeken. De Nederlandse regering houdt vast aan de eigenstandige rol van OLAF bij de bescherming van de financiële belangen van de EU. Deze rol – hoofdzakelijk van administratief-rechtelijke aard – moet zij kunnen vervullen naast en vooral complementair aan de rol die het EOM vervult bij de strafrechtelijke aanpak van EU-fraude.¹⁷ In de bescherming van het financiële verkeer in de EU doemt een 'dual' beeld op, dat ook kan worden waargenomen in de Nederlandse aanpak: naast administratieve handhaving en toezicht (OLAF) ook strafrechtelijke aanpak door het EOM (al dan niet met behulp van nationale autoriteiten). Nederland wijst vervolgens op het subsidiariteitsbeginsel. Het heeft moeite ermee OLAF een eigen rol te laten spelen ten aanzien van de aanpak van btw-fraude. Nationale autoriteiten zullen in de eerste plaats moeten (kunnen) optreden, vooral daar waar het EOM geen bevoegdheid heeft en OLAF dan ook niet zal

kunnen ondersteunen.¹⁸ Hier ziet men – nog steeds – de terughoudendheid van Nederland met betrekking tot een EOM. Ook heeft Nederland aarzelingen met het voorstel voor zover dat ertoe strekt OLAF toegang te geven tot bankrekeningen en informatie van de FIU's. OLAF voert, aldus het Nederlandse standpunt 'in essentie administratief onderzoek uit in het kader van de bescherming van financiële belangen van de EU'.¹⁹ Nederland adviseert dit Commissievoorstel te bezien tegen de achtergrond van het voorstel van de Commissie inzake het opstellen van regels ter vergemakkelijking van het gebruik van en andere informatie voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken of vervolgen van bepaalde strafbare feiten.²⁰ Getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel heeft Nederland ook zo zijn bedenkingen. Nederland voelt weinig ervoor OLAF toegang te verlenen tot bankrekeningen. De uitbreiding van de mogelijkheden van OLAF op dit terrein dient in verhouding te staan tot de doelstelling van effectievere bestrijding van EU-fraude.

Europees Openbaar Ministerie

De Europese Commissie heeft, zoals bekend, de deelneming van Nederland aan de nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees Openbaar Ministerie (EOM) bevestigd. Voor Nederland treedt de Verordening (EU) 2017/1939 van de Raad 20 dagen na de bekendmaking in het Publicatieblad in werking. Nederland wilde eerst niet meedoen met een kopgroep van lidstaten die deze nauwere samenwerking bij de instelling van EOM wel prefereerden. Begin 2018 liet Nederland weten zich toch te willen aansluiten bij de groep die nauwere samenwerking wenste. Nederland onderschrijft daarmee de overweging uit de preambule (nr. 3) dat 'zowel de Unie als de lidstaten van de Europese Unie [...] verplicht [zijn] de financiële belangen van de Unie te beschermen tegen strafbare feiten, die jaarlijks aanzienlijke financiële schade veroorzaken. Deze feiten worden op dit moment echter niet altijd voldoende onderzocht en vervolgd door de nationale strafrechtelijke autoriteiten.'

De toetreding van Nederland tot de hierboven genoemde verordening brengt met zich dat Nederland niet zo eenvoudig eruit kan stappen.²¹ De Europese Commissie heeft voorstellen heeft gedaan tot verruiming van het mandaat van het EOM. Nederland stelt zich terughoudend op. Nederland heeft laten weten dat zij vasthoudt aan haar standpunt dat uitbreiding van het mandaat van het EOM niet aan de orde is.²²

15. *Kamerstukken II 2017/18*, 22 112, nr. 2588, gepubliceerd 25 juni 2018 (Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie).

16. Zie Commissiedocument COM(2018) 338.

17. *Kamerstukken II 2017/18*, 22 112, nr. 2635 (Fiche: wijziging verordening 883/2013, OLAF), p. 3.

18. *Kamerstukken II 2017/18*, 22 112, nr. 2635, p. 3-4.

19. *Kamerstukken II 2017/18*, 22 112, nr. 2635, p. 5.

20. *Kamerstukken II 2017/18*, 22 112, nr. 2635, p. 4.

21. *Kamerstukken I 2018/19*, 33 709, AN, p. 3.

22. *Kamerstukken I 2018/19*, 35 038, A, betreffende het EU-voorstel: Commissiemededeling inzake de uitbreiding van de bevoegdheden van het Europees Openbaar Ministerie, COM(2018) 641, p. 1; zie ook *Kamerstukken I 2018/19*, 33 709, AN en EU: voorstel Verordening oprichting Europees Openbaar Ministerie, COM(2013) 534 (zie dossier E130041 op www.europapoor.nl).

Nationaal recht: witwassen en Wet voorkoming witwassen en financiering terrorisme

De Nederlandse wetgever heeft de vierde anti-witwasrichtlijn geïmplementeerd bij Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 239.²³ In de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) zijn de bepalingen uit de richtlijn omgezet. Die wet is daardoor ingrijpend gewijzigd en uitgebreid. Tegelijkertijd is met het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 in werking getreden.²⁴ De handhavingsbevoegdheden zijn eveneens aangescherpt (artikel 28). De wet voorziet thans in een aanwijzingsbeschikking teneinde een bepaalde gedragslijn te volgen, een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete van € 5.000.000 per overtreding met mogelijkheden van verhogingen krachtens de leden 2, 3 en 4 van artikel 31 Wwft. Er zijn publicatiebevoegdheden voorzien (artikel 32e e.v. Wwft). De ingrijpende wijziging van de Wwft brengt evenzeer een wijziging van de WED met zich. Weliswaar blijft de Wwft gerubriceerd onder artikel 1, aanhef en onder 2, WED, maar er zijn enkele wijzigingen: de artikelen 23a en 28 Wwft zijn toegevoegd. Dit laatste artikel geeft de toezichthoudende autoriteit de bevoegdheid 'een ieder die niet voldoet aan een ingevolge deze wet op hem rustende verplichting een aanwijzing geven om binnen een door de toezichthoudende autoriteit gestelde redelijke termijn ten aanzien van in de aanwijzingsbeschikking aan te geven punten en bepaalde gedragslijn te volgen.' Kennelijk moet deze bepaling zo worden gelezen dat overtreding van die gegeven gedragslijn tot een strafbaar feit leidt, indien opzettelijk begaan, tot een misdrijf (artikel 2 lid 1 juncto artikel 6 lid 1, aanhef en onder 2, WED).²⁵ Deze bevoegdheid gaat dan ook verder dan men denkt: wordt hier aan een toezichthouder een wetgevende bevoegdheid gegeven door straf te handhaven? In de memorie van toelichting is over deze bepaling niet veel anders te lezen dan dat zij ook geldt voor de in artikel 1 lid 5 Wwft genoemde richtlijnen.²⁶ Gaat deze 'spaghettiwetgeving' niet te ver? Realiseert de wetgever zich wel welk een uitbreiding hij geeft aan de strafbaarstellingen, nu het krachtens artikel 1 WED telkens gaat om 'bij of krachtens' het bepaalde (...)? In de bijlage van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 wordt uitvoering gegeven aan artikel 15 Wwft, waarin de opdracht is vervat bij AMvB de indicatoren te vermelden die voor banken en

andere financiële ondernemingen van belang zijn in acht te nemen.

In de Wijzigingswet financiële markten 2018 wordt een groot aantal wetten gewijzigd die het financiële recht raken.²⁷ De wetgever vernummert, verplaatst, voegt in en verklaart vervallen dat het lieve lust is. Een van die wetten is de Wft, maar ook de Wwft.

Implementatie Europese Prospectusverordening

Half december is bij de Tweede Kamer, na een niet al te positief rapport van het ATR,²⁸ een voorstel van wet ingediend betreffende de Wet implementatie prospectusverordening.²⁹ Deze wet is noodzakelijk nu het Europees Parlement en de Raad op 14 juni 2017 betreffende het prospectus dat moet worden aangeboden of tot de handel op een gereglementeerde markt worden toegelaten een Prospectusverordening hebben vastgesteld.³⁰ Deze verordening vervangt de oude Prospectusrichtlijn 2003/71/EG, die wordt ingetrokken.³¹ In artikel IV wordt voorgesteld de WED te wijzigingen door in artikel 1, aanhef en onder 2 WED van deze verordening artikel 3, eerste en derde lid, in te voegen. De techniek die al eerder was toegepast bij de implementatie van de verordening van marktmisbruik: de tekst van de verordening wordt rechtstreeks in artikel 1, aanhef en onder 2 WED ingevoegd. De consequentie daarvan is dat regelgeving die bij of krachtens artikel 3, eerste en derde lid, wordt vastgesteld in Europese gremia rechtstreeks werkt in de Nederlandse rechtsorde, zonder tussenkomst van Nederland. De verordening zal op enkele punten na per 21 juli 2019 van toepassing zijn. De verordening is tot stand gekomen als onderdeel van het actieplan van de Europese Commissie om tot een Europese kapitaalmarktunie te komen. 'Het is van belang dat informatie over de aanbieding of toelating van effecten openbaar gemaakt met het oog op de bescherming van de belegger, zodat informatieasymmetrie tussen de belegger en de uitgevende instelling wordt weggenomen.'³² In beginsel, aldus de minister, geldt voor het aanbieden van effecten aan het publiek of toelaten van effecten tot de handel op een gereglementeerde markt de verplichting om een prospectus te publiceren. De uitzonderingen en vrijstellingen uit de oude richtlijn van

23. In werking getreden op 25 juli 2018 (*Stb.* 2018, 240).

24. *Stb.* 2018, 241.

25. De verhouding tot artikel 184 Sr doemt op.

26. De memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 3, p. 66) luidt op dit punt: 'Artikel 28 voorziet in de bevoegdheid voor de toezichthoudende autoriteit om een aanwijzing te geven aan een ieder die niet voldoet aan een ingevolge de Wwft op hem rustende verplichting. Dit artikel vervangt het naar huidig recht geldende artikel 32, waarin eveneens een aanwijzingsbevoegdheid voor de toezichthoudende autoriteiten was opgenomen. Conform de Wft wordt thans geen onderscheid meer gemaakt in overtredingen, maar verwezen naar een ingevolge de Wwft geldende verplichting. De bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing strekt zich ingevolge het bepaalde in artikel 1d, vijfde lid [Wwft, RH], tevens uit tot de in dat artikel genoemde verordeningen.' Bedoeld zijn hier de verordeningen Verordening (EU) 648/2012, en de uitvoering van de Verordening (EU) 2015/847 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie.

27. *Stb.* 2018, 408, uitgegeven op 15 november 2018, *Kamerstukken* 34 859. Aan de considerans is het volgende te ontleen dat de AFM ten minste over bevoegdheden zou dienen te beschikken die zij thans heeft: (1) de bevoegdheid 'gegevens die zij verkrijgt in het kader van haar toezicht op grond van de Wet op het financieel toezicht en die relevant zijn voor het toezicht voor de (AC&M) te verstrekken'; (2) 'ten behoeve van het toezicht op de naleving van bepaalde vakbekwaamheidseisen gegevens te verkrijgen uit het informatiesysteem inzake beroepskwalificaties'; (3) 'om derdenbeslag op rekeningen die bij DNB worden aangehouden ten behoeve van het betalingsverkeer te verbieden'; (4) 'de termijn voor het nemen van een besluit op aanvraag van een bankvergunning te verruimen' en 'enige andere wijzigingen en verbeteringen in de wetgeving op het terrein van de financiële markten aan te brengen.'

28. ATR: Adviescollege toetsing regeldruk, Rapport van 27 september 2018.

29. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 108, nrs. 1-3 (11 december 2018).

30. Verordening (EU) nr. 2017/1129 (Pb EU 2017 L 168).

31. Daarmee vervalt ook het bestaande hoofdstuk 5.1, dat opnieuw wordt vastgesteld.

32. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 108, nrs. 3, p. 2.

2003 zijn grotendeels ongewijzigd gebleven, wel is de vrijstellingsdrempel verhoogd naar € 5 miljoen (was € 2,5 miljoen) teneinde de toegang voor het MKB tot de kapitaalmarkt te vergemakkelijken.³³ De AFM krijgt op grond van de prospectusverordening nieuwe bevoegdheden. Zij kan bijvoorbeeld een aanbieding van effecten opschorten of verbieden indien er gegronde redenen zijn aan te nemen dat inbeuk is gepleegd op de verordening, of de handel op een handelsplatform onder bepaalde voorwaarden opschorten of verbieden.

Oplichting

Aan de oplechtingsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht is een nieuw artikel 326d toegevoegd.³⁴ Deze bepaling beoogt de online *handelsfraude* tegen te gaan. In 2014, een jaar voor de indiening van het ontwerp, werd bij het Landelijk Meldpunt Internetoplichting (LMIO) ruim € 7,9 miljoen aan internetfraude gemeld. In totaal werd 44.000 keer aangifte gedaan.³⁵ Het artikel is slechts een klein deel van een veel groter doel van deze wet: de verruiming van de wettelijke bevoegdheden voor de opsporingsambtenaren, te weten ‘heimelijk te kunnen binnendringen met het oog op opsporing van ernstige misdrijven, gegevens op doeltreffende wijze ontoegankelijk te kunnen maken of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten, de strafbaarheid van grooming en van verleiding van een minderjarige tot ontucht te verruimen (...)’ Kortom de wetgeving dient tot het op de hoogte van de tijd brengen van een aantal opsporingsbevoegdheden. Dit artikel 326d Sr beoogt het veelvuldig voorkomend verschijnsel tegen te gaan dat een aanbieder van goederen of diensten via het internet de koper voor de goederen laat betalen, vervolgens niet levert en daarna onbereikbaar is voor koper en politie.

Een nieuw fenomeen op het gebied van oplichting is de laatste tijd gesignaleerd: de ‘CEO-fraude’ per e-mail. Vooral bedrijven en ondernemingen waar grote geldbedragen digitaal worden overgemaakt zijn het haasje.³⁶ Het lijkt op een ‘Nigeria’-fraude: de slachtoffers wordt gevraagd met het oog op een gesloten deal geld over te maken, waarvan de opdracht daartoe lijkt te zijn ondertekend door de eigen CEO of CFO, die echter niet de CEO of CFO van het eigen bedrijf blijkt te zijn. Het geld blijkt vervolgens te zijn gestort op een onbekende of valse bankrekening. Door de ondertekening van de e-mail met opdracht tot betaling wordt de indruk gewekt dat ‘alles wel in orde’ zal zijn. In de getroffen bedrijven

wordt kennelijk veelal onvoldoende controle op de uitbetalingsopdrachten uitgeoefend.³⁷

Trustkantoren

Staatsblad 2018, 443 bevat de Wet toezicht trustkantoren (Wtt 2018). De regels met betrekking tot het toezicht op de trustkantoren moest worden herzien door een uitbreiding van de normen inzake integere en beheerste bedrijfsvoering van trustkantoren. Tevens is voorzien in een aanscherping van de verplichtingen ten behoeve van het verrichten van cliëntenonderzoek en het uitbreiden van het instrumentarium voor toezicht en handhaving. Dit alles teneinde de integriteit van het financiële stelsel in Nederland te bevorderen, aldus de preambule.³⁸ Hoofdstuk 1 bevat definities en inleidende bepalingen; hoofdstuk 2 betreft vergunningen; hoofdstuk 3 geeft voorschriften voor een integere en beheerste bedrijfsvoering; hoofdstuk 4 bevat bepalingen voor het cliëntenonderzoek, waarin de artikelen 24 en 25 zien op de verificatie van en onderzoek naar de (uiteindelijke) identiteit van de belanghebbende; hoofdstuk 5 geeft regels voor vastlegging van gegevens; hoofdstuk 6 betreft toezicht en handhaving: DNB is belast met bestuursrechtelijke handhaving van de bij of krachtens deze wet gestelde regels, waarbij in artikel 50 de hoogte van de bestuurlijke boetes wordt vastgesteld; hoofdstuk 7 betreft geheimhouding en publicatie; hoofdstuk 8 behandelt overige bepalingen en hoofdstuk 9 bevat overgangs- en slotbepalingen. De strafbepalingen worden in de WED door deze wetgeving (artikel 80 Wtt 2018) uitgebreid met een aantal nieuwe en oude gestroomlijnde bepalingen uit de Wtt 2018 door deze bepalingen onder artikel 1, aanhef en onder 2, juncto artikel 2 lid 1, juncto artikel 6 lid 1, aanhef en onder 2, WED te brengen. De overtredingen zullen als misdrijf worden gekwalificeerd indien opzettelijk begaan en bedreigd met twee jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie. In het *Staatsblad* is eveneens verschenen het Besluit van 3 december 2018 (Besluit toezicht trustkantoren 2018), houdende regels met betrekking tot onder meer aanvullende trustdienst en nadere regels over de beoordeling van de betrouwbaarheid van beleidsbepalers, de integere en beheerste bedrijfsuitoefening, de compliance- en auditfunctie en uitbesteding door trustkantoren.³⁹ Het betreft het handhaven van de betrouwbaarheid en integriteit van beleidsbepalers. De Wet toezicht trustkantoren (Wtt 2018) en het onderhavige besluit vervangen de Wet toezicht trustkantoren met inbegrip van de onderliggende regelgeving.⁴⁰ In de Wtt 2018 zijn drie kernverplichtingen opgenomen: a) de vergunningplicht; b) het verrichten van cliëntenonderzoek, en c) het beheersen van integriteitsrisico's.⁴¹ Artikel 4 van dit besluit bepaalt dat de toets van de betrouwbaarheid door

33. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 108, nrs. 3, p. 2, p. 3.

34. *Stb.* 2018, 322 (*Kamerstukken* 34 372, Computercriminaliteit III). Het nieuwe artikel 326d Sr luidt: ‘Hij die een beroep of gewoonte maakt van het middel van een geautomatiseerd werk verkopen van goederen of verlenen van diensten tegen betaling met het oogmerk om zonder volledige levering zich of een ander van die betaling van die goederen of diensten te verzekeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vijfde categorie.’

35. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 372, nr. 3, p. 72 -74.

36. Ook wel Business E-mail Compromise (BEC) genoemd. Afgelopen jaar is in Nederland de schade op € 2,5 miljoen geschat; wereldwijd door de FBI op \$ 12,5 miljard.

37. Recentelijk is het Pathé concern Nederland op deze wijze voor ten minste € 19 miljoen opgelicht.

38. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 910, nrs. 1-3. *Stb.* 2018, 464 bepaalt de inwerkingtreding van deze wet (en het Besluit toezicht trustkantoren 2018) op 1 januari 2019.

39. *Stb.* 2018, 463, vergezeld van een nota van toelichting.

40. *Stb.* 2018, 463, Nota van toelichting, p. 15.

41. *Stb.* 2018, 463, Nota van toelichting, p. 20.

DNB wordt gesteld aan de hand van de vraag of buiten twijfel staat of de betrouwbaarheid is gewaarborgd op basis van diens voornemens, handelingen en anteceden-ten. Artikel 5 en artikel 6 aanhef en onder a, van het besluit verwijzen vervolgens naar de lijsten op grond waarvan kan worden bepaald of sprake is van strafrechtelijke anteceden-ten. Deze worden in de bijlagen 1 en 2 bij dit besluit vastgelegd. Het betreft de vraag of de betrokkene in Nederland of in het buitenland is veroordeeld ter zake van poging tot, voorbereiding van, doen plegen van, uitlokking van, medeplegen van, medeplich-tigheid aan of plegen van strafbare feiten met betrekking tot voorwetenschap (zowel onder de oude als de nieuwe wetgeving); of ter zake een andere overtreding van de Wft waarop straf is gesteld via artikel 2 en 6 WED; of ter zake van de artikelen 140, 225, 227a, 311, 312, 322, 323, 340-348 Sr, ter zake witwassen, financieren van terrorisme of overtreding van een of meer in het buiten-land geldende strafbepalingen, vergelijkbaar met de hierboven genoemde. Ook kunnen van vele autoriteiten de nodige inlichtingen worden opgevraagd (artikel 8 Besluit). Dat kan nog een hele klus worden voor DNB. Geruststellend lijkt in elk geval dat er nog een rechts-gang openstaat tegen de besluiten van DNB op te komen. Dit besluit bepaalt vervolgens in artikel 23 de rubricering van de bestuursrechtelijke boetecategorieën in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, waar-in artikel 16 van dit besluit is verwerkt. Deze wet- en regelgeving is er niet voor niets. Het ‘geschonden imago van de sector moest – ook volgens insiders – te lijf worden gegaan.’⁴²

Beleidsregels en trends AFM, crypto- of virtual currency's

In vorige afleveringen van deze kroniek is naar voren gekomen dat DNB en AFM verschillend dachten over de aanpak van cryptocurrency's zoals bijvoorbeeld de bitcoin. DNB zag geen (macro)economische problemen, nu slechts sprake was van 1% bbp, verwaarloosbaar klein derhalve: nauwelijks een economisch risico en nauwelijks gebruikt als betaalmiddel. De AFM, vanuit het perspectief van de beschermheer van de consument, waarschuwde al langer voor de gevaren van deze valu-ta.⁴³ In de vijfde anti-witwasrichtlijn worden deze *vir-*

tual currency's voor het eerst op internationaal niveau gejuridiseerd. Daarin wordt duidelijk gemaakt dat in casu sprake is van een situatie waarin de digitale repre-sentatie van de waarde niet wordt ondersteund, laat staan gegarandeerd door een centrale bank (in Neder-land: DNB), dan wel een andere publieke autoriteit, en het geen wettelijke status van geldmiddel of geld bezit, maar slechts wordt geaccepteerd als ruilmiddel tussen natuurlijke of rechtspersonen en elektronisch kan worden overgedragen, opgeslagen en verhandeld.⁴⁴ In de vijfde anti-witwasrichtlijn zijn de problemen van deze valuta onder ogen gezien. Met andere woorden, op Europees niveau worden *cryptocurrency's* in verband gebracht met witwaspraktijken en onder de nieuwe regelgeving gebracht. Die richting willen DNB en AFM (die een gezamenlijke werkgroep had ingesteld) ook op. In hun rapport van december 2018 doen zij een aantal aanbevelingen. Daaraan is het volgende te ontleen. Beide instanties hebben regelmatig gewaarschuid voor de significante risico's van crypto's op het terrein van financieel-economische criminaliteit en de kwetsbaar-heid voor misleiding, oplichting, manipulatie en cyber-criminaliteit. De interesse bij het grote publiek is welis-waar afgenomen, maar zeker nog niet verdwenen. Bovendien zien AFM en DNB de potentie van bepaalde toepassingen van crypto's en de achterliggende (block-chain)technologie.⁴⁵ Zij pleiten voor een internationaal afgestemd kader teneinde de risico's effectief aan te pakken. Zij komen tot de volgende twee aanbevelingen: (1) voer een Wwft-vergunningenstelsel in voor fiat-crypto omwisselplatforms en aanbieders van crypto bewaarportemonnees om zo op effectieve wijze invulling te geven aan de gewijzigde [vierde, dus vijfde, *RH*] Europese anti-witwasrichtlijn, en (2) pas het Europees regelgevend kader aan zodat kleinschalige onderne-mingsfinanciering via blockchaintechnologie zich kan ontwikkelen en breng de nationale definitie van effect in lijn met Europese wetgeving. Een typisch compromis van de eerdere standpunten van DNB (aanbeveling 2) en AFM (aanbeveling 1).⁴⁶ De (getrapte) strafrechtelijke bemoeienis zit in de strafbedreiging van allerlei admini-stratiefrechtelijke verplichtingen, zonder dat het aanwe-zig hebben of verhandelen als zodanig van cryptocur-rency strafbaar wordt gesteld.

Kort voor de publicatie van dit standpunt van de werk-groep DNB/AFM had de minister een internetconsul-tatie geopend over de implementatie van de wijziging van de vierde anti-witwasrichtlijn, ook wel de vijfde anti-witwasrichtlijn genoemd. Aanbieders van diensten met virtuele valuta, ook wel cryptovaluta genoemd,

42. Zie interview met Stephanie Miller, bestuursvoorzitter van Intertrust, *FD* 27 oktober 2018: 'Wij helpen onze klanten *good corporate citizens* te zijn.' In het strafonderzoek naar trustkantoor HJC gebruikte het OM een undercoveragent teneinde over de werkwijze van het trustkantoor duidelijkheid te verkrijgen (*FD* 30 oktober 2018). Zie ook Rb. Amsterdam 10 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8757 (36 maanden gevangenisstraf) en Rb. Amsterdam 10 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8764 (gedeeltelijk onvoorwaardelijke, gedeelte-lijk voorwaardelijke straf en taakstraf). In beide zaken werden de natuurlijke personen nog verder getroffen door het voor de verdachten ingrijpende 'beroepsverbod' om gedurende een aantal jaren in de sector te mogen werken.

43. In het afgelopen jaar is de virtuele waarde van de bitcoin dramatisch gedaald van ongeveer € 20.000 eind december 2017 naar – met ups en downs – thans (medio januari 2019) € 3.661. Overigens nog een behoorlijke stijging ten opzichte van de initiële nominale waarde van \$ 0.09 in 2008 bij de eerste 'uitgifte'. Nogal 'volatief' wordt daan in beurskringen gezegd. Zie ook 'AFM, Investerings in crypto's in Neder-land, marktonderzoek onder Nederlandse consumenten', juli 2018.

44. De opvatting van een bitcoin als (civielrechtelijk) ruilmiddel vindt men in Rb. Overijssel 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2667, en Hof Arn-hem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4219. De Belas-tingsdienst rekent bitcoins en andere cryptovaluta als ethereum, ripple tot vermogensbestanddelen die dienen te worden opgegeven in box 3 voor de vermogensbelasting. De civielrechtelijke complicaties van cryp-tocurrency's blijven hier buiten beschouwing. Zie o.a. T.J. de Graaf, 'De kwalificatie van bitcoins', *NJB*, 2019/2, p. 6-19.

45. DNB en AFM, *Crypto's, Aanbevelingen voor een regelgevend kader*, december 2018, p. 4.

46. Zie aflevering september 2018, nr. 3 van dit tijdschrift, p. 195 e.v.

hebben voortaan een vergunning nodig om deze diensten aan te mogen bieden.⁴⁷

De AFM heeft als toezichthouder een Leidraad uitgegeven die is bedoeld voor beleggingsondernemingen, (beheerders van) beleggingsinstellingen, icbe's en financiële dienstverleners voor zover deze financiële dienstverleners bemiddelen in levensverzekeringen alsmede bijkantoren in Nederland van dit soort instellingen met een zetel in Nederland. Het gaat vooral om de verplichtingen die uit de Wwft voortvloeien als gevolg van de vierde Europese anti-witwasrichtlijn. Het is uitdrukkelijk geen juridisch bindend document of beleidsregel van de AFM als bedoeld in titel 4:3 Awb en heeft of beoogt geen rechtsgevolg. Hij heeft niet de status van wet- of regelgeving. Men dient de Leidraad te beschouwen als een toelichting op de Wwft. Teneinde het doel van de Wwft te bereiken kan de normadressaat ook anders – binnen wet- en regelgeving – handelen.⁴⁸

Transacties

In het laatste maanden van 2018 ontstond veel ophef over de transactie die het OM de ING had aangeboden en waarop de ING was ingegaan, zodat een strafvervolgning kon worden voorkomen. Het OM (functioneel en landelijk parket, die deze zaak onder de codenaam Houston behandelden) verweet ING in Nederland jarenlang een structurele overtreding van de Wwft. Dat gebeurde op een dusdanige wijze dat de bank in de loop van het geding ook schuldwitwassen werd verweten: de bank heeft niet voorkomen dat bankrekeningen van klanten van ING in Nederland tussen 2010 en 2016 zijn gebruikt bij het witwassen van honderden miljoenen euro's. Volgens het OM had ING Nederland haar rol als poortwachter van het financiële stelsel in Nederland niet naar behoren ('ernstig te kort schietend') vervuld door te weinig cliëntenonderzoek te hebben gedaan en ongebruikelijke transacties niet of te laat te hebben gemeld bij de FIU-Nederland. Het wettelijk kader werd gevormd door de Wwft, zoals deze gold op 24 juli 2018: artikel 2a (uitgangspunt van de Wwft), de artikelen 3 en 8 (verscherpt cliëntenonderzoek (CDD)-onderzoek). De wetgever had voor een *principle based* onderzoek gekozen: het resultaat geldt. Ook artikel 5 Wwft (verbod aangaan zonder cliëntenonderzoek) was in het geding, en ten slotte kan worden gewezen op overtreding van artikel 16 Wwft (melden van ongebruikelijke transacties). ING had moeten zien dat de geldstromen afkomstig waren uit misdrijf, waarop onvoldoende actie was ondernomen door de bank. ING had niet adequaat gemonitord; de compliance-afdeling was onderbezet en onvoldoende opgeleid. Hierdoor werd slechts een

beperkt aantal signalen opgemerkt. Een van de bekende zaken was Vimpelcom, een internationale teleprovider, die tientallen miljoenen dollars aan steekpenningen via haar bankrekeningen bij ING Nederland had overgeboekt naar een onderneming waar de dochter van de toenmalige president van Oezbekistan achter zat. ING meldde dit alles te laat en deed onvoldoende onderzoek naar wie de feitelijk eigenaar was van de onderneming, die al in een eerder onderzoek door het Nederlandse OM (en de Amerikaanse toezichthouders) met een miljoen dollar boete was getransigeerd. ING gaf aan de compliance-risk te weinig aandacht ('business boven compliance'). Het OM stelde (onbestreden) vast dat het 'hogere' management de betreffende afdelingen niet 'in de hand' had, zodat geen feitelijke leidinggevers konden worden aangewezen. Daarom treft OM de ING Nederland geheel als bedrijf. De hoogte van de boete, waarover hierna, was opgebouwd uit een transactiebedrag van € 675 miljoen met als grondslag de 'geschokte rechtsorde' en een ontneming van € 100 miljoen. Daarnaast heeft de bank toegezegd compliancemaatregelen te zullen nemen. Het ging om buitengewoon ernstige feiten, aldus het OM. Als systeembank draagt de bank een grote verantwoordelijkheid, die verder gaat dan klanten en aandeelhouders.⁴⁹ Het gaat ook om de betrouwbaarheid van het Nederlandse financiële stelsel en daarbij behoort de bank bij te dragen aan de integriteit daarvan. In de verantwoording van de opgelegde afdoening wordt betrokken dat de bank heeft meegewerkt met het onderzoek naar de verweten feiten, grootschalig herstelwerkzaamheden heeft verricht en verbeteringen aangebracht, waarop DNB toezicht houdt.⁵⁰ Het gaat hier om een transactie, waarvan de rechtsgrond is te vinden in artikel 74 Sr. De vertegenwoordigers van ING hebben schuld erkend en vervolgens ingestemd met de voorwaarden van het OM. Daarmee is in deze zaak vervolging voorkomen en beëindigd.⁵¹ Hoewel het overeengekomen bedrag niet gering mag worden genoemd, past het wel in een trend die is ingezet met de zaak tegen de Rabobank inzake Libor, waarin deze bank in oktober 2013 met het OM overeenkwam 70 miljoen euro te betalen wegens ontoelaatbare (pogingen tot) manipulaties van de dagelijkse inzendingen voor de internationale rentetarieven Libor en Eurobor over de jaren 2006 tot en met 2011. De Rabobank werkte ook daar volledig mee aan het onderzoek, heeft haar organisatie onder toezicht oog van DNB aangepast en personele maatregelen genomen.⁵² Daarnaast diende de Rabobank ook nog 'af te

47. Internetconsultatie Implementatie verdere aanpak ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering. De consultatie was geopend op 11 december 2018 en sloot op 15 januari 2019 (<https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingaml4>).

48. AFM, *Leidraad Wwft, Wwft BES en Sanctiewet*, 25 juli 2018. Van belang is op te merken dat uitdrukkelijk op de (gewijzigde) Sanctiewet 1977 wordt gewezen, welke wet veelal een slapend bestaan lijkt te hebben gehad, maar thans door de gewijzigde politieke situatie waarin eenzijdig (VS) of collectief (EU) handelssancties worden uitgevaardigd, van pas zal komen.

49. Opgemerkt moet worden dat de aandeelhouders wellicht mede hebben geprofiteerd van het betere resultaat (dividend) van de bank dan in het geval ING zich aan de wet- en regelgeving had gehouden. Hier lijkt een taak voor de aandeelhouders te zijn weggelegd.

50. Mede ontleend aan het bericht van het Landelijk en Functioneel Parket van 4 september 2018; het verwijst naar het onderzoek onder de codenaam Houston, waarin een uitgebreide feitenrelaas is te vinden en de overeenkomst, die als bijlage is opgenomen. Zie de website van het OM, onder OM.nl/hoge transacties.

51. Zie nader het themanummer van *Sanctierecht & Onderneming*, 2018, nr. 2/3: 'De transactie'.

52. Overigens is de CEO van de ING niet opgestapt, maar heeft de CFO – wellicht onder druk – de eer aan zichzelf gehouden. Het effect van de

rekenen' met buitenlandse toezichthouders en het Department of Justice in de Verenigde Staten. De opgelegde boete is daarop mede afgestemd. Daarna volgden transacties tussen het OM inzake Vimpelcom en Telia Company.⁵³ Een stijgende trend is waarneembaar.⁵⁴ Maar is dit ook een gewenste ontwikkeling: buiten de schijnwerpers van een publieke strafzaak, weliswaar met advocaten, maar toch. Dient het publiek belang niet een openbare rechtszaak? Anderzijds is een betrekkelijk snelle 'afdoening' door het OM (tijdwinst) van de zaak en voor de verdachte het bespaard blijven voor een telkens terugkerende 'naming and shaming' ook een voordeel, zeker als verweten feiten niet allemaal uit de lucht zijn gegrepen en de verdachte van de zaak af wil zijn?⁵⁵ De meningen zijn verdeeld.

Literatuur

Recentelijk is een aantal boeken verschenen die het vermelden waard zijn. Het eerste is het *Handboek Handel met voorwetenschap*. Het onderwerp wordt terecht tot de 'klassieke kern van het financieel sanctierecht' gerekend en van vele zijden wordt dat in dit boek indringend belicht. Sinds vijftien jaar geleden het proefschrift van Kristen verscheen (*Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, 2004) hebben wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur niet stilgestaan. In dit nieuwe boek (Recht en Praktijk - Financieel Recht, onder redactie van R.M.I. Lamp en M. Nelemans), worden deze ontwikkelingen beschreven, van commentaar voorzien en op de hoogte van de tijd gebracht door een keur aan schrijvers in zes delen, veertien hoofdstukken met als bijlagen de Europese regelgeving.

Het tweede boek dat de aandacht verdient, is het Rotterdamse proefschrift van Pijls, jurist en econometrist, *Misleidende beursberichten. Kwesties van causaal verband de schade*. Het behandelt de vraag hoe ontstane schade na de misleiding van beleggers moet worden vastgesteld. Als uitgangspunt nam hij de stelling 'als de koers is beïnvloed, is ook de beleggingsbeslissing beïnvloed'. Maar, zo eenvoudig als deze stelling is, zo eenvoudig is de oplossing niet te bereiken. Als voorbeeld voor de berekening van de schade kijkt hij naar de wijze waarop in de Verenigde Staten met (massa)claims wordt omgegaan.

In december 2018 verschenen twee preadviezen voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, waarin S.M.C. Nuijten en R. Stijnen de *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses* bespreken (serie vanwege het Van der Heijden

Instituut, deel 155, Deventer, 2018). Nuijten beschrijft het toezicht en de handhaving door de AFM en DNB en de ontwikkelingen in de rechtsbescherming. Zij constateert dat partijen minder bereid zijn te procederen en beschrijft het verschijnsel van informele handhaving en het gebruik van data in het toezicht. Stijnen vergelijkt de bestuursrechtelijke boete aan de hand van een vergelijking met strafrechtelijke rechtsbescherming. Ten slotte is kortgeleden de tweede druk van het voor de praktijk uiterst nuttige met veel voorbeelden verrijkte *Werkboek WWFT, AML Practice Guide* verschenen van de hand van B. Snijder-Kuipers e.a. (Den Haag, 2018).⁵⁶

Milieustrafrecht

Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans

Jurisprudentie: strafoplegging

Ook de tweede helft van het afgelopen jaar heeft weer een paar interessante uitspraken opgeleverd. Zo wees het Gerechtshof te Amsterdam op 31 juli 2018 een arrest waar het heeft geoordeeld dat het vervolgen van het op straat gooien van een blikje niet in strijd is met de beginselen van een goede procesorde.⁵⁷ Door de verdediging was betoogd dat deze vervolging in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, aangezien er veel afval op straat wordt gegooid en het merendeel van deze daders, in tegenstelling tot de verdachte, niet wordt vervolgd. Daarnaast zou vervolging in casu strijdig zijn met het beginsel van een redelijke belangenafweging, aangezien het vervolgingsbeleid van het OM zich om diverse redenen niet (mede) moet richten op bagateldelicten zoals in casu aan de orde. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel sneuvelt omdat daders van soortgelijke feiten wel degelijk worden vervolgd als er voldoende bewijs voor is. Daarnaast is het hof het niet eens met de conclusie van de verdediging dat het in casu om een bagateldelict gaat. Burgers hebben immers een verantwoordelijkheid om hun afval niet op straat te gooien en het is de taak van het strafrecht deze verantwoordelijkheid hard te maken en af te dwingen door middel van een passende sanctiëring! Hiermee wordt maar weer eens duidelijk dat wat voor de één geldt niet altijd ook voor de ander geldt en dat men dus op voorhand niet zomaar ervan uit kan gaan dat iets wat de één minder belangrijk vindt, ook door een ander als minder belangrijk wordt aangemerkt.

Een andere uitspraak die wel wat stof heeft doen opwaaien is HR 16 oktober 2018.⁵⁸ In deze zaak gaat het om het medeplegen van het voorhanden hebben van aanzienlijke hoeveelheden professioneel vuurwerk, te weten bijna 12.000 kg zonder dat aan de wettelijke eisen is voldaan. Het OM eist in eerste aanleg voor deze vergrijpen dertig maanden gevangenisstraf waarvan tien maanden voorwaardelijk. De rechtbank veroordeelde de

transactie lijkt volgens waarnemers ook te worden dat, ondanks een beter resultaat van ING dan analisten hadden voorzien over 2018, de bonus voor individuele medewerkers zal 'verdampen'.

53. Inzake Vimpelcom werd in februari 2016 de hoogte van de transactie bepaald op bijna 400 miljoen dollar ter zake van corruptie en valsheid in geschrift; in de zaak Telia werd in september 2017 een bedrag ter hoogte van 274 miljoen dollar overeengekomen ter zake van ambtelijke omkoping en valsheid in geschrift.

54. Zie ook de reconstructie in het *FD* van 8 december 2018, waarin ING 'dacht weg te komen met een boete van 25 miljoen euro, maar het werd 775 miljoen euro'.

55. Vgl. de procedures die in de Delta Lloyd-affaire zijn aangespannen.

56. De tekst van dit boek is afgesloten op 25 juli 2018.

57. ECLI:GHAMS:2018:2828.

58. ECLI:NL:HR:2018:1944, *NJ* 2018/455, m.nt. Vellinga, en *JM* 2018/156, m.nt. Pieters.

verdachte tot een voorwaardelijke vrijheidsstraf en een geldboete van € 7.500. Tegen dit vonnis ging het OM in hoger beroep. Opnieuw werd een gevangenisstraf geëist van dertig maanden waarvan tien maanden voorwaardelijk. Het hof volstond vervolgens met een schuldigverklaring zonder toepassing van straf. Het hof overwoog daarbij het volgende. De verdachte heeft samen met anderen een aanzienlijke hoeveelheid professioneel vuurwerk voorhanden gehad, terwijl hij niet heeft voldaan aan de wettelijke eisen die worden gesteld met het oog op de veiligheid en het veilig gebruik van dit vuurwerk. Met het opslaan van circa 12.000 kilo flowerbeds in een container en circa 200 kilo flowerbeds in vervoermiddelen heeft de verdachte voor andere mensen en goederen een zeer gevaarlijke situatie in het leven geroepen. De overheid tracht door middel van milieu- en veiligheidsvoorschriften de kans op calamiteiten zoveel mogelijk te beperken. Door aldus te handelen heeft de verdachte onverantwoorde risico's genomen. Het hof rekent het de verdachte dan ook aan dat hij met zijn investering slechts oog heeft gehad voor zijn eigen financiële situatie, terwijl hij zich geen rekenschap heeft gegeven van de ernstige gevaren met de nodige risico's die hij heeft veroorzaakt. Daarnaast heeft het hof acht geslagen op de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, waarbij het hof in aanmerking nam dat de verdachte niet eerder voor soortgelijke feiten is veroordeeld en dat de bewezen verklaarde feiten reeds geruime tijd geleden hebben plaatsgevonden. Aan de overschrijding van de redelijke termijn besteedt het hof vervolgens uitvoerig aandacht. Het hof constateert niet alleen dat de redelijke termijn met ruim drie jaar is overschreden, in het verlengde daarvan krijgt het Functioneel Parket een flinke veeg uit de pan, daar waar het hof stelt dat 'meerdere vergelijkbare zaken die onder (eind)verantwoordelijkheid van het functioneel parket zijn uitgevoerd een weinig voortvarende aanpak laten zien voordat ze uiteindelijk bij de rechtbank worden aangebracht. Telkens is het tijdsverloop onverklaarbaar, laat staan te rechtvaardigen. Dat is een zorgwekkende constatering ook in onderhavige zaak als één van een reeks vergelijkbare zaken.'

Hoewel de overschrijding van de redelijke termijn zeer aanzienlijk en onverklaarbaar was, stelt het OM in cassatie dat de toepassing van artikel 9a Sr niet te rijmen is met de daarnaast door het hof gebezigde uiteenzetting over hoe ernstig de bewezen verklaarde feiten waren. De A-G Machielse is het met het OM eens daar waar hij opmerkt dat het hof geen duidelijkheid heeft verschaft over de gevolgen van de termijnoverschrijding voor de verdachte en bovendien motiveert het hof niet op welke gronden het tot een zo vergaandere vermindering dan gebruikelijk van een op zichzelf passende straf is overgegaan. Vellinga merkt in zijn noot op dat de A-G Machielse de overwegingen van het hof zo leest dat de schending van de redelijke termijn hiervoor bepalend is geweest, maar dat die overwegingen ook anders kunnen worden geïnterpreteerd.⁵⁹ Het hof wijst namelijk ook

nadrukkelijk op de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, in het bijzonder zijn slechte medische conditie en op het feit dat hij niet eerder voor vergelijkbare feiten is veroordeeld en de feiten inmiddels gedateerd zijn. 'Alles afwegende, ziet het hof aanleiding onder toepassing van artikel 9a Sr te bepalen dat geen straf of maatregel wordt opgelegd.' Met name het gebruik van de termen 'alles afwegende' vormt voor de Hoge Raad een reden om tot de conclusie te komen dat het hof zijn beslissing toereikend heeft gemotiveerd. Blijkbaar heeft het hof zijn beslissing om artikel 9a Sr toe te passen gebaseerd op de grond dat met de bestraffing van de verdachte geen met de strafrechtstoepassing na te streven redelijk doel meer wordt gediend. Een terminologie die het hof kennelijk heeft ontleend aan artikel 2 Gratielwet, aldus Vellinga in zijn noot. Vellinga merkt verder op dat overschrijding van de redelijke termijn kan worden gerekend tot omstandigheden die zich na het feit hebben voorgedaan, en dat de mate waarin de straf ter compensatie kan worden verminderd door de Hoge Raad niet mede afhankelijk is gemaakt van de ernst van het feit.⁶⁰ Immers, ongeacht de ernst van het feit leidt overschrijding van de redelijke termijn met ten hoogste een half jaar tot vermindering van straf met 5%, bij een jaar tot een vermindering van 10%, en onder omstandigheden kan die overschrijding zo groot zijn dat de straf met 100% moet worden verminderd, waartoe artikel 9a Sr een mogelijkheid biedt. Vellinga stelt zich vervolgens de vraag of dit nu betekent dat ook in geval van ernstige strafbare feiten louter overschrijding van de redelijke termijn tot toepassing van 9a Sr kan leiden. Hij beantwoordt de vraag ontkennend omdat de Hoge Raad een veiligheidsventiel heeft ingebouwd: de strafvermindering mag nimmer meer dan zes maanden bedragen.⁶¹ Hierdoor zal een compensatie van overschrijding van de redelijke termijn waarbij de gevangenisstraf wordt verminderd met jaren, de begrijpelijkheidstoets in cassatie niet spoedig kunnen doorstaan.

Dat het voorgaande arrest van hof en Hoge Raad een uitzondering op de regel is en echt een uitzonderlijke situatie betreft, blijkt uit een uitspraak van datzelfde Hof Amsterdam van 4 september 2018.⁶² In die zaak ging het eveneens om het voorhanden hebben en vervoeren van een grote hoeveelheid vuurwerk, waaronder onder meer 2088 cobra's. In die zaak overweegt het hof 'dat de ernst van de bewezenverklaarde feiten rechtvaardigt, mede in het licht van de straffen die in soortgelijke gevallen plegen te worden opgelegd, zonder meer een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van aanzienlijke duur.' In casu was de eis 24 maanden waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren. Door de rechtbank was opgelegd een gevangenisstraf voor de duur van 15 maanden waarvan vijf maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren. Door het hof wordt in hoger beroep uiteindelijk 24 maanden opgelegd, waarvan acht maanden voorwaardelijk met

59. NJ 2018/455, m.nt. Vellinga.

60. Anders Pieters in zijn annotatie in JM 2018/156.

61. HR 17 juni 2008, NJ 2008/358, r.o. 3.6.2. onder B.

62. ECLI:NL:GHAMS:2018:4479.

een proeftijd van twee jaar. Het hof gaat dus vrij stevig over de door de rechtbank opgelegde straf heen en rechtvaardigt dat met een beroep op de gevaarzetting voor mens en milieu.

Jurisprudentie: afvalstoffen

In Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2018 gaat het om een groenrecyclingbedrijf dat groenafval inname van gemeenten, bedrijven (waaronder hoveniers en aannemers) en particulieren.⁶³ Het groenrecyclingbedrijf staat op de VIHB-lijst en had een vergunning voor het innemen van dit afval. Dit bij het bedrijf ingeleverde afval werd gezeefd en vervolgens geleverd aan bedrijven en personen. Die gebruikten de geleverde zeefgrond, bestaande uit grond, aarde en maaisel/gras, als structuurverbeteraar voor landbouwgrond. De bedrijven en personen aan wie deze materialen geleverd werden stonden niet op de VIHB-lijst en waren derhalve niet bevoegd om afvalstoffen te ontvangen. De vraag die derhalve door het hof diende te worden beantwoord is of de geleverde materialen kunnen worden aangemerkt als bedrijfsafvalstoffen of dat er een uitzondering of vrijstelling van toepassing is. De eerste uitzondering wordt gevormd door artikel 10.1a, lid 1, aanhef en onder f Wet milieubeheer, waarbij de materialen zouden moeten kwalificeren als uitwerpselen. Het hof concludeert dat daarvan geen sprake is aangezien niet is gebleken dat de gestorte materialen allemaal afkomstig zijn uit de landbouw of bosbouw. De materialen waren immers afkomstig van gemeenten, hoveniers en particulieren en bovendien werden de materialen op het terrein van het groenrecyclingbedrijf bewerkt en samengevoegd met andere partijen waarvan de herkomst niet vast stond. Een andere uitzondering waarop een beroep wordt gedaan is dat sprake is van compost in de zin van artikel 1, lid 1, onder f Uitvoeringsbesluit Meststoffen. Ook op dit punt komt het hof tot de conclusie dat geen sprake is van compost aangezien niet is gebleken van een homogeen en stabiel eindproduct. Ten slotte wordt nog gekeken of er sprake is van het toepassen van grond in de zin van het Besluit Bodemkwaliteit. Ook daarvan is volgens het hof geen sprake, aangezien in dat geval bepaald dient te worden dat de kwaliteit van de grond met inbegrip van emissiewaarden moet blijken uit een milieu-hygiënische verklaring, en die ontbrak.

In Hof Den Haag 12 december 2018 staat de vraag centraal of de door de verdachte ingezamelde stookolie (bunkerolie) in casu als afvalstof moest worden gekwalificeerd.⁶⁴ De verdediging stelde zich op het standpunt dat dat niet zo was, aangezien het ging om stookolie aan boord van een schip. In casu ging het om ongeveer 200 ton brandstof die werd geleverd aan een schip in opdracht van de verdachte. Het schip heeft op de stookolie gevaren, maar de stookolie bleek niet te voldoen, als gevolg waarvan grote problemen ontstonden met de filters, zeven en settlingtanks. Als gevolg daarvan heeft de verdachte het schip de opdracht gegeven om de stook-

olie te debunkeren en de bunkers verkocht aan een medeverdachte. Het hof wijst in dit verband nog erop dat geen sprake is van het retourneren door de oorspronkelijke afnemer van een partij ‘off spec’ stookolie aan de leverancier met het oog op terugbetaling van de aankoopprijs. In casu gaat het om het doorverkopen van een partij onbruikbare stookolie. Hoewel de verdachte zich erop beroept dat de partij stookolie wel bruikbaar was voor korte afstanden, hetgeen ook zou blijken uit een expertiserapport, komt het hof op basis van de verklaringen tot de conclusie dat ‘aan de resterende stookolie zodanig grote beperkingen en bezwaren kleefden dat in redelijkheid niet gesproken kan worden van een geschikte brandstof die voldoet aan de daaraan te stellen eisen.’ Daarbij merkt het hof nog op dat ‘de omstandigheid dat de olie “on spec” was daaraan niet afdoet, en ook de conclusie dat de brandstof gelet op de aan de onderzoeker ter beschikking gestelde informatie in alle opzichten een goede brandstof was dat niet anders maakt, omdat de analyse beperkt was en bovendien voorbijgaat aan de in de praktijk gebleken gebreken.’

De Rechtbank Rotterdam heeft zich in een vonnis van 17 oktober 2018 gebogen over de vraag of voor het inzamelen van het olie- en chemicaliënhoudend afvalwater van een motortanker een begeleidingsbrief verstrekt moest krijgen of dat volstaan kon worden met het opmaken van een S-formulier.⁶⁵ Het ging in casu om een partij met afvalwater vermengde ruwe olie, afkomstig van een booreiland waar groot onderhoud had plaatsgevonden. Daarbij zijn pijpleidingen aangelegd welke destijds zijn gevuld met water en chemicaliën om deze te inspecteren op mogelijke lekken en te beschermen tegen corrosie. Dit afvalwater, tevens bestaand uit oliehoudende slocs, is verpompt en vermengd geraakt met ruwe olie. Deze partij werd verkocht en in de koopovereenkomst wordt melding gemaakt van ‘abnormal water en chemicals of the relevant lifting’ en er wordt gesproken van een ‘off spec’ partij. Bij de beantwoording van de gestelde vraag is niet in geschil of het gaat om een gevaarlijke afvalstof. Relevant is op welk moment deze afvalstof is ontstaan. Immers, indien een schip zich ontdoet van afvalstoffen die aan boord van het schip zijn ontstaan dient gebruik gemaakt te worden van het zogenoemde S-formulier. Is sprake van scheepsafvalstoffen die bij het in bedrijf zijn of bij het onderhoud van een schip aan boord zijn ontstaan, kwalificeren ze als afvalstoffen en is een begeleidingsbrief vereist. De rechtbank concludeert dat het betreffende met ruwe olie vermengde afvalwater is ontstaan in de pijpleidingen tussen het offshoreplatform en de opslagterminal en van daar is verpompt naar de opslagterminal alwaar het (verder) is vermengd met ruwe olie. Het afvalwater is derhalve niet ontstaan aan boord van een schip en om die reden alleen al is geen sprake van een scheepsafvalstof. In het verlengde daarvan merkt de rechtbank nog op dat het in casu gaat om afvalwater uit pijpleidingen dat daarna is opgeslagen op de wal alwaar het is vermengd met ruwe olie. ‘Door die vermenging heeft het afvalwater de status

63. ECLI:NL:GHARL:2018:10122.

64. ECLI:NL:GHDHA:2018:3444.

65. ECLI:NL:RBROT:2018:8848.

afvalstof niet verloren, aangezien vermenging niet is aan te merken als een behandeling voor nuttige toepassing en wordt de eind afvalstatus niet bereikt', aldus de rechtbank. Ook de enkele omstandigheid dat het afvalwater is aangeleverd per schip en op dit schip is gescheiden van de ruwe olie, kan niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een scheepsafvalstof. De conclusie luidt dan ook dat bij het inzamelen van het afvalwater een begeleidingsformulier verstrekt had moeten worden en niet kon worden volstaan met een S-formulier.

Ten slotte is nog vermeldenswaard een andere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin het ging om de overbrenging van niet-thermisch gereinigd asfaltgranulaat naar Litouwen.⁶⁶ Vast is komen te staan dat de partij asfaltgranulaat in Nederland werd aangemerkt als een bedrijfsafvalstof. Het bedrijf dat het asfaltgranulaat in Litouwen heeft ingevoerd en ontvangen beschikte niet over de vereiste vergunningen om het afval te verwerken in Litouwen. Reeds om die reden is de overbrenging naar Litouwen in strijd met artikel 23 Kaderlichtlijn 2008/98/EG. 'De stelling van verdachte dat in Litouwen andere normen gehanteerd worden ten aanzien van de samenstelling van het asfaltgranulaat en dat gelet daarop de onderhavige partijen zonder nadere bewerking in Litouwen als grondstof in de wegenbouw konden worden toegepast, kan daaraan niet afdoen. Op het moment van overbrenging van Nederland naar Litouwen was immers sprake van een afvalstof en diende aan de daarvoor geldende regels te worden voldaan', aldus de rechtbank.

Cybercrime

Verzorgd door mr. J. Boonstra-Verhaert

Wetgeving

Hoewel de Wet Computercriminaliteit III reeds op 21 september 2018 in het *Staatsblad* is gepubliceerd, is deze nog niet in werking getreden op het oorspronkelijk geplande moment, namelijk per 1 januari 2019. De verwachting is dat dat per 1 juni a.s., of mogelijk eerder, zal geschieden.

Op 28 september 2018 is ter uitvoering van de Wet Computercriminaliteit III het Besluit houdende regels over de uitoefening van de bevoegdheid tot het binnendringen in een geautomatiseerd werk en het al dan niet met een technisch hulpmiddel onderzoek doen als bedoeld in de artikelen 126nba lid 1, 126uba lid 1 en 126zpa lid 1 Wetboek van Strafvordering (Besluit onderzoek in een geautomatiseerd werk) gepubliceerd. Het besluit bevat regels over de uitoefening van de bevoegdheid tot het binnendringen in een geautomatiseerd werk en het al dan niet met een technisch hulpmiddel onderzoek doen.

Op 9 november 2018 is het overgrote deel van de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni) in

werking getreden. Deze Cybersecuritywet geeft regels ter uitvoering van Richtlijn 2016/1148 houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerk- en informatiesystemen in de Unie (NIB-richtlijn). Vanaf dat moment moesten aanbieders van essentiële diensten (AED's) en digitale dienstverleners (DSP's) aan de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni) voldoen.

Samen met de Wbni is op 9 november 2018 ook het Besluit beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Bbni) in werking getreden. In het Bbni worden onder meer de vitale aanbieders aangewezen die onder de reikwijdte vallen van de verplichtingen van de Wbni.

Op grond van de Wbni geldt voor vitale aanbieders en aanbieders van essentiële diensten (AED's) een meldplicht bij het NCSC in geval van ernstige incidenten. Aanbieders van essentiële diensten (AED's) melden ook bij hun sectorale toezichthouder. Digitale dienstverleners melden bij het Computer Security Incident Response Team digitale dienstverleners (CSIRT DSP's). Daarnaast bevat de wet voor aanbieders van essentiële diensten (AED's) en digitale dienstverleners (DSP's) de zorgplicht. Zij dienen maatregelen te nemen om de kans en gevolgen van digitale incidenten te verkleinen. De Wet gegevensverwerking en meldplicht cybersecurity (Wgmc) is in de Wbni opgenomen.

Binnen de wet fungeert het NCSC als CSIRT voor AED's en als nationaal contactpunt voor EU-lidstaten. De CSIRT-taken voor DSP's zullen worden uitgevoerd door een onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Dat onderdeel zal vanaf 1 januari 2019 operationeel zijn. Met het oog daarop bepaalt artikel 2 van het besluit dat de aanwijzing in artikel 1 van de minister van Economische Zaken en Klimaat als het CSIRT voor digitale diensten en de bepalingen van de Wbni en het Bbni die betrekking hebben op de taken van dat CSIRT, in werking treden op 1 januari 2019. Die datum geldt dus onder meer voor de uitoefening van de taak van dat CSIRT om DSP's advies en bijstand te geven en voor de verplichting voor DSP's om ernstige ICT-incidenten onverwijld te melden bij dat CSIRT (artikel 13, eerste lid, onderdeel a, Wbni). Daarentegen traden voor DSP's de beveiligingseisen van de artikelen 7 en 8 Wbni en de verplichting om ernstige ICT-incidenten onverwijld te melden bij de bevoegde autoriteit (artikel 13, eerste lid, onderdeel b, Wbni) reeds op 9 november 2018 in werking.

De Wbni, die aanvankelijk als citeertitel Cybersecuritywet had, maar bij amendement de naam Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen heeft gekregen, strekt ter uitvoering van de NIB-richtlijn, waarbij NIB staat voor Netwerk- en Informatiebeveiliging. De lidstaten moesten op 9 mei 2018 aan deze richtlijn voldoen door deze waar nodig in hun regelgeving om te zetten. Doel van de richtlijn is binnen de EU meer eenheid creëren in het beleid over netwerken informatiebeveiliging.

66. Rb. Rotterdam 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9896.

Op 14 november 2018 is de Verordening eu-LISA⁶⁷ opgesteld, waarmee een agentschap wordt opgericht. De verordening moet het vermogen van het agentschap om bij te dragen tot grensbeheer, samenwerking inzake rechtshandhaving en beheer van migratie in de EU verder ontwikkelen. Het agentschap zal ook een rol spelen bij de uitvoering van nieuwe IT-architectuur op het gebied van justitie en binnenlandse zaken.

Jurisprudentie

Rechtbank Rotterdam 26 juli 2018 betreft de zogenaamde Coinvault-zaak, waaruit de eerste veroordeling voor ransomware in Nederland is gevolgd.⁶⁸ De verdachten in deze zaak hebben malware als ‘trojan’ verspreid. In dit geval was de kwaadaardige software vermomd als commerciële software en ‘sleutel-generatoren’ die in nieuwsgroepen gratis konden worden gedownload. Nadat duizenden computers waren besmet activeerden de verdachten de cryptoware en eisten ze € 250 in bitcoin van hun slachtoffers. De twee verdachten zijn veroordeeld tot 240 uur taakstraf en een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee jaar.

De Rechtbank Amsterdam heeft op 8 augustus 2018 een verdachte veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van drie jaar, waarvan een jaar voorwaardelijk met een proeftijd van drie jaar voor computervrederebreuk, afdreiging en het bezit van kinderpornografie.⁶⁹ De verdachte is, door het raden van antwoorden op beveiligingsvragen, binnengedrongen in 524 iCloud-accounts. Daarna heeft hij de wachtwoorden gewijzigd, zodat de accounts tijdelijk ontoegankelijk werden en vervolgens de back-ups van deze iCloud-accounts gedownload. Hiermee kwam de verdachte onder meer te beschikken over foto's, Whatsapp-historie, inloggegevens van een e-mailaccount, dropbox-, DigiD- en ING-accounts van zijn slachtoffers.

In Rechtbank Midden-Nederland 13 september 2018 is de verdachte veroordeeld tot een taakstraf van 240 uur wegens het hacken van de rioolinstallatie van de gemeente Lopik.⁷⁰ Na het inloggen op de server is een aanzienlijke hoeveelheid bestanden gewist, waardoor de rioolinstallatie enige tijd niet correct kon worden aangestuurd. Een aantal maanden later zijn met datzelfde programma rioolafsluiters dichtgezet en rioleringspompen aangezet en de daaropvolgende storingsmelding genegeerd.

De verdachte in Rechtbank Noord-Holland 27 september 2018 heeft zich gedurende een aantal jaren – en vanaf het moment dat hij hoofd ICT werd in toenemende mate – schuldig gemaakt aan grootschalige en langdurige benadeling van zijn werkgever, Stichting OCK

het Spalier.⁷¹ Samen met een ander heeft hij ruim negentig valse Vobis-facturen opgemaakt, waardoor de instelling steeds werd bewogen om aanzienlijke bedragen over te schrijven naar de bankrekening van de verdachte. Ook heeft de verdachte een grote rol gespeeld bij het valselijk (doen) opmaken van Computerlab-facturen. De verdachte heeft zich, door gedurende een aantal jaren veelvuldig en gestructureerd van buiten de Stichting OCK het Spalier in te loggen in meerdere mailboxen van zijn (voormalige) collega's, ook schuldig gemaakt aan computervrederebreuk. Hij wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 18 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk.

In Rechtbank Rotterdam 11 oktober 2018 is een aantal verdachten veroordeeld na het in georganiseerd verband klonen van modems van Vodafone Ziggo.⁷² Het onderzoek is gestart na informatie van de Canadese politie. De modemgegevens van honderden klanten van Ziggo zijn met behulp van malware gekopieerd en geplaatst op andere modems. Tegen betaling van een eenmalig bedrag van € 150 konden de afnemers van de gekloonde modems gratis internetten zolang de betalende klant wiens modem was gekloond een abonnement had. Een van de verdachten kloonde de modems en installeerde die bij zijn afnemers, nadat hij de modems bij een medeverdachte die bij Ziggo werkte, had ingekocht. Een andere medeverdachte, die via een onderaannemer in dienst was bij Ziggo, installeerde de gekloonde modems als de Ziggo-straatkast moest worden geopend om de internetverbinding mogelijk te maken. Hiermee hebben zij zich schuldig gemaakt aan het medeplegen van gekwalificeerde computervrederebreuk, het voorhanden hebben malware, gewoontewitwassen en listiglijk gebruikmaken van een telecommunicatiedienst.

Omkoping

Verzorgd door mr. dr. E. Sikkema

Veroordeling voormalig minister-president Curaçao houdt stand bij de Hoge Raad

Op 27 november 2018 deed de Hoge Raad uitspraak in de strafzaak tegen de voormalig minister-president van Curaçao.⁷³ De verdachte was op 21 juli 2017 door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba wegens onder meer passieve ambtelijke omkoping, valsheid in geschrift en witwassen veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie jaar en ontzetting uit het passieve kiesrecht. Een drietal cassatiemiddelen richt zich tegen de bewezenverklaring van passieve omkoping en de bewijsvoering van het hof. Het cassatieberoep wordt door de Hoge Raad verworpen, waarbij enkele interessante overwegingen worden gewijd aan de betekenis van de bestanddelen ‘bediening’ en ‘gift’.

67. Verordening (EU) 2018/1726 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 betreffende het Agentschap van de Europese Unie voor het operationeel beheer van grootschalige IT-systemen op het gebied van vrijheid, veiligheid en recht (eu-LISA), tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1987/2006 en Besluit 2007/533/JBZ van de Raad en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 1077/2011.

68. ECLI:NL:RBROT:2018:6153.

69. ECLI:NL:RBAMS:2018:5745.

70. ECLI:NL:RBROT:2018:4380.

71. ECLI:NL:RBNHO:2018:8415.

72. ECLI:NL:RBROT:2018:8506.

73. HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2157, NJ 2018/481.

Ten tijde van de strafbare feiten was de verdachte politicus op Curaçao, aanvankelijk als lid van de Eilandsraad. In 2010 richtte hij de politieke partij MFK op. Vanaf oktober 2010 was de verdachte de eerste minister-president van het land Curaçao, een functie die hij tot en met september 2012 bekleedde. In de strafzaak draait het om het aannemen van grote sommen geld van een bevriende zakenman. Uit politieonderzoek bleek dat deze zakenman betrokken was bij internationale drugshandel en een belangrijke figuur was binnen de Siciliaanse maffia. Het hof achtte bewezen dat deze giften aan de verdachte werden gedaan om hem te bewegen tot een voorkeursbehandeling voor de zakenman en de aan hem gelieerde bedrijven.

De tenlastelegging van de omkopingsfeiten was toegesneden op artikel 379 Wetboek van Strafrecht van de Nederlandse Antillen (SrNA). Dat artikel is in de kern gelijklopend aan artikel 363 (oud) van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, zoals dat luidde voor de inwerkingtreding van de Wet herziening corruptiewetgeving in 2001.⁷⁴

In cassatie wordt geklaagd dat het bewezenverklarde niet uit de bewijsvoering kan worden afgeleid, voor zover de verdachte zou zijn omgekocht om in zijn ‘bediening’ iets te doen of na te laten. De bewezenverklaring ziet namelijk op het aannemen van giften als eilandsraadslid, terwijl de bewijsvoering ziet op gedragingen die de verdachte verrichtte in de periode dat hij minister-president was. De Hoge Raad stelt vast dat deze klacht berust op de opvatting dat de ‘bediening’ in de zin van artikel 379 SrNA uitsluitend betrekking kan hebben op de functie van de ambtenaar ten tijde van het aannemen van de gift, en niet (mede) op een toekomstige functie van die ambtenaar. Die opvatting is volgens de Hoge Raad in haar algemeenheid onjuist. Mede gelet op de wetsgeschiedenis van artikel 363 Sr moet worden aangenomen dat het begrip ‘bediening’ ook het aannemen van giften in verband met handelingen te verrichten in een nieuwe ambtelijke functie, binnen het bereik van deze strafbepaling kan brengen. Dat de giften in het onderhavige geval waren gedaan om de verdachte iets te laten doen in zijn ‘bediening’, kon het hof onder meer afleiden uit een e-mail die de zakenman aan de verdachte had gestuurd in de periode tussen het aannemen van de giften en de daadwerkelijke oprichting van de MFK: ‘Tot nu toe heb ik jou heel veel gesteund zonder jou iets hiervoor te vragen maar het vereiste bedrag is heel groot en ik moet het op de één of andere manier terugkrijgen.’ Volgens de wetsgeschiedenis van artikel 363 Sr valt de omkoping van een ambtenaar tot gedragingen in een nieuwe ambtelijke functie inderdaad onder het *eerste* lid van de Nederlandse bepaling.⁷⁵ Een uitdrukkelijke vermelding van de ‘toekomstige bediening’ ontbreekt echter in het eerste lid, terwijl de ‘vroegere bediening’ daarin wel expliciet wordt vermeld. Die laatste vermelding wekt (kennelijk dus ten onrechte) de indruk dat de wetgever met het woord ‘bediening’ slechts het oog heeft

gehad op de huidige ambtelijke functie. Om die reden zou het aanbeveling verdienen om in het eerste lid (sub 1^o en 3^o) van artikel 363 Sr met zoveel woorden te spreken over de ‘huidige of toekomstige bediening’. Daarmee zou worden verduidelijkt dat het *tweede* lid alleen betrekking heeft op ‘toekomstige ambtenaren’, die ten tijde van het aannemen van de giften nog niet in enige ambtelijke functie waren aangesteld.⁷⁶

Een volgend cassatiemiddel klaagt onder meer over het oordeel van het hof dat sprake was van een ‘gift’ in de zin van artikel 379 SrNA. Gesteld wordt dat slechts sprake is geweest van donaties ten behoeve van de financiering van de op te richten partij MFK. De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar oude jurisprudentie over artikel 177 Sr (actieve ambtelijke omkoping) dat een ‘gift’ elk overdragen aan een ander omvat van iets dat voor deze ander waarde heeft.⁷⁷ Dat een gift wordt gedaan in het kader van bijvoorbeeld ‘fundraising’ staat niet eraan in de weg dat sprake kan zijn van een gift.⁷⁸ Uit de overwegingen van het hof blijkt dat de geldbedragen ook waarde hadden voor de verdachte indien zij geheel of gedeeltelijk zijn benut ter bestrijding van de kosten van de activiteiten van de MFK. Ook dit middel faalt. Hiermee is nog maar eens bevestigd dat voor de strafbaarheid van omkoping niet vereist is dat de ontvanger van de gift persoonlijk is bevoordeeld. Dat bleek ook al uit recente lagere rechtspraak over giften die aan anderen dan de verdachte ambtenaar waren gedaan, namelijk aan familieleden.⁷⁹ Deze benadering past bij het karakter van omkoping als ambtsmisdrijf. Anders dan bij vermogensmisdrijven is het hier immers niet de persoonlijke bevoordeling van de dader die centraal staat, maar de oneigenlijke beïnvloeding van de wijze waarop de ambtenaar zijn functie uitoefent.⁸⁰

Bijzondere wetgeving

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

Drank- en Horecawet

In de tweede helft van 2018 is een uitspraak verschenen over de toepassing van de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) in het verband van de Drank- en Horecawet (hierna: DHW), die een bespreking in deze kroniek waard is. In deze zaak heeft de burgemeester de aanvraag van een exploitatievergunning en een DHW-vergunning voor een discotheek afgewezen vanwege de aanwezigheid van een ernstig gevaar voor misbruik. Uit

74. Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2000, 616.

75. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 469, nr. 6, p. 2.

76. T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 56.

77. HR 25 april 1916, *NJ* 1916, p. 551.

78. HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8328. Zie naar aanleiding van o.a. dit arrest E. Sikkema, ‘Corruptie op Curaçao’, *DD* 2006/49, p. 695-718.

79. Rb. Overijssel 17 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2050, besproken in een eerdere editie van deze kroniek (2017, p. 179-180).

80. Zie ook E. Sikkema, ‘Omkoping in ontwikkeling: wetgeving, toepassing en handhaving’, *O&A* 2018/50, p. 148-156.

het advies van het Landelijk Bureau Bibob d.d. 15 mei 2015 blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar in de zin van artikel 3, eerste lid, aanhef, onder a en b, van de Wet Bibob. Ten aanzien van de ‘a-grond’ (‘witwasgrond’) komt het Landelijk Bureau Bibob tot de conclusie dat een ernstig vermoeden bestaat dat appellants sub 2 en appellants sub 3, die in een zakelijk samenwerkingsverband met appellants sub 1 staan, in de periode van 2008 tot en met 2012 in strijd met de belastingwetgeving hebben gehandeld en dat aan hen onherroepelijke vergrijpboetes zijn opgelegd. Hierdoor is er volgens het Landelijk Bureau Bibob een ernstig gevaar voor witwassen. Daarnaast bestaat ook een ernstig gevaar dat met de vergunningen strafbare feiten worden gepleegd. Er bestaat een ernstig vermoeden dat appellants sub 1 op tijdstippen na 2008 en 2009 de belastingwetgeving heeft overtreden, dat appellants sub 2 en appellants sub 3 in strijd met de belastingwetgeving hebben gehandeld, dat appellants sub 2 zich schuldig heeft gemaakt aan mishandeling, dat appellants sub 2 de Tabakswet heeft overtreden en dat appellants sub 3 in strijd met de DHW heeft gehandeld. In het aanvullende advies d.d. 2 september 2015 blijkt dat het Landelijk Bureau Bibob geen reden ziet voor herziening van het primaire advies. Op grond van deze adviezen worden de vergunningen door de burgemeester geweigerd om te verlenen (r.o. 3). In hoger beroep houden de besluiten van de burgemeester stand. Over de gehele linie ligt deze uitspraak in de lijn met de staande jurisprudentie van de Afdeling.⁸¹

In een andere zaak heeft de burgemeester wegens meerdere overtredingen van de DHW op grond van artikel 31, eerste lid, aanhef en onder b, DHW de vergunning ingetrokken. Er was namelijk niet meer voldaan aan de eis dat de vergunninghouders niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mogen zijn. De intrekking is eveneens gebaseerd op artikel 31, eerste lid, aanhef en onder c, DHW. In de inrichting is alcoholhoudende drank aan minderjarigen verstrekt en deze inrichting is bekend komen te staan als een horecabedrijf waar minderjarigen gemakkelijk aan alcoholhoudende drank kunnen komen. Een inrichting met een dergelijke aantrekkende werking levert een gevaar op voor de openbare orde, de veiligheid of de zedelijkheid. In dit verband heeft eveneens een Bibob-onderzoek plaatsgevonden, maar hier zijn geen belangwekkende conclusies uit voortgekomen. In hoger beroep wordt door de appellants alleen de handhaving van de intrekking van de DHW-vergunning bestreden. Het betoog van de appellants faalt. De Afdeling is van oordeel dat de burgemeester onvoldoende heeft gemotiveerd dat ook artikel 31, eerste lid, aanhef en onder b, DHW aan de intrekking ten grondslag mocht worden gelegd. Dat de appellants onachtzaam is geweest en na confrontatie met het feit dat hij overtre-

dingen van de DHW had begaan een onverschillige houding heeft aangenomen, betekent volgens de Afdeling niet dat daarmee is komen vast te staan dat hij van slecht levensgedrag is. Artikel 31, eerste lid, aanhef en onder c, DHW leverde evenwel op zich al voldoende grondslag op voor het intrekken van de vergunning. In de omstandigheid dat de appellants als gevolg van de intrekking geen inkomsten meer heeft, kon de burgemeester geen aanleiding vinden om van de intrekking af te zien. Artikel 31, eerste lid, aanhef en onder c, van de DHW is immers dwingend geformuleerd.⁸² De vergunning is aldus op goede gronden ingetrokken.

In een enigszins vergelijkbare zaak heeft de burgemeester van Amsterdam het verzoek van de appellants om verlenging van de exploitatievergunning voor een alcoholvrij bedrijf ten behoeve van coffeeshop afgewezen wegens slecht levensgedrag.⁸³ De burgemeester mocht in casu ver terugkijken en eerdere incidenten bij zijn beoordeling betrekken. Het gaat in het geval van de appellants om het betalen van een geldsom in verband met het verlaten van een plaats na aanrijding in 2009 en verschillende onherroepelijke veroordelingen, zoals in 2007 een veroordeling wegens het rijden onder invloed, in 2006 voor een opiumdelict, in 2004 voor openlijke geweldpleging tegen personen, en in 2003 voor het voorhanden hebben van een vuurwapen, categorie III, vernieling en diverse mishandelingen. De stelling dat de burgemeester erg arbitrair om zou gaan met het criterium ‘slecht levensgedrag’ en zich willekeurig zou voordoen heeft de appellants volgens de Afdeling niet met concrete situaties onderbouwd. Daarbij is van belang dat gelet op vaste jurisprudentie van de Afdeling niet is vereist dat de burgemeester bij de beoordeling van het levensgedrag uitsluitend feiten en omstandigheden mag betrekken die gerelateerd zijn aan de exploitatie van een inrichting. De burgemeester heeft zich op het standpunt mogen stellen dat er een patroon is van gepleegde strafbare feiten waardoor het levensgedrag van de appellants van dien aard is dat de openbare orde en het woon- en leefklimaat gevaar lopen door de aanwezigheid van de coffeeshop. In hoger beroep wordt de burgemeester in het gelijk gesteld.⁸⁴

Tot slot kan worden gewezen op een zaak, waarin handhavend – middels de oplegging van de last onder dwangsom – is opgetreden door de burgemeester wegens overtreding van artikel 2:34b, tweede lid, APV Deventer. Die bepaling verbiedt paracommerciële rechtspersonen, zoals voetbalverenigingen, om alcoholhoudende drank te verstrekken tijdens bijeenkomsten van persoonlijke aard en bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet direct bij de activiteiten van

81. ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2188, *Gst.* 2018/181, m.nt. Van der Vorm. Een andere zaak over de Wet Bibob is eveneens van belang, omdat hier de suggestie wordt gewerkt dat ter motivering van de mate van het gevaar ook bestuurlijke herstelsancties (de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) kunnen worden gebruikt. Zie ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, *AB* 2019/3, m.nt. Tollenaar.

82. ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2214, *JOM* 2018/746.

83. Andere zaken waarin DHW-vergunningen zijn geweigerd of ingetrokken zijn: ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2805, *JOM* 2018/964; ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2700, *Module Horeca* 2018/3024; ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3474; ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3487; ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4237; ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4277.

84. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2456, *Module Horeca* 2019/3013.

de rechtspersoon betrokken zijn. In casu mocht de last onder dwangsom worden opgelegd.⁸⁵ In een andere zaak is door de burgemeester bij besluit van 24 maart 2016 aan de appellante een bestuurlijke boete opgelegd van € 1.360, omdat tegen betaling alcoholhoudende drank is verstrekt aan een meerderjarig persoon, terwijl de alcoholhoudende drank kennelijk bestemd was voor een minderjarig persoon. Uit het controlerapport van 22 november 2015, dat deel uitmaakt van een boeterapport van 17 december 2015, volgt namelijk dat op de avond van controle ongeveer driehonderd personen aanwezig waren in de horecagelegenheid. Bij binnenkomst kreeg elke bezoeker boven de achttien jaar een polsbandje om. Vervolgens rapporteren de toezichthouders dat een meisje, dat geen polsbandje had en later zeventien jaar bleek te zijn, een jongen aansprak en hem geld gaf. De jongen plaatste een bestelling bij de barmedewerker die vervolgens een glas vulde met een alcoholhoudende drank. Het meisje stond volgens het controlerapport gedurende de bestelling achter de jongen. De jongen rekende de bestelling af waarna hij zich omdraaide naar het meisje. Het meisje seinde dat ze een rietje bij haar drankje wilde. Daarna nam de jongen het wisselgeld aan van de barmedewerker, waarop de jongen het drankje doorgaf aan het meisje. Volgens het controlerapport gebeurde dit in het zicht van het barpersoneel. Volgens de Afdeling heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het besluit zorgvuldig tot stand is gekomen, dat de bestuurlijke boete evenredig is en dat het besluit niet gebrekkig is gemotiveerd.⁸⁶

76

Wet op de kansspelen

De raad van bestuur van de Kansspelautoriteit (hierna: Ksa) heeft de exploitatievergunning van Kade 100 B.V. ingetrokken, omdat haar leidinggevende niet meer voldoet aan de krachtens artikel 30i, tweede lid, onder b, Wet op de kansspelen geldende eisen voor zedelijk gedrag. Er is een justitiële registratie, namelijk een nog niet onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling van 3 juni 2014 wegens uitlokking tot brandstichting en verzekeringfraude, terwijl de speelautomatenbranche kwetsbaar is voor door criminaliteit geschapen risico's. Gelet hierop acht de Ksa het onvoldoende aannemelijk dat de leidinggevende zich in de toekomst zal gedragen op een maatschappelijk aanvaardbare wijze. De zaak sneuvelt in hoger beroep. Het vonnis van de rechtbank is namelijk vernietigd en de leidinggevende is in hoger beroep vrijgesproken van de hem ten laste gelegde feiten. Gelet hierop moet het ervoor worden gehouden dat de leidinggevende, volgens de Afdeling, nooit veroordeeld is geweest. Daarmee is de grondslag van de motivering waarop het bestreden besluit rust, komen te vervallen. Daarom moet nu ervan worden uitgegaan dat er ook ten tijde van het bestreden besluit geen aanleiding was voor het oordeel dat de leidinggevende in enig opzicht van slecht levensgedrag is. De uitspraak waarbij het bestreden besluit in stand is gelaten, dient dan ook

85. ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2849, AB 2018/441, m.nt. Van Mil.

86. ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4085.

te worden vernietigd. Ten overvloede merkt de Afdeling op dat de Ksa bovendien naar aanleiding van het arrest van het gerechtshof het intrekkingbesluit heeft herroepen.⁸⁷

In een enigszins vergelijkbare zaak heeft de burgemeester met instemming van de Afdeling een vergunning voor het aanwezig hebben van twee kansspelautomaten op grond van de Wet op de kansspelen ingetrokken op advies van de politie. Volgens de burgemeester voldoen de appellant en een andere leidinggevende van het café niet aan de eis dat zij niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn.⁸⁸

Daarnaast kan worden gewezen op een zaak, waarbij bij besluit van 22 maart 2016 de Ksa de vergunning op grond van artikel 30k, tweede lid, Wet op de kansspelen heeft geweigerd, omdat de appellant in de drie jaren voorafgaande aan de aanvraag de Wet op de kansspelen heeft overtreden. De Ksa heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat de appellant in strijd met de voorschriften van de aanwezigheidsvergunning heeft gehandeld door in de snackbar vier kansspelautomaten aanwezig te hebben. Naast de twee aanwezige kansspelautomaten stonden twee internetzuilen, die volgens de Ksa ook als kansspelautomaten dienen te worden aangemerkt. Het handelen in strijd met de voorschriften van een aanwezigheidsvergunning is op grond van artikel 35c, vierde lid, Wet op de kansspelen een overtreding. De rechtbank heeft de in het bezwaar gehandhaafde weigering rechtmatig geacht. In hoger beroep wordt de appellant door de Afdeling in het ongelijk gesteld.⁸⁹

Naast de intrekking van vergunning op grond van de Wet op de kansspelen, kunnen op grond van deze wet eveneens bestuurlijke boetes worden opgelegd. Zo kan worden gewezen op een zaak, waarbij bij besluit van 4 november 2013 de Ksa aan de appellant A en de appellant B een boete opgelegd van € 150.000 voor het zonder vergunning aanbieden van online kansspelen. De Ksa heeft zich op het standpunt gesteld dat de appellant A en de appellant B online kansspelen via de website hebben aangeboden, terwijl zij daarvoor niet over een vergunning hebben beschikt en daarover ook niet konden beschikken, omdat het aanbieden van online kansspelen in Nederland nog niet is toegestaan. De Afdeling acht de boeteplegging rechtmatig en evenredig.⁹⁰

Opiumwet

In veel zaken waarbij de burgemeester toepassing geeft aan artikel 13b Opiumwet, is de conclusie dat de toepassing ervan rechtmatig wordt bevonden. In sommige gevallen krijgt de burgemeester echter niet het gelijk aan zijn of haar zijde. Zo ook in de volgende zaak. Appellant A en appellant B zijn eigenaren van een bedrijfspand te Baarle-Nassau. Zij verhuurden dit pand aan een persoon die daar een autoschadeherstelbedrijf exploiteerde. Op

87. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2413.

88. ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2805, JOM 2018/964.

89. ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2876.

90. ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3130. Een vergelijkbare zaak kan worden gevonden in ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3135.

3 juni 2016 heeft de Dienst Landelijke Recherche een inval bij dit bedrijfspand gedaan. Uit de bestuurlijke rapportage die de Dienst Landelijke Recherche op 13 juni 2016 ten behoeve van de burgemeester heeft opgemaakt, volgt dat bij de inval 24 blokken met in totaal 24 kg cocaïne zijn aangetroffen. De burgemeester heeft hierin aanleiding gezien om het pand op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet te sluiten voor de duur van twaalf maanden. De appellanten zijn van mening dat de sluiting onterecht is, omdat hun als verhuurders in casu geen verwijt kan worden gemaakt. De Afdeling gaat hierin mee. Het besluit van 29 november 2016 geeft er geen blijk van dat de burgemeester alle omstandigheden van het geval in samenhang heeft gezien. Er ontbreekt een motivering waarom deze omstandigheden tezamen geen bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb zijn. De burgemeester had in zijn besluit inzichtelijk moeten maken waarom het in dit geval niet onevenredig is om het bedrijfspand in overeenstemming met het Damoclesbeleid voor twaalf maanden te sluiten. Daarbij had hij in ieder geval moeten ingaan op de vraag of appellant A en appellant B een verwijt van de overtreding kan worden gemaakt en de vraag of, en zo ja, in hoeverre de sluiting voor twaalf maanden noodzakelijk was. De burgemeester heeft dit niet gedaan. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat het besluit van 29 november 2016 onvoldoende is gemotiveerd.⁹¹

Het is staande jurisprudentie van de Afdeling dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet geen ‘criminal charge’ oplevert.⁹² Uit de jurisprudentie van de tweede helft van 2018 blijkt dat dit uitgangspunt onveranderd is gebleven. Op 15 maart 2016 heeft de politie de woning die appellant A en anderen huurden doorzocht. Uit het proces-verbaal van bevindingen van 16 maart 2016 blijkt dat de politie daarbij twee xtc-tabletten, 0,5 gram amfetamine, 0,2 gram cocaïne en 20,7 liter GHB heeft aangetroffen. Xtc, amfetamine, cocaïne en GHB staan op lijst I die behoort bij de Opiumwet en staan dus bekend als harddrugs. De GHB is aangetroffen in de woning en in de schuur die in de achtertuin staat van de woning. Naar aanleiding van het aantreffen van deze middelen heeft de burgemeester op grond van artikel 13b van de Opiumwet de woning zes maanden gesloten. In hoger beroep wordt door de appellant onder andere betoogd dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet als een punitieve sanctie moet worden beschouwd. De eerste twee Engel-criteria wijzen volgens de Afdeling echter niet in de richting van een bestraffende sanctie. Ook indien het tweede en het derde criterium in samenhang worden gezien, bestaat onvoldoende aanleiding te oordelen dat het sluitingsbevel een bestraffende sanctie is. Verder bestaat tevens onvoldoende aanleiding om de last tot sluiting alleen op basis van de zwaarte van de maat-

regel als een bestraffende sanctie aan te merken. In dit verband wijst de Afdeling op het feit dat het EHRM in andere dan rijbewijszaken geen bestraffend karakter heeft aangenomen louter op grond van de zwaarte van de maatregel en op de omstandigheid dat de Afdeling in eerdere uitspraken een sluiting van twaalf maanden van een woning niet onevenredig heeft geacht.⁹³

Tot slot zij vermeld dat op 1 januari 2019 de wijziging van artikel 13b Opiumwet in werking is getreden. Die wijziging behelst de mogelijkheid voor de burgemeester om een woning, een lokaal of een daarbij behorend erf te sluiten indien daarin geen drugs, maar (kort gezegd) drugsapplicatiemiddelen zijn aangetroffen of een middel dat weliswaar nog niet is toegevoegd aan de bij de Opiumwet behorende lijsten, maar wel al krachtens artikel 3a Opiumwet is aangewezen als middel dat aan de lijsten zal worden toegevoegd.⁹⁴

Wet wapens en munitie

Twee discussies domineerden de afgelopen tijd in de rechtspraak over (legaal) wapenbezit. De eerste discussie betrof de vraag wanneer een voorwerp ‘sprekende gelijkenis’ met een vuurwapen vertoonde (zoals bedoeld in artikel 3 Regeling Wapens en Munitie, RWM), hoe dat door de rechter moet worden vastgesteld en op welke wijze een burger tevoren daarachter kan komen. De tweede discussie gaat over de toepasselijkheid van de Speelgoedrichtlijn (2009/48/EG).

In de vorige kroniek werd het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2018 reeds besproken.⁹⁵ In de afgelopen periode wees de Hoge Raad opnieuw twee arresten over deze vraagstukken met betrekking tot de Wet wapens en munitie. In HR 20 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2153, werd de verdachte vervolgd wegens het voorhanden hebben van een luchtdrukpistool (een Walther PPQ), zijnde een voorwerp dat volgens het OM wat betreft vorm en afmetingen een sprekende gelijkenis vertoonde met de Walther P99Q (een vuurwapen). Het bezit van een luchtdrukwapen is toegestaan, tenzij het sprekend op een vuurwapen lijkt. Dat was met betrekking tot de twee Walthers door de feitenrechters vastgesteld. In cassatie werd een beroep gedaan op het lex certa-beginsel met de stelling dat het voor een burger een onmogelijke zaak is tevoren erachter te komen dat een (legaal) luchtdrukwapen sprekend op een echt wapen lijkt. De Hoge Raad verwijst naar zijn arrest van 6 februari 2018 waarin is overwogen dat het moet gaan om een voorwerp dat wat betreft vorm en afmetingen niet of nauwelijks van een echt vuurwapen is te onderscheiden. Vervolgens passeert de Hoge Raad het cassatiemiddel, omdat artikel 3 RWM niet in strijd is met het lex certa-beginsel. Die bepaling maakt, mede gelet op hetgeen in het arrest van 6 februari 2018 omtrent de uitleg van die bepaling is overwogen, voldoende concreet duidelijk op welke voorwerpen zij ziet en stelt de

91. ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2241, AB 2018/337, m.nt. Tolle-naar.

92. Onder bijzondere omstandigheden kan de toepassing van artikel 13b Opiumwet evenwel een bestraffend karakter krijgen. Zie bijvoorbeeld A.E.M. van den Berg & J.H.A. van der Grinten, ‘Kroniek openbare-orde-recht 2018’, *Gst.* 2018, p. 980.

93. ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3663.

94. Wet van 12 december 2018, *Stb.* 2018, 481, *Kamerstukken* 34 763.

95. HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:163, *NJ* 2018/218, m.nt. Sackers.

burgers voldoende in staat hun gedrag daarop af te stemmen.

In HR 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2091, is ten aanzien van de vraag wanneer van speelgoed in de zin van de Speelgoedrichtlijn in verbinding met artikel 3 RWM sprake is, de knoop doorgehakt. De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen enerzijds voorwerpen die (voorzien van een CE-keurmerk) evident zijn ontworpen of bestemd om door kinderen jonger dan veertien jaar bij het spelen te worden gebruikt, en anderzijds imitaties van echte vuurwapens. De Hoge Raad oordeelt dat een voorwerp dat een imitatie is van een vuurwapen, geen speelgoed is. Vertoont een voorwerp naar vorm en afmeting een sprekende gelijkenis met het echte vuurwapen, dan is sprake van een imitatie. Indien een imitatievuurwapen is vervaardigd voor verzamelaars, en dat voorwerp (of de verpakking ervan) is voorzien van een zichtbare en leesbare aanduiding dat zij is bestemd voor verzamelaars van veertien jaar en ouder, kan dat voorwerp op grond van artikel 2, eerste lid tweede volzin, van de Speelgoedrichtlijn in verbinding met de bijlage bij deze richtlijn (Bijlage I, sub 2 aanhef en onder e) niet worden beschouwd als speelgoed, en is het bezit vanwege de sprekende gelijkenis in strijd met de Wet wapens en munitie. De vaststelling daarvan laat de Hoge Raad over aan de feitenrechter.

Een wapenverlof wordt slechts verstrekt of verlengd, als bij de aanvrager of de verlofhouder geen 'vrees voor misbruik' bestaat. Het heeft veel ervan weg dat in de rechtspraak van de bestuursrechter de wetwijziging doorklinkt waarmee de screening bij gewenst legaal wapenbezit is versterkt, ook in zaken waarin de verlening of de verlenging vóór de inwerkingtreding van de wetwijziging plaatsvond.⁹⁶ Zo werd in de afgelopen periode diverse keren tevergeefs getracht de bestuursrechter ervan te overtuigen dat de weigering ten onrechte was gebaseerd op 'vrees voor misbruik'.⁹⁷ Het weigeren dan wel intrekken van een verlof is volgens de bestuursrechter uitdrukkelijk geen strafrechtelijke sanctie, maar is een maatregel ter bescherming van de veiligheid in de samenleving. Tegen de achtergrond van het maatschappelijke belang, is daarom reeds geringe twijfel aan het verantwoord zijn van de te maken (of gemaakte) uitzondering, voldoende reden om een verlof niet te verlenen respectievelijk in te trekken. Die twijfel moet dan wel zijn gebaseerd op een objectief toetsbare motivering.⁹⁸

Tot slot wordt erop gewezen dat met ingang van 15 juni 2018 in werking is getreden de Circulaire wapens en munitie 2018, *Stcrt.* 2018, 32201, en dat wetsvoorstel 34 984 (wijziging van de Wet wapens en munitie in ver-

band met de Richtlijn (EU) 2017/853 inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens) nog in behandeling is bij de Tweede Kamer.

Varia

Verzorgd door mr. dr. J.S. Nan

De verdediging in strafzaken kan een dure aangelegenheid worden, als de verdachte niet op basis van gefinancierde rechtsbijstand door een raadsman wordt bijgestaan. In een eenvoudige zaak valt het veelal wel mee, maar in geval van een ingewikkelde zaak kan het aardig in de papieren lopen. Toch kan het geld aan de verdediging goed besteed zijn, als een gunstig (of minder ongunstig) resultaat wordt behaald. In geval de strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel, noch oplegging van het rechterlijk pardon, kunnen de kosten vervolgens in beginsel weer worden teruggevraagd aan de Staat der Nederlanden (zie artikel 591a Sv).

Als de verdachte de kosten van zijn verdediging 'gewoon' zelf draagt en hij niet veroordeeld wordt, dan worden alle kosten naar billijkheid in beginsel wel vergoed. Sommige raadkamers willen daarbij nog weleens op de kleintjes letten (bijvoorbeeld aangaande reistijd), maar de verdachte die voor onschuldig moet worden gehouden, wordt veelal welwillend ('billijk') behandeld. Moeilijker zijn de gevallen waarin de verdachte niet, of niet rechtstreeks, de kosten voor de rechtsbijstand heeft hoeven te voldoen. Het kan bijvoorbeeld heel goed zijn dat een werkgever of familielid de kosten draagt en dan is het soms maar de vraag of deze via de verdachte op de voet van artikel 591a Sv kunnen worden teruggehaald.

In belang der wet heeft A-G Vellinga daarom op 25 mei 2018 betoogd dat ook de kosten van rechtsbijstand van een gewezen verdachte die door een derde, zoals een werkgever, worden gedragen, voor vergoeding in aanmerking komen op de voet van artikel 591a Sv.⁹⁹ Bij arrest van 4 september 2018 volgt de Hoge Raad hem daarin.¹⁰⁰ De Hoge Raad verwijst eerst naar HR 1 mei 1973, *NJ* 1973/355, waarin hij had bepaald dat artikel 591a Sv plaats laat voor het toekennen van een vergoeding (toen nog: tegemoetkoming) van de door een gewezen verdachte geleden of verschuldigde kosten van een raadsman, indien deze krachtens een rechtsbijstandverzekering op de verzekeraar een vordering tot vergoeding van die kosten heeft. Daaraan voegt hij nu toe dat er geen goede grond bestaat om anders te oordelen indien de gewezen verdachte op grond van een andere rechtsverhouding zo een vordering heeft op een derde, zijnde bijvoorbeeld zijn werkgever. Aan de toekenning van een vergoeding staat evenmin in de weg dat de rechtsbijstandkosten door die derden worden gedragen.

Een belangrijke vraag die naar aanleiding van dit arrest te stellen is, is of de rechtsverhouding ook vrijwillig mag worden gecreëerd als blijkt dat rechtsbijstand nodig is,

96. Wet van 29 mei 2017 tot 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).

97. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2440; ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3197; ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3335.

98. ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3304, *AB* 2018/430, m.nt. Hendriks.

99. ECLI:NL:PHR:2018:930.

100. ECLI:NL:HR:2018:1428.

of dat deze dan al moet bestaan. Is het verplicht dat men al verzekerd was, of dat op de werkgever de verplichting al rustte? Mij lijkt een redelijke uitleg van het vergoedingsstelsel dat de rechtsverhouding waarvan de Hoge Raad spreekt, ook later mag (zijn) ontstaan. Een derde kan bijvoorbeeld na arrestatie van de verdachte aanbieden de kosten (vooralsnog) te dragen. Dat de rechtsverhouding op dat moment vrijwillig is ontstaan en niet voortvloeit uit een reeds bestaande (contractuele) verbintenis, maakt volgens mij niet uit en dat zou ook geen verschil moeten maken. Loopt de zaak immers niet goed af in de zin van artikel 591a Sv, dan is de gulle gever/voorschietter immers gewoon z'n geld 'kwijt'. Het lijkt mij niet meer dan billijk dat de Staat der Nederlanden uiteindelijk de rekening voldoet als blijkt dat de verdachte naar aanleiding van opsporing en eventueel berechting voor geen enkel strafbaar feit wordt veroordeeld. En, of dat geld nou naar de gewezen verdachte zelf gaat, of uiteindelijk naar een derde, doet hieraan niet af. In dergelijke gevallen is het 's Rijks kas die, links- of rechtsom, het verlies moet nemen. Zie verder ook de annotaties onder dit arrest van Verloop en Van Oort.¹⁰¹

101. Respectievelijk in *SR-updates* 2018-0316 en in *JIN* 2018/167.