

Voorwoord

prof. mr. R.M.I. Lamp

De tijd dat er een hoge muur stond tussen het strafrecht en het bestuursrecht ligt gelukkig al enige tijd achter ons. Door de snelle ontwikkeling van het punitief bestuursrecht en de veelvuldige kruisbestuiving tussen de gebieden is het financieel-economisch sanctierecht een uiterst boeiend rechtsgebied geworden. Gedurende de eerste fase van deze ontwikkeling was in de regel sprake van eenrichtingsverkeer: aspecten van het strafrecht werden overgenomen in het bestuursrecht. Dit is overigens nog volop aan de gang. We zitten nu echter in een tweede fase met tweerichtingsverkeer, waar in toenemende mate ook bestuursrechtelijke inzichten invloed uitoefenen op het strafrecht. Dit is natuurlijk niet nieuw, maar op belangrijke punten kan het wel tot vernieuwing leiden. Ik verwijs in dit kader graag naar de bijdrage van Hornman.

In dit nummer zijn artikelen opgenomen van De Rijck, Hornman en Van Nass. Daarnaast zijn er twee annotaties opgenomen van Demandt en Coenen, en van Van der Linden. Vervolgens is er een column van mijn kantoorgenoot in Singapore, Laura Stiekema. Dit nummer wordt zoals gebruikelijk afgesloten met de rubriek actualiteiten. Hieronder geef ik kort een inleiding op de artikelen van De Rijck en Hornman.

In het eerste artikel van dit nummer gaat De Rijck in op de straftoemeting in milieuzaken. De vraag die hij stelt is of straffen in Nederlandse milieuzaken voldoen aan de Europese maatstaf van 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend'. Met doeltreffendheid wordt volgens De Rijck het verband tussen de sanctie en het doel van de norm uitgedrukt, evenredigheid geeft de ernst van het feit weer en betreft hierbij waarschijnlijk ook de draagkracht van de overtreder en afschrikking is gerelateerd aan de externe werking van een sanctie. Vooral op dit laatste punt is het strafrecht volgens De Rijck van betekenis. Alle drie de elementen verbieden volgens de schrijver dat een sanctie achterwege blijft of te laag is, terwijl het de evenredigheid is die verhindert dat zij te zwaar wordt.

De inspanningen van de lidstaten mogen zich volgens de Rijck verder niet beperken tot wetgeving. De Europese verplichting strekt tot daadwerkelijke toepassing van doeltreffende, evenredige, afschrikkende en, in sommige gevallen, strafrechtelijke sancties. En doordat de Europese verplichting van de lidstaten betrekking heeft op de in concreto op te leggen sancties, geldt zij volgens De Rijck ook voor de bij de strafrechtelijke sanctionering betrokken instituties, dus allereerst het Openbaar Ministerie en de strafrechter. Voor het Openbaar Ministerie betekent dit volgens De Rijck, dat het zijn vervolgingsbeleid in het licht van deze verplichting zou moeten vaststellen. Voor de rechter betekent het dat hij de Europese uitgangspunten uitdrukkelijk meeneemt bij het sanctiebesluit. Volgens De Rijck kan een doordacht gebruik van de motivering 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' zeer bijdragen aan de kwaliteit van de straftoemeting in milieuzaken. De tweede bijdrage in dit nummer is het artikel van Hornman over de invulling van het feitelijk leidinggeven binnen het punitief bestuursrecht en het strafrecht. Hij begint zijn bespreking door stil te staan bij feitelijk leidinggeven als deelnemingsvorm sui generis en het thema van rechtsbescherming binnen het strafrecht en het bestuursrecht. Hij constateert dat de bestuursrechter bepaalde aspecten van feitelijk leidinggeven kritischer toetst dan de strafrechter. Hij bespreekt in dit kader ten eerste de handhavingsbeslissing. Hoe vrij is de overheid om bij bestraffing onderscheid te maken tussen verschillende betrokken daders en deelnemers, inclusief de rechtspersonen? Hij laat zien dat de bestuursrechter de beslissingen van toezichthouders op dit punt veel indringender toetst dan de strafrechter die van het Openbaar Ministerie. Hij verwijst in dit kader naar de welbekende *Imtech*-zaken. Ook bespreekt Hornman de gebondenheid van overheidsinstanties aan eigen beleid. Hij geeft aan dat op basis van spraakmakende recente jurisprudentie gesteld kan worden dat de bestuursrechter de teugels duidelijk aantrekt, terwijl het strafrecht een tegengestelde tendens laat zien. Hornman bespreekt in dit kader de beslissing van het College van Beroep voor het bedrijfsleven die heeft geleid tot de openbaarmaking door de AFM van haar interne boetebeleid, waarna ook het Bureau Financieel Toezicht volgde. Het Openbaar Ministerie kiest volgens Hornman echter voor de tegenovergestelde strategie door beleidsregels met externe werking om te zetten naar als interne richtlijnen fungerende werkinstructies waaraan door derden geen rechten kunnen worden ontleend. Hornman bespreekt ten slotte de eisen inzake concretisering van het verwijt richting de feitelijk leidinggevende en afwezigheid van inhoudelijke eisen hieromtrent bij strafrechtelijke tenlasteleggingen. Ook hier is het bestuursrecht strenger dan het strafrecht. Hornman stelt in dit kader de fundamentele vraag of deze verschillen tussen het strafrecht en bestuursrecht in rechtspositie en rechtsbescherming te rechtvaardigen zijn, dit, mede in het licht van de huidige gedachten over publiekrechtelijke sanctiestelsels, waarbij niet meer geldt dat de aard en de ernst van het feit bepalend is. Hornman komt tot een belangrijke slotsom wanneer hij aangeeft dat van oudsher veelal met argusogen naar het bestuursrecht wordt gekeken waar de rechtsbescherming zou achterblijven bij het strafrecht. De door hem beschreven ontwikkelingen laten evenwel zien dat die veronderstelling bijstelling behoeft. De vermeende disbalans slaat, in ieder geval op bepaalde punten, eerder uit in omgekeerde richting, aldus Hornman. Het is juist de strafrechtelijke rechtsbescher-

ming die onder doet voor het bestuursrecht. Hornman sluit wat mij betreft overtuigend af door aan te geven dat vanuit het oogpunt van rechtseenheid het bijzonder wenselijk zou zijn als die disbalans wordt hersteld.

Roan Lamp

Doeltreffend, evenredig en afschrikkend: de Europese maatstaf voor de straftoemeting in milieuzaken

mr. R.M.J. de Rijck¹

*'Uit de doelstellingen van de EG vloeit voort dat het noodzakelijk zal zijn gelijkwaardige verbodsbepalingen en sancties door te voeren.'*²

1. Inleiding

In de loop van 2017 overwoog de Nederlandse strafrechter in twee milieuzaken dat de op te leggen straf doeltreffend, evenredig en afschrikkend moest zijn. Bij vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 24 januari 2017³ werd de verdachte voor het feitelijke leiding geven aan verschillende vormen van illegale overbrenging van afval in de zin van de EVOA⁴ en aan valsheid in geschrift, begaan door een rechtspersoon, veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf maanden, waarvan drie voorwaardelijk. Over deze straf overwoog de rechtbank dat 'met oplegging van deze straf aan de verplichting van lidstaten [werd] voldaan dat op de schendingen van het gemeenschapsrecht een doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie dient te volgen, welke vergelijkbaar is met de sancties voor even ernstige schendingen van gelijkwaardige nationale normen.'⁵

Bij arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 24 mei 2017⁶ werd een rechtspersoon veroordeeld voor de uitvoer zonder vergunning van ruim 20.000

kilo chloorfluorkoolwaterstoffen, beter bekend als HCFC, naar de Verenigde Arabische Emiraten. Dat leverde een overtreding op van de EU-verordening betreffende de ozonlaag afbrekende stoffen.⁷ In deze zaak had de rechtbank Overijssel een onvoorwaardelijke geldboete van € 20.000 'ter norminprenting in beginsel passend en geboden' gevonden, maar op grond van verschillende strafmatigende omstandigheden werd die boete geheel voorwaardelijk opgelegd.⁸ Dat vond het hof, in reactie op een strafmaatappel van de officier van justitie, niet voldoende. Het overwoog: 'Op grond van artikel 29 Verordening (EG) Nr. 1005/2009 dient de op te leggen sanctie doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn. Naar het oordeel van het hof doet de door de rechtbank opgelegde geheel voorwaardelijke geldboete geen recht aan de ernst van het feit.' Het hof legde een boete op van € 30.000, waarvan € 15.000 voorwaardelijk.

Wat de rechtbank Zeeland-West-Brabant en het hof Arnhem-Leeuwarden hier deden, was zich rekenschap geven van de Europese norm dat sancties op overtredingen van Europese regelgeving doeltreffend, evenredig en afschrikkend zullen zijn. Voor zover ik op Rechtspraak.nl kan nagaan, waren dit de eerste keren dat de Nederlandse strafrechter dit deed (de bestuursrechter was hem voor⁹). In deze bijdrage probeer ik te laten zien dat het Europese recht in alle zaken waarin sanctieoplegging voor overtreding van een Europese milieunorm aan de orde is, vereist dat een doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie wordt opgelegd en dat de strafrechter moet motiveren dat de straf die hij oplegt, aan die norm voldoet. Het lijkt mij aannemelijk dat dit geldt voor alle te handhaven recht

1. Rob de Rijck is landelijk coördinerend milieu-officier van justitie bij het Functioneel Parket.
2. Aldus al in 1974 de Memorie van Antwoord op de Wet chemische afvalstoffen, *Kamerstukken II 1973/74*, 12 662, nr. 5, p. 14.
3. ECLI:NL:RBZWB:2017:288.
4. Illegale overbrenging is gedefinieerd in art. 2 onder 35 Verordening (EG) Nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (EVOA). In deze zaak ging het om grote hoeveelheden met huisvuil vervuld oud papier dat uit het Verenigd Koninkrijk werd ingevoerd en vervolgens naar China werd uitgevoerd.
5. Paragraaf 6.3 van het vonnis, laatste overweging.
6. ECLI:NL:GHARL:2017:4883.

7. Art. 17 Verordening (EG) Nr. 1005/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de ozonlaag afbrekende stoffen verbiedt, behoudens een vergunning van de Europese Commissie, de uitvoer van dit soort middelen.
8. ECLI:NL:RBOVE:2016:3117.
9. Zie verderop, paragraaf 3.

van Europese oorsprong, maar mijn aandacht ligt vooral bij milieustrafzaken. Dat is ten eerste omdat dat mijn vakgebied is en ten tweede omdat op andere gebieden een richtlijn zoals de hier te bespreken Richtlijn milieustrafrecht ontbreekt.

Literatuur over nationale sanctionering van Europees recht lijkt niet dik gezaaid. Een zeer grondige studie is echter een Gentse dissertatie uit 2013, te weten Meeus' *Sanctionering van het Europees Milieurecht*.¹⁰ Mijn bijdrage bouwt mede voort op dit werk en de hierna volgende driedeling in de beschrijving van de bronnen van de Europese sanctieverplichting heb ik daaraan ontleend.

2. Drie bronnen van de Europese sanctieverplichting

2.1. De algemene, door het Hof van Justitie uit het beginsel van loyale samenwerking afgeleide sanctieverplichting

De drie-eenheid 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' is in 1989 door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn zogeheten *Griekse-mais*-arrest geïntroduceerd. Dit arrest ging niet over sanctionering in een milieuzak, maar over het achterwege laten door de Griekse autoriteiten van sancties in een zaak waarin twee partijen Joegoslavische mais valselijk waren aangeduid als Grieks, dus ten onrechte als van binnen de Gemeenschap, zodat een Europese invoerheffing kon worden ontdoken. Het Hof overwoog:

'Wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, [zijn] de lidstaten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag verplicht, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

*Daartoe dienen de lidstaten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.'*¹¹

Het Hof formuleerde hiermee ten eerste een regel voor het geval dat een gemeenschapsregeling geen bepaling bevat over door de lidstaten bij overtreding van die regeling toe te passen sancties. Kenmerk van het Europese stelsel is immers, dat het materiële Europese recht dat rechtstreeks (in het

geval van een verordening) of na omzetting (in het geval van een richtlijn) in de lidstaten van toepassing is, door de lidstaten moet worden gehandhaafd en gesanctioneerd.¹²

Ten tijde van het wijzen van dit arrest bevatten vele richtlijnen en verordeningen kennelijk geen bepalingen over sancties. Dergelijke bepalingen kwamen echter wel degelijk voor en dat was geen recent verschijnsel. Het oudste voorbeeld dat ik tegenkwam is een verordening uit 1960 over vrachtovervoer. Daarin werd in de preambule overwogen dat een systeem van sancties moest waarborgen dat de voorschriften van de verordening werden nageleefd en was de bepaling opgenomen dat de lidstaten passende sancties dienden vast te stellen voor vervoerondernemers die zich onttrokken aan in de verordening neergelegde controlemaatregelen, die geen inlichtingen verstrekten aan de bevoegde autoriteiten of die welbewust valse inlichtingen verstrekten.¹³

Deze bepaling liet in het midden of die nationale sancties van strafrechtelijke of bestuursrechtelijke aard zouden moeten zijn. In een latere bepaling, ook nog van vóór het *Griekse-mais*-arrest, werd de lidstaten weliswaar niet opgelegd dat sancties van strafrechtelijke aard moesten zijn, maar werd die mogelijkheid wel uitdrukkelijk genoemd. Dat was in een verordening over visserijcontroles uit 1982, waarin werd bepaald dat, wanneer een onder een lidstaat vallend vissersvaartuig de regelingen aangaande de instandhoudings- en controlemaatregelen niet naleefde, 'tegen de kapitein van dat vaartuig strafrechtelijke of administratieve stappen [werden] ondernomen'.¹⁴

In veel gevallen ontbrak echter zo'n bepaling. Voor die gevallen stelde het Hof vast dat voor de lidstaten niettemin een verplichting bestaat tot sanctionering van overtreding van de regels uit de betreffende richtlijn of verordening. Het Hof leidde deze verplichting af uit het beginsel van loyale samenwerking, dat inmiddels is gecodificeerd in art. 4 lid 3 VEU.¹⁵

Het tweede element van het oordeel van het Hof was dat die sanctionering moet gebeuren met doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties. Dat is inmiddels vaste rechtspraak.¹⁶ In een recente uitspraak overwoog het Hof in zijn algemeenheid:

12. Dat is althans de hoofdlijn. De Europese Commissie heeft ook wel handhavende taken.

13. Vierde overweging en art. 16 Verordening van de Raad No. 1960, 11 ter uitvoering van art. 79 lid 3 Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap betreffende de opheffing van discriminaties inzake vrachtprijzen en vervoer voorwaarden, *PbEU* 1121/60.

14. Art. 1 lid 2 Verordening (EEG) Nr. 2057/82 van de Raad van 29 juni 1982 houdende vaststelling van bepaalde maatregelen voor controle op de activiteiten van vissersvaartuigen uit de lidstaten.

15. Zie ook Meeus 2014, p. 69 - 77.

16. Meeus 2014 somt in de noot op p. 70 - 71 een lange lijst arresten op.

10. Meeus 2014.

11. HvJ 21 september 1989 in Zaak 68/88, *Griekse mais*, r.o. 23 - 24.

*'[Het is] nuttig eraan te herinneren dat de lidstaten, die weliswaar vrij blijven in hun keuze van de op te leggen sancties, er met name op dienen toe te zien dat overtredingen van het Unierecht met doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties worden bestraft.'*¹⁷

In deze formulering dwingt het beginsel van loyale samenwerking niet tot strafrechtelijke sanctiëring. Net als in de eerdere – geschreven – regelingen, blijft dit in het midden. Mits het doeltreffend, evenredig en afschrikkend gebeurt, kunnen lidstaten ook met bestuursrechtelijke handhaving, dan wel met een combinatie van handhavingssystemen aan dit beginsel voldoen.¹⁸

2.2. Sectorale sanctieverplichtingen in richtlijnen en verordeningen

In theorie is het niet nodig dat Europese wetgeving een bepaling over sanctiëring bevat, want het stelsel is met deze jurisprudentie duidelijk genoeg. Ik ken echter geen moderne richtlijn of verordening zonder sanctiebepaling. Sinds 1996 neemt de Europese Commissie in elk geval op milieugebied in haar wetgevingsvoorstellen bepalingen op over sanctiëring.¹⁹ Door deze opname in afzonderlijke regelingen gaat het om sectorale verplichtingen die niet volledig gelijklopend worden geformuleerd, maar de kern is steeds dezelfde: sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.²⁰ Deze standaardformulering krijgt vaak nog een toevoeging. In sommige bepalingen bijvoorbeeld wordt de lidstaten niet alleen opgelegd om voorschriften voor sancties op inbreuken vast te stellen, maar wordt daar uitdrukkelijk bij gezegd dat deze ook ten uitvoer moeten worden gelegd. Zo luidt art. 72, eerste volzin van de verordening over het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen:

De lidstaten stellen de regels vast voor de sancties die van toepassing zijn op inbreuken op deze verordening en nemen alle nodige maat-

*regelen om te waarborgen dat zij ten uitvoer worden gelegd. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.*²¹

In een iets andere formulering bepaalt art. 50 lid 1, eerste volzin EVOA hetzelfde. Op de verplichting tot tenuitvoerlegging van sancties wordt ook wel in de preambule van een regeling gewezen, zoals in overweging 28, eerste volzin van de preambule van de afgedankte-elektronicarichtlijn AEEA.²² Elders in de Europese wetgeving worden ook aanwijzingen gegeven voor de hoogte van de op te leggen sancties.²³ Zo bepaalt art. 11 lid 2 richtlijn zwavelgehalte scheepsbrandstoffen over sanctiëring van inbreuken:

*De vastgestelde sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en kunnen boetes omvatten waarvan de hoogte zodanig bepaald is dat wordt gewaarborgd dat de boetes de overtreder ten minste het economisch voordeel van zijn overtreiding ontnemen en dat die boetes bij herhaalde overtreiding geleidelijk stijgen.*²⁴

Over de aard van de op te leggen sancties houden al deze bepalingen geen instructies in. Net zo min als met de algemene, door het Hof uitgedrukte sanctieverplichting, wordt met deze bepalingen aan de lidstaten opgelegd dat de toe te passen sancties van strafrechtelijke aard moeten zijn. Er is wel minstens één voorbeeld van Europese regelgeving waarin de toepassing van strafrechtelijke sancties uitdrukkelijk wordt genoemd. Dat is in de 'pyro-richtlijn', die in het bijzonder betrekking heeft op de productie en distributie van vuurwerk.²⁵ Art. 45 van die richtlijn bepaalt dat de regels die de lidsta-

17. HvJ 26 september 2013 in zaak C-418/11, *Texdata Software GmbH*, r.o. 50.
18. Meeus 2014, p. 94, 168 en 292 - 293. Hij acht zelfs mogelijk dat civielrechtelijke handhaving aan deze eisen voldoet, p. 94.
19. Meeus 2014, p. 82 en Mededeling van de Commissie van 22 oktober 1996, *De tenuitvoerlegging van de communautaire milieuwetgeving*, COM (1996) 500 def, p. 19. Zij spreekt hier nog slechts van 'passende afschrikkende sancties.'
20. Het Hof noemde in het *Griekse-mais*-arrest ook het vereiste van gelijkwaardigheid, maar dit komt in de sectorale bepalingen niet voor, zie Meeus 2014, p. 86. Ik ga daar niet op in omdat het van andere aard is. Het vereiste van gelijkwaardigheid zegt immers in de kern niet meer dan dat de Europese regels net zo moeten worden gehandhaafd als de nationale, hetgeen veronderstelt dat de nationale regels altijd worden gehandhaafd, zie Meeus 2014, p. 111. De andere drie vereisten stellen juist Europese eisen aan de nationale handhaving en daar is het mij om te doen.

21. Verordening (EG) Nr. 1107/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen en tot intrekking van de Richtlijnen 79/117/EEG en 91/414/EEG van de Raad.
22. Richtlijn 2012/19/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur (AEEA). De sanctieverplichting is opgenomen in art. 22, *Sancties*, van deze richtlijn.
23. In een uitzonderlijk geval gaat de Europese regelgever zelfs zo ver om de hoogte van de door de nationale autoriteiten op te leggen boete vast te stellen en de lidstaat dus alle beslissingsruimte op dit punt te ontnemen, zie art. 16 lid 3 en 4 Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad.
24. Richtlijn 1999/32/EG van de Raad wat het zwavelgehalte van scheepsbrandstoffen betreft, zoals gewijzigd door Richtlijn 2012/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012.
25. Richtlijn 2013/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 12 juni 2013 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van pyrotechnische artikelen.

ten vaststellen voor sancties op overtredingen door marktdeelnemers, 'strafrechtelijke sancties voor ernstige overtredingen kunnen omvatten.' Maar net als in de hierboven aangehaalde verordening over visserijcontroles uit 1982 is dit niet meer dan het noemen van de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving. Dat is anders in de Richtlijn milieustrafrecht uit 2008.

2.3. De niet-sectorale Richtlijn milieustrafrecht

Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht, de derde bron van de Europese sanctieverplichting op milieugebied, legt aan de lidstaten de verplichting op dat in bepaalde gevallen op milieuovertredingen een strafrechtelijke reactie zal volgen.²⁶ Deze richtlijn dateert van (kort) vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon en is dus niet gebaseerd op art. 83 lid 2 VWEU, dat inmiddels waarschijnlijk de rechtsgrondslag van deze richtlijn zou vormen.²⁷ In de voor deze bijdrage beschikbare ruimte is niet voldoende plaats voor een volledige bespreking van deze richtlijn. De achtergrond en moeizame totstandkoming ervan heb ik eerder beschreven²⁸ en voor de inhoud van de richtlijn volsta ik hier met een weergave op hoofdlijnen.

Uit de preambule valt als ratio van deze richtlijn af te leiden dat doeltreffende milieubescherming afschrikkende sancties vergt, die in het strafrecht beschikbaar zijn doordat het strafrecht meer dan andere sanctiesystemen maatschappelijke afkeuring uitdrukt.²⁹ Op grond van dit vertrouwen in het strafrecht verplicht de richtlijn de lidstaten om bepaalde gedragingen, als die wederrechtelijk en opzettelijk of ten minste uit grove nalatigheid worden begaan, strafrechtelijk te sanctioneren. Deze gedragingen staan opgesomd in art. 3, *Delicten*. Zeer summier weergegeven gaat het om het in de lucht, de grond of het water lozen of uitstoten van materie of ioniserende straling, om handelingen met afvalstoffen (waaronder illegale overbrenging in de zin van de EVOA), om de exploitatie van bedrijven waarin een gevaarlijke activiteit wordt verricht of waar gevaarlijke stoffen worden opgeslagen of

gebruikt en om handelingen met kernmateriaal of andere gevaarlijke radioactieve stoffen. Aan de 'natuurkant' gaat het om handelingen met betrekking tot beschermde in het wild levende dieren en planten en om gedragingen die aanzienlijke schade toebrengen aan een beschermde habitat. Ten slotte gaat het om handelingen met ozonafbrekende stoffen.

De richtlijn bevat bepaald geen verplichting tot criminalisering van bagatellen, want zij verbindt de verplichting tot criminalisering bijna steeds aan een (dreigend) ernstig gevolg van een gedraging. Dat gevolg kan bestaan in dood of ernstig letsel van personen of in aanzienlijke schade aan de kwaliteit van lucht, grond of water, dan wel aan dieren of planten. Bij de natuurfeiten is de noodzakelijke ernst van de feiten zichtbaar doordat het niet gaat om een verwaarloosbare hoeveelheid specimens van de beschermde dier- of plantensoorten of om te verwaarlozen invloed op de instandhouding van de soort en doordat bij de habitatbescherming sprake moet zijn van aanzienlijke schade. Er is geen gevolgvereiste geformuleerd voor de illegale overbrenging van afval of voor handelingen met ozonafbrekende stoffen. De achtergrond van dit verschil is dat de gevolgen – of zelfs waarschijnlijke gevolgen – daarvan nauwelijks zijn te bewijzen, hetzij omdat die zich in derde landen voordoen, hetzij omdat die zich pas op lange termijn en als gevolg van cumulatie zullen voordoen.³⁰ Maar uit de beperking bij EVOA-inbreuken ('niet verwaarloosbare hoeveelheden') blijkt dat het ook daarbij niet gaat om geringe overtredingen.

De verplichting tot strafrechtelijke handhaving bestaat, zoals gezegd, onder twee voorwaarden. In de eerste plaats moet de gedraging wederrechtelijk zijn begaan. 'Wederrechtelijk' is in de richtlijn zelf gedefinieerd, in art. 2. In de eerste plaats zijn die gedragingen wederrechtelijk die in strijd zijn met de EU-regelgeving die is opgesomd in Bijlage A bij de richtlijn. Die bijlage bevat een lijst van tientallen richtlijnen en acht verordeningen op milieugebied. Voorts zijn ook die gedragingen wederrechtelijk, die in strijd zijn met nationale wettelijke bepalingen, voorschriften en besluiten die strekken tot uitvoering van het in de richtlijn bedoelde Gemeenschapsrecht.³¹ De tweede voorwaarde voor de verplichting tot strafrechtelijke handhaving is, dat de gedragingen van art. 3 opzettelijk of ten minste uit grove nalatigheid moeten zijn begaan om onder de werking van de richtlijn te vallen. De invulling van deze begrippen is aan het nationale recht gelaten.³²

26. Richtlijn 2005/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, gewijzigd door Richtlijn 2009/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot wijziging daarvan creëert eveneens een verplichting tot strafrechtelijke handhaving. Vanwege haar sectorale aard laat ik haar, op één punt in paragraaf 2 na, onbesproken.

27. Ook Meeus 2014, p. 180 - 194.

28. De Rijck 2013.

29. Overwegingen 2, 3 en 5. Het gaat de Commissie daarnaast om versterking van het EU-beleid als zodanig, zie De Rijck 2013, p. 139 en in overweging 4 wordt nog gewezen op het voordeel van de doeltreffende strafrechtelijke onderzoeksmethoden.

30. Commission staff document – Accompanying document to the Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law, 52007SC0160, § 6.3.

31. Ik laat de activiteiten die onder het Euratomverdrag vallen, art. 2 onder a) en ii, terzijde.

32. Dat geldt ook voor de andere materieelrechtelijke begrippen in de richtlijn, te weten 'ernstig letsel', 'aanzienlijke schade', 'veroorzaken' en 'dreigen te veroorzaken' Over de begrippen 'aanzienlijke schade' en 'ernstig letsel' wordt in de toelichting op het Com-

In art. 3 wordt aan de lidstaten opgelegd, om de door de richtlijn bestreken gedragingen strafbaar te stellen. De structuur van de richtlijn is deze, dat de lidstaten niet wordt opgelegd om handelingen in strijd met de richtlijnen en verordeningen van de bijlage strafrechtelijk te sanctioneren. Wat zij strafrechtelijk moeten sanctioneren, zijn gedragingen die vallen onder art. 3, voor zover die in strijd zijn met de richtlijnen en verordeningen in die lijst.³³ In art. 5, *Sancties*, wordt dit herhaald met de toevoeging dat de sancties *doeltreffend, evenredig en afschrikkend* moeten zijn. Dat is de vaste formulering, maar anders dan in de algemene, jurisprudentiële en in de sectorale verplichtingen, is hier dus tevens vereist dat de sancties van strafrechtelijke aard zullen zijn. Ten minste, als het delict wordt begaan door een natuurlijke persoon. De richtlijn kent namelijk een zeer belangrijke uitzondering op de verplichting om bepaalde gedragingen te criminaliseren. Die uitzondering betreft rechtspersonen. Art. 7, *Sancties tegen rechtspersonen*, bepaalt namelijk wel dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat rechtspersonen die aansprakelijk zijn gesteld voor een door de richtlijn bestreken delict, kunnen worden bestraft met doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, maar niet dat die sancties van strafrechtelijke aard dienen te zijn. De door de richtlijn vereiste aansprakelijkheid van rechtspersonen is toch al aan de beperkte kant, want die verbindt art. 6, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen*, slechts aan het handelen of nalaten van natuurlijke personen die binnen de rechtspersoon formeel een leidende positie bekleden. De achtergrond van het ontbreken van de verplichting om ook gedragingen van rechtspersonen strafrechtelijk te sanctioneren, is dat sommige Europese rechtssystemen de strafbaarheid van de rechtspersoon niet kennen en dat de Commissie daarin met deze richtlijn geen verandering heeft willen brengen.³⁴ Het wat eigenaardige resultaat is dat deze richtlijn over milieubescherming door het strafrecht nu juist voor een grote en belangrijke categorie plegers van milieudelicten het vereiste van strafrechtelijke sanctionering niet stelt. Sommige door de richtlijn bestreken gedragingen kunnen waarschijnlijk zelfs niet door een natuurlijke persoon worden verricht, zoals het produceren van ozonafbrekende stoffen.

3. De betekenis van de begrippen doeltreffend, evenredig en afschrikkend

Overtreding van Europese milieuregels moet dus steeds doeltreffend, evenredig en afschrikkend worden gesanctioneerd. Dat volgt uit bestendige rechtspraak van het Hof van Justitie, uit sanctiebepalingen in sectorale verordeningen en richtlijnen en uit de Richtlijn milieustrafrecht. Of die sanctiënering van strafrechtelijke aard is, is in beginsel aan de lidstaten. Daar is voorts nog één uitzondering op, te weten de sanctiënering van door de Richtlijn milieustrafrecht aangeduide overtredingen die worden begaan door een natuurlijke persoon.

De doublures in dit systeem zijn evident. In geval van opzettelijke overtreding van de regelgeving aangaande ozonafbrekende stoffen, bijvoorbeeld, volgt uit de betreffende verordening dat de sanctionering daarvan doeltreffend, evenredig en afschrikkend moet zijn. Uit de Richtlijn milieustrafrecht volgt dat, indien die overtreding wordt begaan door een natuurlijke persoon, er een *strafrechtelijke* doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sanctie moet volgen. Het is eveneens duidelijk dat ook als er strafrechtelijk wordt opgetreden zonder dat de richtlijn daartoe verplicht, deze strafrechtelijke sanctionering doeltreffend, evenredig en afschrikkend moet zijn. Dat volgt in dat geval uit de sanctiebepaling in de sectorale verordening of richtlijn, dan wel uit de algemene jurisprudentie van het Hof.

De vervolgens voorliggende vragen zijn dan natuurlijk die naar de betekenis van die drie begrippen en die naar hun onderlinge verhouding. De Europese regelingen zelf geven niet of nauwelijks uitdrukkelijke criteria voor hun invulling.³⁵ Slechts overweging 7 van de preambule van de richtlijn over verontreiniging vanaf schepen³⁶ geeft aan het begrip 'afschrikking' wat meer inhoud door te spreken van 'een voldoende afschrikkende werking om de bij het vervoer van gevaarlijke ladingen over zee betrokken partijen van ongeoorloofde praktijken te weerhouden.' Dat is echter een uitzondering en voor de invulling van de drie termen moet daarom voorts nog te rade worden gegaan bij de Europese instituties. Een mooie, korte omschrijving wordt gegeven door de Commissie:

'Sancties kunnen als doeltreffend worden aangemerkt als zij in staat zijn te zorgen voor de naleving van het EU-recht, evenredig als zij de ernst van de schending adequaat weerspiegelen en niet verder reiken dan wat nodig is voor de beoogde doelstellingen, en afschrikkend als

missievoorstel met zoveel woorden opgemerkt dat elke lidstaat in het licht van zijn tradities en rechtssysteem de invulling daarvan zelf kan bepalen, COM (2007) 51 def., p. 8.

33. De lijst is overigens niet geconsolideerd.

34. Toelichting op het voorstel van de Commissie, COM (2007) 51 definitief, p. 8 - 9 en Accompanying document, 52007SC0160, § 4.3.2 en § 6.2.2.

35. Zoals over het begrip 'evenredig' wordt overwogen in HvJ 9 juni 2016 in zaak C-69/15, *Nutrivet*, r.o. 49.

36. Richtlijn 2005/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken.

zij voldoende ernstig zijn om de plegers van schendingen te ontraden dezelfde overtreding opnieuw te begaan en andere potentiële overtreders te ontraden dergelijke schendingen te plegen. Of sancties aan deze vereisten voldoen, hangt van een aantal factoren af, zoals de aard en het niveau van de bij wet bepaalde sancties, de institutionele en procedurele voorschriften die de toepassing ervan bepalen, de effectieve opsporing van inbreuken en de daadwerkelijke toepassing van de bij wet bepaalde sancties.³⁷

Uitgebreider is de omschrijving door de A-G Kokott in een conclusie uit 2004, die doeltreffendheid beperkter lijkt te interpreteren dan de Commissie.

'Een sanctieregeling is doeltreffend wanneer zij zo is opgezet dat het opleggen van de vastgestelde sanctie (en dus de verwezenlijking van de door het gemeenschapsrecht geformuleerde doelstellingen) niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt wordt. Dit vloeit voort uit het doeltreffendheidsbeginsel, dat volgens de rechtspraak telkens van toepassing is wanneer er sprake is van een band met het gemeenschapsrecht, maar er – bijvoorbeeld wat de toepasselijke procedure betreft – geen gemeenschapsrechtelijke regeling voorhanden is en de lidstaten derhalve nationale rechtsvoorschriften toepassen. Het doeltreffendheidsbeginsel geldt niet alleen wanneer een particulier zich tegenover een lidstaat beroept op zijn uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten, maar ook omgekeerd wanneer een lidstaat tegenover een particulier het gemeenschapsrecht toepast.

Een sanctie is afschrikkend, wanneer zij een particulier ervan weerhoudt om de in het gemeenschapsrecht opgenomen doelstellingen en regelingen te schenden. Hierbij is niet alleen de aard en de hoogte van de sanctie van belang, maar ook de kans dat zij wordt opgelegd: degene die een inbreuk pleegt, moet vrezen dat de sanctie ook daadwerkelijk aan hem zal worden opgelegd. In dit opzicht overlappen het criterium van de afschrikking en dat van de doeltreffendheid elkaar.

Een sanctie is evenredig wanneer zij geschikt is om de ermee nagestreefde gewettigde doelstellingen te verwezenlijken (dus in het bijzonder

doeltreffend en afschrikkend), en bovendien noodzakelijk is. Wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere (even) passende sancties, moet de minst belastende worden gekozen. Voorts dienen de gevolgen van de sanctie voor de betrokkene evenredig te zijn aan het nagestreefde doel.

Bij de beantwoording van de vraag of een nationaal rechtsvoorschrift een doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie bevat, moet telkens rekening worden gehouden met de plaats van dit voorschrift in de gehele regeling, inclusief het verloop en de bijzonderheden van de procedure voor de verschillende nationale instanties.³⁸

In deze omschrijving wijst de A-G op de overlap van de drie begrippen, die hier zelfs lijkt in te houden dat 'doeltreffend' en 'afschrikkend' nadere specificaties zijn van 'evenredig'. Mogelijk is 'evenredigheid' inderdaad het belangrijkste van de drie elementen. Het Hof zegt immers in zijn *Nutrivet*-arrest over de sanctiebepaling van de EVOA dat daarin 'is bepaald dat de door de lidstaten toegepaste sancties wegens inbreuken op de bepalingen van die verordening met name evenredig moeten zijn.³⁹

Dit alles is in de rechtspraak verre van uitgekristalliseerd. Om te beginnen is de vraag hoe groot de overlap van de drie sanctie-elementen is. Het Hof lijkt bijvoorbeeld de factor 'met de inbreuk gemaakte winst' onder alle drie de elementen relevant te vinden.⁴⁰ Ook is het begrip 'evenredig' nog niet eenduidig uitgewerkt. Aan de ene kant spreekt het Hof uit dat bij de vaststelling van de evenredigheid van een sanctie 'inzonderheid rekening moet worden gehouden met de aard en de ernst van de inbreuk waarvoor de sanctie wordt opgelegd en met de wijze waarop de hoogte ervan wordt bepaald.⁴¹ Maar elders betreft het ook de draagkracht van de overtreder in de beoordeling van die evenredigheid.⁴² De Commissie verwijst eveneens naar de factoren winst en draagkracht, naast overigens de eventuele coöperatieve opstelling van de overtreder en de duur van de normschending, als relevant voor de 'optimale evenredigheid en afschrikking van de daadwerkelijk opgelegde sancties.⁴³

37. Mededeling van de Commissie van 8 december 2010, *Het versterken van sanctieregelingen in de financiële sector*, COM (2010) 716 def., p. 5. Een iets andere, maar minder elegante omschrijving is die in de Mededeling van de Commissie van 20 september 2011, *Werken aan een strafrechtbeleid van de EU: de effectieve uitvoering van EU-beleid waarborgen door middel van strafrecht*, COM (2011) 573 def., p. 11. In deze mededeling wordt ook gezegd dat de Commissie voornemens is om in samenwerking met Parlement en Raad 'modeljargon' te ontwikkelen, dat onder meer over deze begrippen 'kan gaan,' p. 14. Hoe actueel dit nog is, weet ik niet.

38. Conclusie van 14 oktober 2004 in de gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi en anderen, onder 88 - 91.

39. HvJ 9 juni 2016 in zaak C-69/15, *Nutrivet*, r.o. 48. De cursivering is van mij.

40. HvJ 23 december 2009 in zaak C-45/08, *Spector Photo Group*, r.o. 73. Opmerking verdient dat Richtlijn 2003/6, om overtreding waarvan het in deze zaak ging, in overweging 38 van de preambule de factor winst bij de vaststelling van sancties uitdrukkelijk noemt.

41. HvJ 9 juni 2016 in zaak C-69/15, *Nutrivet*, r.o. 51.

42. HvJ 17 juni 2010 in zaak C-413/08, *Lafarge SA*, r.o. 104.

43. Mededeling COM (2010) 716 def., p. 15. Over evenredigheid Meeus 2014, p. 119 - 140.

Aan de complexiteit van de instructie 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' draagt ten slotte bij dat deze in verschillende nationale rechtstradities tot verschillende uitkomsten kan leiden. Zeker de betekenis van een term als 'afschrikkend' wordt mede door de nationale rechtscultuur bepaald.⁴⁴ Al met al komt het mij voor dat de drie elementen niet identiek zijn, maar wel gedeeltelijk overlappen, in elk geval in hun betekenis voor aard en hoogte van de sanctie. Met *doeltreffendheid* wordt het verband tussen de sanctie en het doel van richtlijn of verordening uitgedrukt, *evenredigheid* weerspiegelt de ernst van het feit en betreft waarschijnlijk ook de draagkracht van de overtreder en in *afschrikking* komt de expressiviteit van een sanctie tot uiting. Vooral op dit laatste punt is het strafrecht van betekenis. Blijkens overwegingen 3 en 5 van de Richtlijn milieustrafrecht hangt afschrikking immers samen met de uitdrukking van maatschappelijke afkeuring die in een sanctie ligt besloten en is het strafrecht het meest expressieve van de sanctiesystemen. Alle drie de elementen verbieden voorts dat een sanctie achterwege blijft of te laag is, terwijl het de evenredigheid is die verhindert dat zij te zwaar wordt.⁴⁵ Vooral bij afschrikking bestaat het gevaar daarop.

4. Doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikking in de daadwerkelijke toepassing van sancties

Een aspect van de Richtlijn milieustrafrecht heeft nog afzonderlijke aandacht en dat is dat zij de verplichting van de lidstaten omschrijft als de plicht ervoor te zorgen dat handelingen *strafbaar worden gesteld*. Bovendien luidt overweging 10 van de preambule dat de lidstaten wordt verplicht om *in hun nationale wetgeving* strafrechtelijke sancties voor ernstige overtredingen van bepalingen in het Gemeenschapsrecht inzake milieubescherming op te nemen en dat zij *geen verplichtingen schept met betrekking tot de toepassing van deze sancties* of enig ander rechtshandavingsinstrument in individuele gevallen.

Daaruit mag niet worden afgeleid dat de inspanningen van de lidstaten zich zouden mogen beperken tot wetgeving. Het is naar mijn stellige opvatting buiten twijfel dat de Europese verplichting strekt tot daadwerkelijke toepassing van doeltreffende, evenredige, afschrikkende en, in geval van onder de richtlijn vallende inbreuken, strafrechtelijke sancties.

Het eerste argument voor deze opvatting is natuurlijk dat het milieubelang alleen gediend is met

daadwerkelijke handhaving en niet met symboolwetgeving. Bovendien betekent de inhoud van de begrippen doeltreffend, evenredig en afschrikkend zelf al dat sancties 'niet te licht of louter hypothetisch' zijn.⁴⁶

Daarnaast volgt uit het EU-recht dat het de Unie steeds te doen is om de daadwerkelijke toepassing van sancties.⁴⁷ Allereerst kan in het primaire EU-recht worden gewezen op art. 83 lid 2 VWEU, dat nu de basis voor de milieustrafrechtlijn zou zijn. Dat verbindt immers de bevoegdheid om bij richtlijnen strafrechtelijke minimumvoorschriften vast te stellen aan doeltreffende *uitvoering* van beleid van de Unie. In het secundaire recht blijkt het uit de toevoeging aan de sanctieverplichting in sommige sectorale regelingen, zoals art. 50 lid 1 EVOA, waarin is bepaald dat de door de regeling vereiste sancties moeten worden *uitgevoerd*. Het zou een merkwaardige incongruentie opleveren wanneer – in geval van een EVOA-misdrijf zoals berecht door de rechtbank Zeeland-West-Brabant – de EVOA zelf zou vragen om toepassing van sancties, maar de Richtlijn milieustrafrecht alleen om strafbaarstelling.

In de jurisprudentie van het Hof wordt al evenzeer aangegeven dat het EU-recht daadwerkelijke sanctionering vergt, om te beginnen in het *Griekse-ma-is-arrest*:

*'[De lidstaten dienen] er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.'*⁴⁸

In latere arresten wordt dit door het Hof herhaald, waar het overweegt dat de lidstaten 'er met name op dienen toe te zien dat overtredingen van het Unierecht met doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties *worden bestraft*.'⁴⁹

Als daadwerkelijke toepassing de verplichting van de lidstaten is, brengt dat met zich dat de Europese sanctienorm zich mede richt tot de sanctionerende instituties in een lidstaat. De aanleiding voor deze bijdrage is de sanctietoepassing door de strafrechter, maar omdat de norm geldt voor alle sanctione-

44. Meeus 2014, p. 95 - 96 en 146.

45. Art. 49 lid 3 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ziet alleen op dit aspect van evenredigheid. In grondrechtelijk perspectief ligt dat voor de hand. Maar bij weerspiegeling van de ernst van het feit impliceert evenredigheid ook een ondergrens aan de straf. Aldus ook Geelhoed 2013, p. 168.

46. Meeus 2014, p. 142.

47. Het is een van Meeus' centrale stellingen, zie p. 74, 105 - 106, 143, 154, 155 - 156, 172, 342, 436 - 437 en 467.

48. HvJ 21 september 1989 in zaak 68/88, r.o. 24 - 25. De onderstrepingen zijn van mij.

49. Hof van Justitie 26 september 2013 in zaak C 418/11, *Texdata Software GmbH*, r.o. 50. De cursivering is van mij.

ring, geldt zij ook voor het handhavend bestuurlijk gezag. Dat heeft de Nederlandse bestuursrechter al enkele keren bevestigd. De, voor zover mij bekend, eerste uitspraak betrof een gedupeerde luchtvaartpassagier. De belangen van luchtreizigers worden beschermd in een verordening waarvan art. 16 lid 3 bepaalt dat de door de lidstaten vastgestelde sancties voor overtreding van deze verordening doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.⁵⁰ Een vliegtuigpassagier wiens vlucht was geannuleerd, had op een verzoek om compensatie bij de luchtvaartmaatschappij nul op het rekest gekregen. Vervolgens had hij op grond van de verordening aan de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, die in deze belast is met de handhaving, een handhavingsverzoek jegens die maatschappij ingediend. De Staatssecretaris had geweigerd om daaraan te voldoen. Op het beroep van de reiziger tegen die weigering overwoog de rechtbank Noord-Nederland:

*'Gelet op het bepaalde in het derde lid van artikel 16 van de Verordening rust op verweerder de plicht tot het treffen van sancties, tegen overtreding van de Verordening, die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Dit betekent dat indien een verzoek tot handhaving wordt ingediend, zoals in het onderhavige geval, wegens overtreding van artikel 7 van de Verordening, een handhavingsbesluit niet concreet dient te strekken tot het voldoen aan een (in te stellen) rechtsvordering, maar tot voldoening aan de voornoemde plicht.'*⁵¹

Van recente datum is de uitspraak van de bestuursrechter in de rechtbank Amsterdam van 4 juli 2017 die het interventiebeleid van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) op het gebied van 'fout hout' eveneens aan de Europese sanctienorm toetste en dit beleid niet redelijk bevond: 'De rechtbank overweegt in dit verband dat in de preambule bij de verordening onder punt 27 is overwogen dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat overtredingen van deze verordening (...) met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende straffen worden bestraft.'⁵²

50. Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91.

51. Rechtbank Noord-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4683, overweging 4.4.1, onderstrepingen van mij.

52. Rechtbank Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4926, overweging 10.8. De EU-regeling waarom het gaat is Verordening (EU) nr. 995/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen. De rechtbank verwees alleen naar de preambule daarvan, waarin overigens niet 'afschrikkend' wordt

5. De sanctieverplichting geldt ook voor het Openbaar Ministerie en de strafrechter

Terug naar de sanctieplicht in het milieustrafrecht. Doordat de Europese verplichting van de lidstaten betrekking heeft op de *in concreto* op te leggen sancties, geldt zij ook voor de bij de strafrechtelijke sanctionering betrokken instituties, dus allereerst het Openbaar Ministerie en de strafrechter.⁵³

Voor het Openbaar Ministerie betekent dit, dat het zijn vervolgingsbeleid in het licht van deze verplichting zal moeten vaststellen. In dit verband kan worden opgemerkt dat het opportunitetsbeginsel blijkens overweging 10 van de preambule van de Richtlijn milieustrafrecht voor 'Europese' zaken niet opzij wordt gesteld.⁵⁴ Niet-vervolgning past overigens probleemloos in het Europese recht als vervolging zou leiden tot iets anders dan een doeltreffende, evenredige en afschrikkende straf of maatregel. Vervolging voor een bagatel zou, ook al wordt de strafbare handeling bestreken door een richtlijn of verordening, waarschijnlijk doeltreffend noch evenredig zijn.

Het Europese sanctievereiste maakt ook dat beleidssepots voor deze milieumisdrijven zorgvuldig moeten worden verantwoord.⁵⁵ Het lijkt mij dat een analogie met een overweging van het Hof van Justitie over legalisatie van verboden situaties is toegelaten. Bij dergelijke legalisatie is immers, net als met een beleidssepot, sprake van het door een lidstaat bewust niet-sanctioneren van een bewijsbaar met het Europese recht strijdige situatie. Daarover overwoog het Hof:

*'Het gemeenschapsrecht kan zich er weliswaar niet tegen verzetten dat verrichtingen of handelingen die naar gemeenschapsrecht onregelmatig zijn, volgens de toepasselijke nationale regels in bepaalde gevallen kunnen worden geregulariseerd, doch behoort een dergelijke mogelijkheid onderworpen te zijn aan de voorwaarde, dat zij de belanghebbenden niet in de gelegenheid stelt de gemeenschapsregels te omzeilen of buiten toepassing te laten, en uitzondering blijft.'*⁵⁶

Naar analogie: een beleidssepot mag overtreders niet in de gelegenheid stellen de gemeenschapsregels te omzeilen en moet uitzondering blijven. Op grond van zijn studie naar het opportunitetsbeginsel komt Geelhoed tot een vergelijkbare conclusie:

gebruikt, maar 'afschrikwekkend' en niet naar art. 19, waarin de eigenlijke sanctieverplichting is neergelegd.

53. Overige bij de nakoming van deze verplichting betrokken instituties zijn uiteraard de wetgever en de met opsporing en executie belaste instanties.

54. Meeus 2014, p. 435 - 436 en 538 -- 539.

55. Meeus 2014, p. 435 - 436 en 465 - 466 met de daar aangehaalde literatuur.

56. HvJ 3 juli 2008 in zaak C-215/06, *Iers afval*, r.o. 57.

‘Wanneer voor een strafzaak de effectiviteit van het Europese recht relevant is, legt die een zodanig gewicht in de schaal, dat voor een terughoudend strafrechtelijk optreden nog maar weinig mogelijkheden bestaan.’⁵⁷ Bedacht moet worden dat het wel bij de beslissing tot een beleidssepot kan worden meegewogen, indien het bestuur van zijn kant overgaat tot doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctiëring. In dat geval is aan de algemene sanctieverplichting of die uit de sectorale Europese regeling voldaan. De sanctienorm houdt natuurlijk voorts in dat de eigen sanctiëring door het Openbaar Ministerie (te denken valt vooral aan de strafbeschikking) of de eis ter zitting in ‘Europese’ zaken doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.

Ook de strafrechter is gehouden om zich in deze zaken van de ‘Europese positie’ rekenschap te geven en dit sanctierecht toe te passen.⁵⁸ Dat volgt uit de voorgaande beschouwing van het Europese sanctierecht, maar is eigenlijk geen nieuws. Het Hof van Justitie heeft immers nu juist in het verband van de Nederlandse strafzaak *Kolpinghuis Nijmegen* al uitgelegd dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken en de verplichting van de lidstaten om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties.⁵⁹

6. Samenvatting en slot

Zowel in bestendige jurisprudentie van het Hof van Justitie als in richtlijnen en verordeningen is de verplichting van de lidstaten neergelegd om overtredingen van Europese milieuregels doeltreffend, evenredig en afschrikkend te sanctioneren. In beginsel laat het Europese recht de lidstaten vrij in de keuze van het gebruikte sanctiesysteem. In door de Richtlijn milieustrafrecht bestreken gevallen is echter strafrechtelijk optreden vereist, indien de overtreding door een natuurlijke persoon opzettelijk of althans uit grove nalatigheid is begaan. En, hoe dan ook, Europeesrechtelijk verplicht of niet: als er strafrechtelijk wordt gesanctioneerd, moet de strafrechtelijke sanctie eveneens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

Over de inhoud van die begrippen is het laatste woord niet gezegd, maar in elk geval wordt met *doeltreffendheid* het verband tussen de sanctie en het doel van richtlijn of verordening uitgedrukt, weerspiegelt *evenredigheid* de ernst van het feit en betreft dit vereiste waarschijnlijk ook de draagkracht van de overtreder en komt in *afschrikking* de

expressiviteit van een sanctie tot uiting. Juist vanwege die expressiviteit bestaat er een bijzondere relatie tussen afschrikking en strafrecht.

Sanctionering van overtredingen van Europees recht moet niet slechts bij wet zijn geregeld, zij moet ook de praktijk zijn. Daarom geldt de sanctieverplichting voor alle bij de sanctionering betrokken instanties in een lidstaat en dus moeten het Openbaar Ministerie en de strafrechter zich in zaken waarin Europees recht aan de orde is, van hun Europese verplichting rekenschap geven.

Uiteraard blijft er dan veel open. In de vier Nederlandse uitspraken die ik noemde, wordt nog niet afzonderlijk ingegaan op de drie elementen van de ‘sanctietrias.’ Bovendien gebeurt rechterlijke straftoemeting altijd op basis van een individueel dossier. Dat is mensenwerk en maatwerk. Dat moet ook, maar ik meen wel dat doordacht gebruik van de motivering ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ in hoge mate kan bijdragen aan de kwaliteit van de straftoemeting in milieuzaken. De uitspraken van de rechtbank Zeeland-West-Brabant en het hof Arnhem-Leeuwarden verdienen navolging.

7. Literatuur

Geelhoed 2013

W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeïseerde rechtsorde*, dissertatie Leiden 2013, als pdf op internet.

Meeus 2014

R. Meeus, *Sanctionering van het Europees milieurecht. Tussen handhavingsnood en sanctieverplichting*, dissertatie Gent 2013, Antwerpen en Cambridge: Intersentia 2014.

De Rijck 2013

R. M. J. de Rijck, ‘Geloven in het strafrecht. Over hoe de Europese wetgever van de Richtlijn 2008/99/EG een streng strafrecht nodig acht voor de werking van de milieuregelgeving, maar de lidstaten het zien als uitdrukking van hun soevereiniteit,’ *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance voor Ondernemingen* 2013, nr. 4, p. 136 - 145.

57. Geelhoed 2013, p. 181.

58. Ook Meeus 2014, p. 342.

59. HvJ 8 oktober 1987 in Zaak 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, r.o. 12. Zie ook Meeus 2014, p. 74.

Feitelijk leidinggeven: één aansprakelijkheidsfiguur onder twee rechtsgebieden

Over de houdbaarheid van de verschillen in benadering en rechtsbescherming in het licht van de sanctiestelselkeuze van het kabinet

mr. dr. M.J. Hornman¹

1. Inleiding

Met de inwerkingtreding van de vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) is het overtrederbegrip uit het bestuursrecht verruimd – overtreder zijn zij die de overtreding plegen of medeplegen (art. 5:1 lid 2 Awb) – en is art. 51 Wetboek van Strafrecht (verder: Sr) van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 5:1 lid 3 Awb). Inmiddels vallen deze aansprakelijkheidsfiguren niet meer weg te denken uit het bestuursrecht. Sterker nog, het bestuursrecht lijkt op dit moment meer belangwekkende en innovatieve jurisprudentie op te leveren over feitelijk leidinggeven, het daderschap van rechtspersonen en de aansprakelijkheid in concernverhoudingen dan het strafrecht. De vergelijking met het bestuursrecht is echter vooral interessant vanwege het verschil in de manier waarop rechtsbescherming bij deze aansprakelijkheidsfiguren vorm krijgt. Lange tijd is de kritiek geweest dat rechtsbescherming in het bestuursrecht een wat ondergeschoven kindje was en achterbleef bij het strafrecht. Het is de vraag of dat standpunt tegenwoordig nog kan worden volgehouden.² Op bepaalde vlakken lijkt de vermeende

feitelijk leidinggever namelijk beter af te zijn in het bestuursrecht dan in het strafrecht. De vraag is of dat verschil wel te rechtvaardigen valt en of beide rechtsgebieden niet alleen op materieelrechtelijk vlak aansluiting zouden moeten zoeken bij elkaar, maar ook op het gebied van rechtsbescherming meer één lijn zouden moeten trekken. Dat eerste was ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.³ Over dit tweede aspect heeft de wetgever

nend: H.E. Bröring, 'Eenheid en doelmatigheid van bestraffende procedures', in: H.E. Bröring en B.F. Keulen (red.), *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017a, p. 9-70; H.E. Bröring, 'Keuze voor een sanctiestelsel: bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking?', *RegelMaat* 2017b, p. 319-322; A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. EUR), Den Haag Boom: Lemma uitgevers 2015; R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een vergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en het bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011; *Boetes en andere bestraffende sancties. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 mei 2014* (VAR-reeks 153; Den Haag: Boom juridisch 2015), ter behandeling van de preadviezen van C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas.

1. Mark Hornman is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.
2. Bevestigend: Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister inzake sanctiestelsels, no. W03.0138.11, 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280 (AARvS 2015); B.F. Keulen, 'Strafrecht als stelsel van samenwerking', in: H.E. Bröring en B.F. Keulen (red.), *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 9-72. Ontken-
3. *Kamerstukken II* 2006/07, 29 702, nr. 3, p. 78-82 (Vierde tranche Awb). Over de vraag of die aansluiting in de praktijk succesvol verloopt lopen de meningen uiteen. Voorts lijkt deze aansluiting, in ieder geval tot op heden, grotendeels uit eenrichtingsverkeer te bestaan. De bestuurs- en de fiscale rechter hebben wel oog voor ontwikkelingen in de strafrechtelijke jurisprudentie, maar de strafrechter lijkt aanzienlijk minder acht te slaan op jurisprudentiële ontwikkelingen in andere

zich veel minder uitgelaten. Niettemin is juist deze vraag interessant en, tegen de achtergrond van een aantal recente bestuursrechtelijke uitspraken, bovenal bijzonder actueel.

Feitelijk leidinggeven heeft op dit moment een vaste positie verworven in het strafrecht, het bestuurlijk boeterecht en het fiscale boeterecht. Elk van deze rechtsgebieden kent zijn eigen systematiek van rechtsbescherming, waarbij onderling aanzienlijke verschillen bestaan. De vraag is of dat wenselijk is, zeker in het licht van de door het kabinet geformuleerde uitgangspunten bij de keuze voor een sanctiestelsel. De aard en de ernst van het vermeende feit vormen daarin immers niet langer het vertrekpunt.⁴ Deze bijdrage tracht de discussie over de wenselijkheid van dat verschil in rechtsbescherming verder aan te zwengelen. De positie van feitelijk leidinggeven in het strafrecht zal daarbij tot uitgangspunt worden genomen, waarbij direct moet worden aangetekend dat het feitelijk leidinggeven ook binnen het strafrecht een zekere uitzonderingspositie geniet. Om die positie en de wenselijkheid daarvan nader te duiden, zal in paragraaf 2 allereerst een korte uiteenzetting plaatsvinden van het dogmatische karakter en de daaruit voortvloeiende, deels bijzondere, positie van feitelijk leidinggeven. Aansluitend zal nader worden ingezoomd op een tweetal punten waarin het strafrecht niet alleen afwijkt van het bestuursrecht, maar zich bovendien lijkt te ontwikkelen in tegengestelde richting. Het eerste punt wordt belicht in paragraaf 3. Daar zal de vrijheid die het openbaar ministerie heeft om naar eigen welbevinden invulling te geven aan zijn vervolgingsbeleid worden afgezet tegen de positie van de bestuursrechtelijke toezichthouders wier discretionaire ruimte juist meer aan banden lijkt te worden gelegd. Paragraaf 4 ziet op het tweede punt en gaat in op het gegeven dat feitelijk leidinggeven niet nader hoeft te worden uitgewerkt in de tenlastelegging, hetgeen zal worden afgezet tegen de bestuursrechtelijke boetepraktijk die dienaangaande een geheel ander beeld laat zien. Al deze ontwikkelingen zullen in paragraaf 5 worden samengenomen en bezien tegen de achtergrond van de dieperliggende hoofdvraag die in deze bijdrage centraal staat: kunnen deze verschillen in benadering en rechtsbescherming wel worden gerechtvaardigd in het licht van de argumenten die het kabinet ten grondslag legt aan de keuze voor een bepaald sanctiestelsel? Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

2. Feitelijk leidinggeven als deelnemingsvorm *sui generis*

Binnen de deelnemingsvormen die het strafrecht rijk is, neemt het feitelijk leidinggeven een bijzondere positie in. Als enige deelnemingsvorm stelt

feitelijk leidinggeven – en daaronder wordt in deze bijdrage gemakshalve ook het opdrachtgeven geschaard – namelijk een specifiek en onderscheidend accessoriteitsvereiste. Niet alleen moet er een grondfeit zijn gevolgd,⁵ maar dit grondfeit moet bovendien zijn begaan door een rechtspersoon, want het is die gedraging van de rechtspersoon waaraan de betrokkene wordt verweten feitelijk leiding te hebben gegeven.⁶ Er is geen enkele andere deelnemingsvorm die het accessoriteitsvereiste zo vergaand preciseert. Reeds vanwege dit bijzondere accessoriteitsvereiste wordt aan deze deelnemingsvorm al een *sui generis* karakter toegedicht. Dat unieke karakter zou daarnaast worden bevestigd door het feit dat op feitelijk leidinggeven zelf geen andere deelnemingsvormen worden toegepast.⁷ Gezamenlijk leidinggeven wordt niet gekwalificeerd als het medeplegen van feitelijk leidinggeven, maar gewoon als *sec* feitelijk leidinggeven.⁸ Ook kent feitelijk leidinggeven anders dan de overige deelnemingsvormen geen eigen tijd en plaats en hoeft het niet nader te worden uitgewerkt in de tenlastelegging.⁹ Tegelijkertijd hebben de door de Hoge Raad in de Slavenburgbeschikkingen ontwikkelde criteria voor aansprakelijkheid tot gevolg gehad dat feitelijk leidinggeven als beduidend meer moet worden gezien dan een simpele aanwijzing van vervolgbare en strafbare personen of een loutere vorm van (pure) aansprakelijkstelling. In die in het verleden voorgestane opvattingen omvat feitelijk leidinggeven geen substantieel eigen verwijt maar wordt de betrokkene simpelweg aansprakelijk gesteld voor de door de rechtspersoon verrichte verboden gedragingen.¹⁰ In de opvatting dat feitelijk leidinggeven een bijzondere deelnemingsvorm is, is weldegelijk sprake van een eigen verwijt. Aansprakelijkheid berust niet uitsluitend op het zijn van leidinggeven-de binnen de rechtspersoon die een strafbaar feit begaat, maar primair op de eigen passieve of actieve verwijtbare betrokkenheid van de leidinggeven-de bij de door die rechtspersoon begane verboden

5. Zoals bij alle deelnemingsvormen het geval is (J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 438-439; G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 259-261).
6. De Hullu 2015, p. 501; Knigge/Wolswijk 2015, p. 311.
7. A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 129-130; E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland', in: E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 66; R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. RuG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 119-120.
8. De Hullu 2015, p. 504 en 511.
9. Zie nader par. 4.1.
10. Torringa 1984, p. 119; J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 156.

rechtsgebieden.

4. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

gedragingen.¹¹ Dat is een veel specifiekere relatie. Uiteraard hangt de aansprakelijkheid van de leidinggevende ook in deze opvatting sterk samen met de gedragingen van de rechtspersoon, zij vormen immers het strafbare grondfeit, maar in de kern gaat het wel om een geheel eigen persoonlijk verwijt dat niet samen hoeft te vallen met het verwijt dat de rechtspersoon of andere vermeende feitelijk leidinggevers wordt gemaakt.¹² De aansprakelijkheid van de leidinggevende is daarmee eigenlijk het resultaat van een wisselwerking tussen het eigen doen en nalaten van de leidinggevende en het verboden gedrag van de rechtspersoon. Die verboden gedraging van de rechtspersoon vormt immers nog steeds het meest constitutieve element van de aansprakelijkheid van de leidinggevende; zonder grondfeit geen deelneming.

Geheel vrij van kritiek is de kwalificatie als deelnemingsvorm *sui generis* overigens niet. Formeel gezien is de feitelijk leidinggever dader noch deelnemer. Deze worden immers limitatief opgesomd in art. 47 en 48 Sr. Dat neemt evenwel niet weg dat feitelijk leidinggeven in materieel opzicht zonder twijfel kan worden gelijkgesteld met daderschap.¹³ Bovenal rechtvaardigt de kwalificatie *sui generis* echter niets en verklaart zij niets, noch is zij vruchtbaar bij de zoektocht naar de vaststelling van de strafrechtelijke gedraging van de leidinggevende. Daarmee voegt de kwalificatie eigenlijk alleen maar onduidelijkheid toe.¹⁴ Niettemin verdient het aanbeveling om – bij gebrek aan beter – aan de kwalificatie als deelnemingsvorm vast te houden, nu deze duiding voorziet in inhoudelijke richtlijnen voor de vormgeving en afbakening van aansprakelijkheid,¹⁵ bijvoorbeeld inzake de gelding van het opzetvereiste.¹⁶ Als het *sui generis* label echter zo

weinig toevoegt, rijst de vraag of deze toevoeging wel moet worden behouden en of de consequenties die daaraan worden verbonden niet eveneens ter discussie zouden moeten worden gesteld. Waarom wordt feitelijk leidinggeven bijvoorbeeld als enige deelnemingsvorm niet uitgewerkt in de tenlastelegging? Wat zou het bezwaar zijn om dat wel te doen? Om die vraag en vergelijkbare vragen te beantwoorden, wordt in deze bijdrage geopteerd voor een intern rechtsvergelijkende analyse met het punitieve bestuursrecht. Bepaalde strafrechtelijke vanzelfsprekendheden blijken in het bestuursrecht namelijk helemaal niet zo evident te zijn. Dat biedt inspiratieruimte voor het strafrecht, zowel ter versterking van de rechtsbeschermerende als van de meer instrumentele zijde van dit rechtsgebied. In een enkel geval zou die inspiratie zelfs ten goede komen aan beide kanten van diezelfde medaille.¹⁷

3. Bestuurs- versus strafrecht: een verschil in rechtsbescherming?

3.1. Algemeen kader

Het gras is altijd groener bij de burens. Met die gedachte werd en wordt nog steeds vanuit het bestuursrecht naar het strafrecht gekeken. Historisch gezien is dat waarschijnlijk ook terecht, nu rechtsbescherming in het bestuursrecht lange tijd een relatief ondergeschoven kindje is geweest, zeker in vergelijking tot andere rechtsgebieden. Niettemin kan de vraag worden opgeworpen of tegenwoordig nog wel onverkort aan deze opvatting kan worden vastgehouden.¹⁸ In bepaalde opzichten lijkt de feitelijk leidinggever in het bestuursrecht namelijk beter af te zijn dan in het strafrecht.¹⁹ Rechtsbescherming krijgt in beide rechtsgebieden namelijk op een geheel andere en meer eigen wijze vorm. In

-
11. R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 52-53; A.C. 't Hart en M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Enige opmerkingen betreffende het feitelijk leidinggeven', J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 291-292; A.C. 't Hart in diens noten onder HR 19 november 1985, NJ 1986, 125 (*Slavenburg I*) en HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*); M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. UU), Den Haag: Boom juridisch 2016a, p. 62; De Hullu 2015, p. 500.
 12. De Hullu 2015, p. 500; Hornman 2016a, p. 62.
 13. De Hullu 2015, p. 432-433 en 500; Sikkema 2010, p. 64. Vgl. A.J.M. Machielse, 'Medeplegen en feitelijke leidinggeven', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma* (Buruma-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 385.
 14. H.D. Wolswijk tijdens de openbare verdediging van het proefschrift van Van Luijk (E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht. Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM* (diss. RuG), Ridderkerk: Ridderprint BV 2015).
 15. Hornman 2016a, p. 473-474; Sikkema 2010, p. 65-66.
 16. Zie hierover nader Hornman 2016a, p. 472-476; M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven. Hoe een weinig

vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2016b, p. 134-136; Sikkema 2010, p. 63-66 en 96-97.

17. Volgens Fouqué en 't Hart vormen beide begrippen, die veelal als elkaars tegengestelde worden opgevoerd, in de kern twee kanten van dezelfde medaille en kan er geen instrumentaliteit bestaan zonder gelijktijdig te voorzien in adequate rechtsbescherming. Voorts zal een rechtssysteem dat niet instrumenteel is evenmin rechtsbescherming kunnen bieden omdat het de daarvoor benodigde effectiviteit en legitimiteit mist (D. Roef, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring* (diss. UM), Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001, p. 18-21).
18. Zie over deze ontwikkeling en discussie nader o.a. Bröring 2017a; Mein 2015; Stijnen 2011.
19. Daarbij erkent de auteur van deze bijdrage overigens direct dat zijn visie mogelijk evenzeer gekleurd is en dat het bestuursrechtelijk gazon voor hem wellicht groener lijkt dan het daadwerkelijk is omdat hij als strafrechtjurist beter zicht heeft op de onvolkomenheden van het strafrecht dan op de imperfecties van het bestuursrecht.

het strafrecht wordt bescherming van oudsher geboden door het schuld- en het legaliteitsbeginsel, waarbij direct moet worden aangetekend dat het gewicht dat in het ordeningsstrafrecht aan deze klassieke materieelrechtelijke beginselen toekomt vanwege het veelvuldig hanteren van open normen, de geringere betekenis van persoonlijke verwijtbaarheid en het minder stigmatiserende karakter van deze delicten altijd al beperkter is geweest dan in het commune strafrecht. Dat beperkte gewicht heeft er waarschijnlijk mede toe bijgedragen dat het bestuursrecht als ordeningsrechtsgebied bij uitstek een eigen stelsel van rechtsbescherming heeft ontwikkeld waarin de nadruk meer op procesrechtelijke of -orderlijke beginselen ligt dan op materieelrechtelijke uitgangspunten. De bestuursrechter toetst de besluitvorming en handwijze van bestuursorganen bij bestraffende sancties namelijk indringender aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan de strafrechter pleegt te doen wanneer deze het optreden van het openbaar ministerie toetst aan de beginselen van een goede procesorde. Met name daar waar het openbaar ministerie een zekere discretionaire ruimte geniet, lijkt het inzake het vertrouwens-, het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel meer speling te krijgen van de strafrechter dan bestuursorganen krijgen van de bestuursrechter. De keuzevrijheid bij het overgaan tot vervolging of sanctionering biedt daarvan een mooi voorbeeld.

Vanwege dit verschil in benadering verdient de wijze waarop het bestuursrecht invulling geeft aan rechtsbescherming van justitiabelen ook de aandacht van strafrechtjuristen, waarbij in het bijzonder de vraag voorligt of het strafrecht zich niet wat meer aan die benadering zou moeten conformeren. Een veel gehoord kritiekpunt is dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht achter zou blijven bij de bescherming die door de strafrechter wordt geboden. Nu zijn er op dat vlak zeker wezenlijke verschillen waar te nemen, denk aan afwijkende regelingen inzake het horen van de betrokkene, het horen van getuigen, het voorzien in rechtsbijstand, de wijze van oplegging en toetsing van sancties, de al dan niet schorsende werking van rechtsmiddelen en het verschil in beroeps- en verzettermijnen. Het kan echter niet worden ontkend dat die (vermeende) achterstand in hoog tempo wordt ingelopen en dat beide rechtsgebieden meer en meer naar elkaar toegroeien, zo wordt althans veelvuldig betoogd.²⁰ Indien dat laatste het geval is, dan kan daarin aanleiding worden gevonden om de strafrechter ook

meer aansluiting te laten zoeken bij het bestuursrecht. Tegelijkertijd zou op basis van de in dit artikel beschreven ontwikkelingen kunnen worden beargumenteerd dat die tendens helemaal niet zo eenduidig is en dat het beeld in werkelijkheid veel diffuser is. Beide rechtsgebieden lijken elkaar in zekere zin aan te trekken en te convergeren, maar tegelijkertijd stoten zij elkaar ook af en vertonen zij op een aantal materieelrechtelijke en procesrechtelijke vlakken een duidelijk divergerende lijn.

3.2. De vervolgingsbeslissing: nagenoeg volledige vrijheid voor het openbaar ministerie

Met de inwerkingtreding van art. 51 Sr en het daarin opgenomen feitelijk leidinggeven is voorzien in een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren in aanvulling op de reeds bestaande figuren uit art. 47 en 48 Sr. Volgens De Hullu gaat het hier om een bijzondere maar niet om een exclusieve deelnemingsvorm.²¹ Het staat het openbaar ministerie derhalve geheel vrij om de betrokken leidinggevende functionaris niet als feitelijk leidinggever, maar als pleger of als deelnemer te vervolgen.²² Ook in de keuze om de rechtspersoon, de leidinggevende dan wel beide rechtssubjecten te vervolgen, is het openbaar ministerie – voor zover die keuze niet in strijd komt met het ne bis in idem-beginsel – vrij.²³ Het gegeven dat het de rechtspersoon is die het grondfeit begaat en dat de feitelijk leidinggever daar ‘enkel’ leiding aan geeft en daarmee ook op een zekere afstand lijkt te staan, creëert – anders dan wel wordt betoogd²⁴ – nog geen verhouding van primair en secundair daderschap. Beide rechtssubjecten zijn op gelijke voet aansprakelijk. Voor de vraag of het passend is om naast of in plaats van de rechtspersoon de feitelijk leidinggever te vervolgen, is dus niet zozeer van belang of die laatste een aanvullend verwijt kan worden gemaakt, maar vooral of de leidinggevende een persoonlijk verwijt treft.²⁵ Dat gegeven zou centraal moeten staan in de opportuniteitsafweging die het openbaar ministerie maakt. Deze opportuniteitsafweging, in welk kader verschillende factoren van belang zijn die het openbaar ministerie bovendien zelf mag waarderen en afwegen, impliceert echter nog geen wettelijke rangorde in aansprakelijkheid.

21. De Hullu 2015, p. 501.

22. HR 21 oktober 1986, NJ 1987/362; HR 18 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7261.

23. HR 31 mei 1988, NJ 1989/60; D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 74-76.

24. Zie in deze zin bijvoorbeeld B.F. Assink e.a., ‘Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 48, 51, 61 en 71-72; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers* (diss. RuG), Deventer: Kluwer 2009, p. 391, 411-41, 425 en 559-560.

25. Hornman 2016a, p. 56; De Hullu 2015, p. 167.

20. Zie o.a. A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie EUR), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011; G. Knigge, ‘De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht’, in: M.S. Groenhuisen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 97-103; F.C.M.A. Michiels, ‘Strafrechtelijke en bestuursrechtelijk handhaving: zoek de verschillen!’, in: M. Groenhuisen e.a. (red.), *Roosachtrig strafrecht. Liber amicorum Theo de Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 447-462.

Zelfs daar waar er mogelijk meerdere feitelijk leidinggevers in beeld zijn, lijkt het openbaar ministerie niet gehouden om al die leidinggevers op gelijke wijze te vervolgen of onder gelijke omstandigheden van vervolging af te zien. Tot op heden is de Hoge Raad steeds zeer terughoudend geweest om vervolgingsbeslissingen van het openbaar ministerie op dit punt inhoudelijk te toetsen of door feitenrechters vergaand te laten toetsen.²⁶ Enkel daar waar geen redelijk denkend of handelend officier van justitie tot de genomen vervolgingsbeslissing zou kunnen komen, lijkt de rechter bereid corrigerend in te grijpen.²⁷ Het behoeft geen nadere toelichting dat die lat erg hoog ligt.²⁸ Van het tot de beginselen van een goede procesorde behorende gelijkheidsbeginsel lijkt zodoende weinig over te blijven. De facto zal nagenoeg geen geval als zijnde gelijk worden bestempeld nu er altijd minuscule verschillen zijn waar te nemen die ervoor zorgen dat het openbaar ministerie binnen de hem toekomende beoordelingsruimte de afweging kon maken om bepaalde leidinggevers wel en anderen niet te vervolgen. Dit heeft ook tot gevolg dat het uitgangspunt dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate van ongelijkheid evenmin veel om het lijf heeft. Als niet kan worden aangetoond in hoeverre gevallen gelijk zijn, kan evenmin inzichtelijk worden gemaakt in hoeverre zij uiteenlopen, laat staan dat kan worden hardgemaakt of en in hoeverre die divergentie een verschil in behandeling rechtvaardigt. Daarmee krijgt een beroep op het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht toch een beetje de stempel kansloos en verspilde moeite.

3.3. Boeteoplegging in het bestuursrecht: keuzevrijheid aan banden?

3.3.1. Gebonden aan beginselen

Het verschil met het bestuursrecht kan in dat opzicht eigenlijk niet groter zijn. De terughoudendheid van de strafrechter staat in schril contrast tot de intensiteit waarmee de bestuursrechter een

beroep op het gelijkheidsbeginsel pleegt te toetsen en het gemak waarmee deze boetes wegens strijd met dat beginsel vernietigt. Veel woorden heeft de bestuursrechter daar veelal niet voor nodig, hetgeen meteen de vanzelfsprekendheid van de vernietiging blootlegt. Zo vernietigde het College van Beroep voor het bedrijfsleven onlangs een aan een feitelijk leidinggever opgelegde boete voor het schenden van de prospectusplicht (art. 5:2 Wet op het financieel toezicht, verder: Wft) omdat de Autoriteit Financiële Markten (verder: AFM) een volgens het College vergelijkbaar geval tegen een andere vermeende overtreder had afgedaan met een waarschuwing.²⁹ Volgens het College dienen bestuursorganen op een consistente wijze gebruik te maken van hun bevoegdheden inzake boeteoplegging om te voorkomen dat zij in strijd met het verbod van willekeur handelen. Dat betekent dat zij, indien zij in het ene geval wel en in het andere geval niet overgaan tot boeteoplegging, inzichtelijk moeten maken op welke gronden die afweging is gebaseerd. Ook moet die afweging overtuigen. Er zal duidelijk moeten blijken waarin beide gevallen verschillen en waarom dat verschil een andere afdoening rechtvaardigt.³⁰ Volgens de AFM verschilden beide zaken in zoverre dat de beboete feitelijk leidinggever ook betrokken zou zijn bij een andere overtreding, terwijl de niet-beboete feitelijk leidinggever bovendien bij de AFM had geïnformeerd naar de toelaatbaarheid van haar gedragingen. Het College zag daarin evenwel onvoldoende aanknopingspunten om dit verschil in afdoening te rechtvaardigen. De desbetreffende overtreding was immers van een geheel andere aard dan de overtreding waarvoor de boete was opgelegd. Bovendien zou deze overtreding direct na ontvangst van het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom zijn beëindigd. Ook het gegeven dat de andere feitelijk leidinggever bij de AFM had geïnformeerd werd irrelevant bevonden, nu die navraag geen nieuwe informatie opleverde bovenop hetgeen reeds uit de wettekst kon worden afgeleid. Om die reden kon de beboete feitelijk leidinggever ook niet worden tegengeworpen dat hij zich niet tot de AFM had gewend.

In juni 2017 kwam de Rechtbank Rotterdam in de *Imtech*-zaak al tot een vergelijkbaar oordeel. Hier werd de CFO van Imtech onder andere verweten dat deze feitelijk leiding zou hebben gegeven aan het overtreden van art. 5:58, eerste lid, aanhef en onder d, Wft, oftewel het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van de vraag naar of de koers van financiële instrumenten.³¹ Over de juistheid van die beschuldigingen laat de rechtbank zich niet uit nu zij van mening is dat het besluit van de AFM om enkel

26. De in HR 16 december 1986, NJ 1987/321, m.nt. A.C 't Hart (Slavenburg II) aangehaalde overwegingen van het Amsterdamse Gerechtshof zijn daarvoor tekenend. Zie over deze toetsingsruimte uitvoerig J.M.W. Lindeman, 'Redelijk handelende officieren en de vervolgingsbeslissing', in: C. Kelk e.a. (red.), *Veelzijdige gedachten. Liber amicorum prof. dr. Chrisje Brants*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013, p. 283-295.

27. HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, NJ 2013/109 m.nt. T.M. Schalken; HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Coffeshop Checkpoint*).

28. Enigszins anders M.J.A. Duker, 'Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter', *Trema* 2010, p. 238-244, die stelt dat de zittingsrechter beduidend meer ruimte heeft om de vervolgingsbeslissing te toetsen dan algemeen wordt aangenomen. Verderop kom ik hierop terug.

29. Cbb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409.

30. Zie bijvoorbeeld Cbb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104, JOR 2016/199 m.nt. J.M. van Poelgeest.

31. Rb. Rotterdam 17 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3062, JOR 2017/171 m.nt. D.R. Doorenbos (*CFO Imtech*).

de CFO en niet de CEO te beboeten een schending van het gelijkheidsbeginsel oplevert. Beiden waren immers actief betrokken bij het opstellen van de beweerdelijk onjuiste persberichten. Bovendien gold de toepasselijke norm 'evenzeer – of evenmin; de rechtbank laat dit in het midden' voor beide betrokkenen. De AFM mocht dus niet alleen de CFO in rechte aanspreken simpelweg omdat het hier financiële informatie betrof waarvoor de CFO in haar ogen de primaire verantwoordelijkheid droeg. Om tot die conclusie te komen had de AFM volgens de rechtbank eerst nader grondig onderzoek moeten doen naar de onderlinge verantwoordelijkheidsverdeling tussen de CEO en de CFO van Imtech, hetgeen de AFM in de ogen van de rechtbank onvoldoende had gedaan.

Bezien vanuit strafrechtelijke optiek is de uitkomst van beide zaken opvallend. Het aandragen van diezelfde factoren door het openbaar ministerie ten overstaan van de strafrechter zou zeer waarschijnlijk tot de slotsom hebben geleid dat het openbaar ministerie wel tot een andere vervolgingsbeslissing had kunnen komen, zeker in de eerstgenoemde casus. Het al dan niet zijn van 'first offender' en de specifieke functie die de betrokkene vervult binnen de onderneming zijn omstandigheden waaraan het openbaar ministerie vergaande en doorslaggevend betekenis mag toekennen bij de vervolgings- en afdoeningsbeslissing. Daarnaast lijkt de strafrechter sowieso bereid om meer ongelijkheid te accepteren dan de bestuursrechter. Bij een overdaad aan strafbare feiten en een beperkte opsporings- en vervolgingscapaciteit moeten er eenvoudigweg keuzes worden gemaakt in het vervolgingsbeleid. Die keuzes kunnen soms onrechtvaardig uitvallen, zeker daar waar bepaalde personen worden vervolgd terwijl anderen die even schuldig zijn de dans ontspringen.³²

3.3.2. Gebonden aan eigen beleid

Willekeur past niet bij een overheid die wordt geacht integer en in overeenstemming met het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel te handelen. Om die reden kunnen bestuursorganen, het openbaar ministerie daaronder mede begrepen, ingevolge het vertrouwensbeginsel door de rechter worden gehouden aan het door henzelf gehanteerde beleid. Niettemin lijkt er ook op dit vlak een zekere discrepantie te bestaan tussen het bestuurs- en het strafrecht en lijken beide rechtsgebieden ook hier uit elkaar te groeien. Een analyse van diverse recente ontwikkelingen laat in ieder geval een duidelijk tegengestelde tendens zien.

Afgaande op een spraakmakende recente bestuursrechtelijke uitspraak kan worden gesteld dat de bestuursrechter de teugels duidelijk aantrekt. In juni 2017 verplichtte het College van Beroep voor het bedrijfsleven de AFM om haar eigen interne boetebe-

leid te openbaren³³ en werd dat beleid, hoewel werd erkend dat dit interne beleid geen beleidsregel in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb betrof, door het College bovendien in zijn oordeel betrokken en werd het boetebesluit van de AFM vrij nauwgezet aan dit beleid getoetst. Dit resulteerde in een halvering van de aan twee feitelijk leidinggevers opgelegde boetes. Het door de AFM opgestelde boetebeleid en de criteria en uitgangspunten die daarin waren geformuleerd, werden volgens het College ook feitelijk door de AFM gehanteerd in haar beschikkingspraktijk en als vaste gedragslijn toegepast voor de bepaling van de hoogte van de op te leggen boetes en voor de wijze waarop bij die boeteoplegging rekening werd gehouden met de financiële positie van de overtreder. Om die reden was het in de ogen van het College ook niet meer dan passend dat het College dit beleid in zijn eigen beoordeling van de zaak diende te betrekken.³⁴

Nu is het op zich niet vreemd dat een overheidsorgaan aan zijn eigen beleid wordt gehouden. Het bijzondere is dat het hier gaat om intern beleid dat nimmer bedoeld was om de organisatie ook extern te binden. Het beleid was als zodanig ook niet extern gecommuniceerd of anderszins extern kenbaar, laat staan dat het langs de daarvoor bestemde officiële kanalen was gepubliceerd. Daarmee gaat deze door het College ingeslagen weg aanzienlijk verder dan in het strafrecht gebruikelijk is. Daar geldt dat richtlijnen – mits behoorlijk gepubliceerd en voor zover zij zich naar hun inhoud en strekking daartoe lenen – recht in de zin van art. 79 Wet op de rechterlijke organisatie (verder: RO) vormen waarop verdachten zich ten overstaande van de (cassatie) rechter kunnen beroepen.³⁵ Interne beleidsstukken binden het openbaar ministerie uitdrukkelijk niet. Basisvoorwaarde voor externe werking is immers dat het openbaar ministerie uit eigen beweging tot een officiële bekendmaking van dat beleid is overgegaan. Cruciaal is dat de bekendmaking met goedvinden of medeweten van het openbaar ministerie heeft plaatsgevonden, zodat is verzekerd dat deze beleidsregels voor alle justitiabelen op gelijke wijze kenbaar en toegankelijk zijn.³⁶

Ook hier laat zich een tegengestelde tendens zien. Waar de bestuursrechter voornoemde jurispruden-

32. Duker 2010, p. 241.

33. CbB 15 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:223, JOR 2017/234 m.nt. S.M.C. Nuijten. Zie hierover eveneens W. Keuning, 'Rechter dwingt AFM boetebeleid te openbaren', *Het Financieele Dagblad* 26 juni 2017.

34. CbB 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309, JOR 2017/324 m.nt. S.M.C. Nuijten.

35. HR 28 maart 1990, NJ 1991/118 m.nt. M. Scheltema; HR 19 juni 1990, NJ 1991/119 m.nt. M. Scheltema en Th.W. van Veen; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014, p. 32-33; A. Verbruggen, 'Een opdrogende rechtsbron. De stille verdwijning van de beleidsregels', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2017, p. 1-2.

36. HR 28 maart 1990, NJ 1991/118 m.nt. M. Scheltema; HR 19 juni 1990, NJ 1991/119 m.nt. M. Scheltema en Th.W. van Veen.

tiële lijn doortrekt naar intern gehanteerd beleid dat het gedrag van het bestuursorgaan op groten-deels gelijke wijze beoogt te reguleren als extern gepubliceerd beleid, krabbelt het strafrecht juist terug. Naar aanleiding van de recente beslissing van het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft de AFM haar interne boetebeleid volledig geopenbaard door dit beleid op haar website te plaatsen.³⁷ Later is ook het Bureau Financieel Toezicht (verder: BFT) gevolgd.³⁸ Het openbaar ministerie kiest daartegen voor een tegenovergestelde strategie door beleidsregels met externe werking om te zetten naar als interne richtlijnen fungerende werkinstructies waaraan door derden geen rechten kunnen worden ontleend.³⁹ Strafvorderingsrichtlijnen die wel extern kenbaar zijn worden bovendien steeds abstracter, in die zin dat zij weliswaar uitgangs- of oriëntatiepunten formuleren, maar daarin zo veel marge creëren dat het voor het openbaar ministerie in een concrete zaak altijd wel mogelijk is om argumenten aan te dragen waarom van die uitgangspunten moet worden afgeweken. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid lijken daarmee in het strafrecht aanmerkelijk slechter gewaarborgd dan in het bestuursrecht. Daar komt nog eens bij dat de Hoge Raad afwijking van richtlijnen, mits gemotiveerd en op goede gronden, veelal pleegt te accepteren, en anders wel laat repareren.⁴⁰ De in het voorgaande aangehaalde voorbeelden laten zien dat de bestuursrechter op dit vlak aanmerkelijk minder meegaand is.

3.3.3. *Methodologisch intermezzo: geringe empirische basis geen beletsel voor afleiden breder patroon*

In het bovenstaande is uitsluitend, en bovendien vrij kort en op basis van gering empirisch materiaal, ingegaan op de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht en het bestuursrecht en is ingegaan op één zaak waarin de bestuursrechter de door het bestuursorgaan genomen besluiten toetst aan het eigen interne en voorheen niet extern kenbare beleid van dat bestuursorgaan. Daarmee is de empirische basis van de hieruit afgeleide bevindingen vrij fragiel. Niettemin is mijn verwachting dat het beeld dat uit deze beperkte selectie oprijst indicatief is voor de wijze waarop de bestuursrechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hanteert om rechtsbescherming te bieden aan justitiabelen. Ik zie geen aanleiding om te veronderstellen dat de bestuursrechter een soortgelijk beroep op een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een andere zaak wezenlijk anders zou

beoordelen. Om die reden meen ik uit dit vrij geringe empirische materiaal toch een duidelijk breder patroon te mogen afleiden.

4. **Concretisering van het verwijt aan het adres van de leidinggevende**

4.1. **Uitwerking van feitelijk leidinggeven in de tenlastelegging**

Voor zover het de rechtspersoon betreft, kent het strafrecht geen afwijkende regeling inzake de tenlastelegging van strafbare feiten en zijn de reguliere voorwaarden van art. 261 Wetboek van Strafvordering (verder: Sv) van toepassing.⁴¹ Dat houdt in dat de tenlastelegging voldoende feitelijk, duidelijk en begrijpelijk moet zijn. Voorts moet deze de tijd en plaats waar het vermeende delict is gepleegd vermelden. Voor de aan de feitelijk leidinggever geadresseerde tenlastelegging gelden die voorwaarden echter niet onverkort. Voor de feitelijk leidinggever kan worden volstaan met het overnemen van de aan de rechtspersoon gerichte tenlastelegging met toevoeging van de woorden 'tot welk(e) strafb(a)r(e) feit(en) verdachte, tezamen en in vereniging met een of meer anderen, althans alleen, opdracht heeft gegeven dan wel aan welke verboden gedraging(en) verdachte, tezamen en in vereniging met een of meer anderen, althans alleen, (telkens) feitelijke leiding heeft gegeven', of woorden van gelijke strekking.⁴² Een nadere feitelijke uitwerking waaruit blijkt waar dat feitelijk leidinggeven vervolgens uit zou hebben bestaan, is – anders dan bij andere deelnemingsvormen – niet nodig. Evenmin kent feitelijk leidinggeven een eigen tijd en plaats.⁴³ De leidinggevende volgt in dat opzicht de rechtspersoon. Bepalend is waar, wanneer en hoe de gedraging van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden. De feitelijk leidinggever wordt immers geacht leiding te hebben gegeven aan die gedraging. Daarin ligt kennelijk de veronderstelling besloten dat wanneer uit de tenlastelegging voldoende blijkt waaruit het begaan van het strafbare feit door de rechtspersoon heeft bestaan, eveneens duidelijk

41. Corstens/Borgers 2014, p. 632-638; Kesteloo 2013, p. 127-130; L. Stevens e.a., *De tenlastelegging als grondslag voor de rechterlijke beslissing. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de inrichting van de tenlastelegging en de gebondenheid eraan bij het bewijs, de kwalificatie en de straftoemering in Nederland, België, Frankrijk, Italië en Duitsland*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 34-39. Voor de kennisgeving en betekening van gerechtelijke stukken voorziet het wetboek in art. 529 e.v. Sv wel in een bijzondere regeling.

42. Kesteloo 2013, p. 129-131; B.F. Keulen e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht. Onderzoek naar het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraak tegen de achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en Oostenrijkse recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 53.

43. HR 16 juni 1981, NJ 1981/586 (*Papa Blanca*); HR 29 mei 1984, NJ 1985/6 m.nt. Th.W. van Veen; Keulen e.a. 2010, p. 53.

37. www.afm.nl/nl-nl/over-afm/werkzaamheden/maatregelen/boetehoogte.

38. <https://www.bureaufinancieeltoezicht.nl/wwft/>.

39. Verbruggen 2017.

40. Zie bijvoorbeeld HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1430, NJ 2009/295; HR 8 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3565, NJ 2003/65.

zou moeten zijn waaruit het verwijt aan het adres van de feitelijk leidinggever precies bestaat. Bij die opvatting kunnen de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Geheel overtuigend is dat standpunt namelijk niet. Het gaat bij feitelijk leidinggeven immers om een zelfstandig en persoonlijk verwijt aan het adres van de leidinggevende. Dat verwijt hoeft niet één-op-één gelijk te vallen met het verwijt dat de rechtspersoon wordt gemaakt.⁴⁴ Veelal zal dat ook niet het geval zijn, zeker bij grotere rechtspersonen of wanneer de leidinggevende meer op afstand staat van de concrete verboden gedragingen.

4.2. Uitwerking van feitelijk leidinggeven in het boetebesluit

Opvallend is dan ook dat in het bestuursrecht voor een geheel andere benadering wordt gekozen. Uiteraard moet ook hier het daderschap van de rechtspersoon kunnen worden vastgesteld omdat anders niet aan het accessoriteitsvereiste is voldaan, maar in het boetebesluit kan niet worden volstaan met het enkel beschrijven van de verboden gedragingen van de rechtspersoon. Ook de gedragingen die het feitelijk leidinggeven zouden opleveren, moeten in het besluit nader worden uitgewerkt,⁴⁵ hetgeen in de praktijk, afgaande op de gepubliceerde boetebeschikkingen,⁴⁶ ook daadwerkelijk gebeurt. De aard van de bestuursrechtelijke procedure dwingt daar ook toe. Zonder een fatsoenlijk uitgewerkt boetebesluit kan de toegevoegde waarde van het inbrengen van zienswijzen (art. 5:50 Awb) en het instellen van bezwaar bij de toezichthouder zelf (art. 6:4 Awb) immers worden betwijfeld. Ook het onderbouwen van een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen (art. 8:81 Awb) zal behoorlijk lastig worden. De opbouw van dergelijke boetebesluiten verloopt via een vast stramien. Na een uiteenzetting van het geldende kader voor aansprakelijkheid en een schets van het procesverloop tot dusverre, zet het bestuursorgaan in diens boetebesluit, en het veelal bijkomende besluit op bezwaar,⁴⁷ uitvoerig uiteen waarom het van mening is dat aan de aansprakelijkheidscriteria is voldaan, waarbij veelal eveneens wordt ingegaan op verweren die daartegen in de voorfase van het boetetraject zijn aangevoerd.⁴⁸ Daarin valt ook duidelijk op dat het verwijt zich daadwerkelijk concentreert op het persoonlijke verwijt dat in feitelijk leidinggeven besloten ligt.

Voor zover dat verwijt samenvalt met het verwijt aan het adres van de rechtspersoon vertoont die uiteenzetting doorgaans een zekere mate van overlap, maar uiteindelijk staat de persoonlijke bijdrage die de betrokkene aan de overtreding heeft geleverd wel centraal in het besluit. Dit terwijl de tenlastelegging zich duidelijk concentreert op het gedrag van de rechtspersoon en veel meer in het midden laat waar het feitelijk leidinggeven precies uit heeft bestaan. Het overzichtsarrest over feitelijk leidinggeven uit 2016 laat zien dat feitelijk leidinggeven veel verschillende verschijningsvormen kent.⁴⁹ Daarmee is het voor de vermeende feitelijk leidinggever in het strafrecht veel moeilijker om te anticiperen op de beschuldigingen zoals deze uiteindelijk door het openbaar ministerie ten overstaande van de zittingsrechter naar voren zullen worden gebracht, terwijl men ervan mag uitgaan dat die beschuldigingen op het moment dat de tenlastelegging wordt uitgebracht toch redelijk uitgekristalliseerd zouden moeten zijn. Tegen die achtergrond valt ook niet in te zien waarom de tenlastelegging niet alvast een tipje van de sluier zou kunnen oplichten door meer inzicht te geven in dat concrete verwijt. Dat zou de focus en diepgang van het onderzoek ter terechtzitting niet alleen ten goede komen, maar bovendien ook een einde maken aan de huidige situatie waarin de verdediging in het bestuursrecht aanmerkelijk beter beslagen ten ijs kan komen dan in het strafrecht het geval is.

4.3. Nadeel van de strafrechtelijke praktijk

Het voorgaande roept de vraag op of het wel wenselijk is om aan de huidige strafrechtelijke tenlasteleggingspraktijk vast te houden. Vooropgesteld zij dat de zeer beperkte aanduiding in de tenlastelegging geen strijd oplevert met art. 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (verder: EVRM). Door slaggevend voor het Hof in Straatsburg is of de betrokkene diens verdedigingsrechten effectief heeft kunnen uitoefenen. Dat houdt in dat de informatie die vooraf aan de verdachte is verschaft afdoende moet zijn geweest om hem in staat te stellen om zich op een gedegen wijze voor te bereiden op diens verdediging tegen de feiten waarvoor hij uiteindelijk is veroordeeld.⁵⁰ Binnen de huidige strafrechtelijke tenlasteleggingspraktijk is die informatie over hoe het verwijt precies vorm krijgt weliswaar summier maar niettemin toereikend, zeker nu de materiële voorwaarden voor aansprakelijkheid bekend zijn vanuit de jurisprudentie.

44. Zie voetnoot 12.

45. Art. 5:48 juncto 5:53 lid 2 Awb.

46. Daardoor is dit beeld mogelijk enigszins vertekend (zie hierover nader G.P. Roth, 'Publicatie van sancties', in: D.R. Doorenbos, M.J.C. Somsen en G.V. Naber (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw*, Deventer: Kluwer 2013, p. 251-267).

47. Over de toegevoegde waarde van deze bezwarenprocedure lopen de meningen overigens uiteen. Zie voor een kritische beschouwing G.P. Roth, 'Bezwaar maken bij de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2018, p. 148-150.

48. Vgl. Roth 2018, p. 148.

49. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk. Zie hierover nader Hornman 2016b.

50. Keulen e.a. 2010, p. 49-50 en B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 422-424 onder verwijzing naar EHRM 24 oktober 1996, NJ 1998/294 m.nt. G. Knigge (*De Salvador Torres t. Spanje*) en EHRM 25 maart 1999, appl. no. 25444/94 (*Pélissier e/Sassi t. Frankrijk*).

Hoewel van strijd met het EVRM dus geen sprake is, zijn er meer dan voldoende redenen om de gebruikelijke wijze van ten laste leggen in twijfel te trekken, zowel vanuit rechtsbeschermend als vanuit instrumentalistisch oogpunt. Daar komt bij dat er geen wezenlijke bezwaren zijn tegen het nader uitwerken van feitelijk leidinggeven in de tenlastelegging. Bij andere deelnemingsvormen gebeurt dit immers ook gewoon. En hoewel interne openbaarheid ook in de voorfase van het onderzoek van groot belang is, kan daar nog worden aangevoerd dat opsporingsautoriteiten een legitiem belang hebben om niet in een al te vroeg stadium al volledige openheid van zaken te moeten geven. Op het moment van het uitbrengen van de dagvaarding zou men toch mogen verwachten dat het verwijt jegens de betrokkene reeds voldoende is uitgekristalliseerd. De bestuursrechtelijke praktijk laat bovendien zien dat het nader uitwerken van het verwijt in het boetebesluit daar niet tot problemen heeft geleid. Groot voordeel van nadere uitwerking voor de verdachte is dat het verwijt aan diens adres veel concreter wordt, zodat deze diens verdediging beter kan voorbereiden. Bijkomend voordeel is dat dit het openbaar ministerie er ook toe zou dwingen om dat verwijt veel eerder openbaar en concreet te maken. Voor een leerstuk waarbij het concrete verwijt aan het adres van de verdachte nogal eens onduidelijk wil blijven is dat winst, zeker daar waar het de ondergrens van feitelijk leidinggeven betreft. Over die ondergrens – de vraag wanneer ondermaats leidinggeven strafwaardig leidinggeven wordt – is veel te doen.⁵¹ Nadere concretisering kan die discussie alleen maar vooruit helpen. Het enkel benoemen van het verwijt dat de rechtspersoon wordt gemaakt, kan dit aspect onvoldoende ondervangen. Het gaat bij feitelijk leidinggeven immers niet om een van de rechtspersoon afgeleid verwijt, maar om een eigen persoonlijk verwijt. Dat verwijt zou idealiter ook meer in de tenlastelegging tot uiting moeten komen zoals bij andere deelnemingsvormen ook gebeurt. Het leidinggeven aan de gedraging van de rechtspersoon is immers wat anders dan het zelf verrichten van die onderliggende strafbare gedraging. Op dat laatste, de door de rechtspersoon verrichte gedraging, is de tenlastelegging nu nog te veel toegespitst.

Vanuit rechtsbeschermend perspectief valt er dus veel voor een heroverweging te zeggen. Een meer op het eigen verwijt van de feitelijk leidinggever toegesneden tenlastelegging is echter ook vanuit instrumentalistisch oogpunt te prefereren. Nu concentreert de tenlastelegging zich puur op de gedraging van de rechtspersoon. Het is die gedra-

ging waaraan leiding zou zijn gegeven, en het is derhalve ook die gedraging waarvan de verdachte weet moeten hebben. Men kan immers uitsluitend leidinggeven aan gedragingen waarvan men, minimaal in de zin van kennis van soortgelijke feiten, op de hoogte is.⁵² Hoe specifiek de gedraging van de rechtspersoon dus in de tenlastelegging is weergegeven, hoe specifiek de kennis van de leidinggevende moet zijn.⁵³ Het is de vraag of een dergelijke strikte gebondenheid aan de gedraging van de rechtspersoon wel wenselijk is. Dergelijke kritiek werd ten tijde van de *Slavenburgaffaire* al aangevoerd,⁵⁴ en bleek meer recent nog bij de vervolging van de directeur van *Chemie-Pack*.⁵⁵ Het leidinggeven aan het opzettelijk dan wel culpoos veroorzaken van brand (art. 157 en 158 Sr) was in deze tenlastelegging direct gekoppeld aan het gebruik van de gasbrander die door een medewerker werd gehanteerd om een bevroren harspomp te ontdooien. Van dat gebruik had de directeur geen weet, dus volgde vrijspraak. Tussen de regels door valt in het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch niettemin te ontwaren dat dit bij een anders opgebouwde tenlastelegging waarschijnlijk anders zou zijn geweest.⁵⁶ Ook de Rechtbank Breda was op dit punt eerder zeer kritisch.⁵⁷ Zowel in de *Slavenburgaffaire* als in de casus *Chemie-Pack* strandde de vervolging voor een groot deel op het onvoldoende kunnen vaststellen van kennis van de concrete aan de rechtspersoon verweten gedragingen, terwijl in beide gevallen kon worden betoogd dat het concrete gedrag dat door de rechtspersoon werd vertoond onmiskenbaar paste binnen een bredere organisatiecultuur waarbinnen niet-normconform gedrag al dan niet stilzwijgend werd aangemoedigd en waarbij de ondernemingsleiding weinig tot niets ondernam om aan die onwenselijke bedrijfscultuur en praktijken

51. Zie o.a. C.M.I. van Asperen de Boer, 'Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel I)', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2014, p. 19-30; D.R. Doorenbos, 'Slecht leiding geven', in: A.A. Franken en Th.J. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht. Liber amicorum Jan Sjöcrona* (Sjöcrona-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 29-47; Hornman 2016a, p. 80-81 en 468-488.

52. Doorenbos 2014, p. 35; Van Elst 1997, p. 58-60; Hornman 2016a, p. 70; De Hullu 2015, p. 486-487; Sikkema 2010, p. 76-77.

53. Deze strikte binding aan de bewoordingen uit de tenlastelegging past overigens in een bredere tendens. Ook bij de beoordeling van de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen en de reikwijdte van het opzet van de medepleger komt vergaande betekenis toe aan de wijze waarop de concrete verweten gedragingen vorm hebben gekregen in de tenlastelegging (HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, NJ 2018/134 m.nt. N. Keijzer r.o.3.7.1 (*Gemeente Strichtse Vecht*); HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3099, NJ 2014/502 r.o. 2.5).

54. J.C.M. Leijten, 'Leiding geven aan een verboden gedraging, begaan door een rechtspersoon', in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen* (Maeijer-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 144-145; R.A. Torringa, *De rechtspersoon als dader; strafbaar leidinggeven aan rechtspersonen*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 52-53.

55. Zie nader Hornman 2016b, p. 130-131.

56. Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1597.

57. Rb. Breda 21 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000.

een einde te maken. Door de door de rechtspersoon verrichte gedraging minder leidend te maken voor de tenlastelegging en bewezenverklaring van feitelijk leidinggeven, kan het eigen verwijt dat de leidinggevende wordt gemaakt – zelfs binnen de accessoire verhouding die inherent is aan de manier waarop feitelijk leidinggeven thans wettelijk vorm krijgt⁵⁸ – beter over het voetlicht komen. De wijze waarop dat thans gebeurt bij de oplegging van bestuurlijke boeten laat zien dat dat ook zeer wel mogelijk is. Ervaringen uit het buitenland waar de binding aan de tenlastelegging minder stringent is laten een vergelijkbaar beeld zien.⁵⁹

5. Doorwerking van de uitgangspunten van de keuze voor een sanctiestelsel

5.1. Een niet te rechtvaardigen verschil in rechtsbescherming

Het voorgaande laat een duidelijk divergerende lijn zien tussen twee parallelle rechtsgebieden die in wezen hetzelfde overheidshandelen beogen te reguleren. Hoewel niet kan worden ontkend dat het bestuurs- en het strafrecht op bepaalde vlakken beetje bij beetje naar elkaar toe kruipen – waarbij het bestuursrecht zich vooral aan het strafrecht lijkt op te trekken, terwijl de liefde in omgekeerde richting duidelijk beperkter is –, bewegen beide rechtsgebieden zich op andere cruciale vlakken in rap tempo uiteen. Van enige indicatie dat een kentering in deze ontwikkeling aanstaande zou zijn, blijkt vooralsnog niet. Daarmee verschilt de rechtsbescherming die de feitelijk leidinggever kan verwachten aanzienlijk per rechtsgebied. Het is de vraag of dat verschil kan worden gerechtvaardigd. In dat kader komt grote betekenis toe aan het gewijzigde standpunt van het kabinet inzake de keuze voor een sanctiestelsel.

In de kabinetsnotitie over het sanctiestelsel uit 2005 werd nog als uitgangspunt geformuleerd dat ‘de aard en de ernst van het feit’ bepalend zouden moeten zijn voor de keuze van het te hanteren afdoeningsregime. Concreet hield dat in dat het bestuursrecht werd gezien als het instrument om lichte, massale en eenvoudige overtredingen te handhaven, waarbij de sanctie relatief laag was, er voor de betrokkene weinig op het spel stond en waarvan de constatering relatief licht en eenvoudig was.⁶⁰ In de meer recente nota van 2008 klinkt een heel ander beoordelingskader door. Niet langer zijn de aard en ernst van het feit doorslaggevend, maar de vraag of er sprake is van een zogeheten open of besloten context. Van een open context is kortgezegd sprake wanneer het gaat om de hand-

having van algemene regels die altijd en voor een ieder gelden en dus niet alleen voor partijen die ervoor kiezen om zich op een specifieke markt te begeven. Voorts kent een open context geen specifiek gespecialiseerd handhavend bestuursorgaan dat zich volledig concentreert op de handhaving van een beperkte categorie aan regelgeving. Een besloten context dient zich daarentegen aan indien er sprake is van een min of meer structurele toezichtrelatie tussen bestuursorgaan en justitiabele die meer omvat dan incidenteel en toevallig contact tussen beide partijen. Een besloten context ziet op een langdurige en veelal redelijk intensieve toezichtrelatie. Het gaat daarbij ook om een duidelijk afgebakende relatie waarbij de taken van het handhavende orgaan uitsluitend zien op één beperkte en duidelijk afgebakende set aan regelgeving. Als gevolg daarvan zijn deze toezichthoudende en handhavende instellingen uitermate deskundig en bekend met het werkveld, en is het werkveld ook uitermate bekend met hen.⁶¹

In die nieuwe opvatting is dus niet langer de gedraging van de dader, en in het bijzonder de aard, ernst, omvang en complexiteit daarvan, bepalend voor de keuze van een handhavingsregime, maar is de positie van de toezichthouder zelf doorslaggevend geworden. Het gaat niet langer om het vinden van een passend regime dat recht doet aan de ernst van het feit, maar om het vinden van een passend regime dat het meest praktisch is vanuit het oogpunt van effectieve rechtshandhaving. Daarmee komt de handhaver zelf centraal te staan, niet de gedraging waartegen handhavend moet worden opgetreden. Dat is een wezenlijk verschil. In 2005 leek het nog om een principiële keuze te gaan – het strafrecht is aangewezen indien de aard, ernst en omvang van de feiten daartoe aanleiding geven –, sinds 2008 zijn het vooral pragmatische argumenten die de doorslag geven.⁶²

Het is ook precies dat punt dat in de rechtspraktijk tot ongemak leidt⁶³ en waar de kritiek van het ongevraagde advies van de Afdeling Advies van de Raad van State (verder: AARvS) van 13 juli 2015 inzake

61. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 69; J.H. Crijns, ‘Op zoek naar consistentie. Bestrafing buiten de rechter om in strafrecht en bestuursrecht’, *RM Themis* 2014, p. 271; M.J.A. Duker, ‘Vervolg en berechting’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgeverij 2011, p. 511-514; N.G.H. Verschaeren, ‘(Buitengerechtelijke) strafrechtelijke, bestuursrechtelijke, duale of dubbele handhaving? Recente ontwikkelingen omtrent buitengerechtelijke afdoening en de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht’, *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2017, p. 129.

62. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister inzake sanctiestelsels, no. W03.0138.11, 13 juli 2015, *Stcr.* 2015, 30280 (AARvS 2015), p. 6-7; L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afscheidsrede EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 11-16; Verschaeren 2017, p. 130.

63. Zie hierover nader Verschaeren 2017, p. 131-133.

58. Over de vraag of die bestaande accessoire structuur moet worden behouden, lopen de meningen overigens uiteen (zie hierover nader De Hullu 2015, p. 508; Sikkema 2010, p. 98).

59. Zie hierover nader Stevens e.a. 2016.

60. *Kamerstukken II 2005/06*, 29 849, nr. 30.

sanctiestelsels zich op richt. Door enkel betekenis toe te kennen aan praktische afwegingen en vooral oog te hebben voor wat in de praktijk goed werkt, ontbreekt een duidelijk criterium dat inhoudelijk richting geeft aan de keuze voor een sanctiestelsel. Dat is bezwaarlijk. De keuze voor een bepaald afdoeningsregime behelst gelijktijdig namelijk ook een keuze voor een bepaald systeem van rechtsbescherming. Voor het kabinet is het kennelijk om het even of het orderingsrecht nu via het strafrecht of het bestuursrecht wordt gehandhaafd, zolang die handhaving maar effectief is. Dat laatste is wat telt, zo volgt althans uit de nota van 2008. Voor het overige zijn beide regimes in de ogen van het kabinet inwisselbaar.⁶⁴ Dat laatste wordt door de AARvS betwist. Voor de justitiabele zijn die systemen namelijk helemaal niet inwisselbaar. Het maakt voor de justitiabele wel degelijk uit of deze nu door de hond of door de kat wordt gebeten. De uiteenzetting in de paragrafen 3 en 4 laat ook duidelijk zien dat de rechtsbescherming voor de feitelijk leidinggever in het strafrecht wezenlijk verschilt van het bestuursrecht.⁶⁵ De specifieke punten waar de AARvS de nadruk op legt, zoals het verschil in beroeps- en verzettermijnen, de al dan niet opschortende werking van het instellen van rechtsmiddelen, de aanspraak op rechtsbijstand, de heffing van griffiekosten en de gevolgen voor de justitiële documentatie,⁶⁶ zijn daarin nog niet eens betrokken. Ook het bestuursrechtelijke verbod van *reformatio in peius*, hetgeen behelst dat een rechtszoekende door het instellen van bezwaar of beroep niet in een slechtere positie mag komen te verkeren dan wanneer deze geen rechtsmiddel had ingesteld, laat een wereld van verschil zien met het strafrecht. Het staat de strafrechter immers vrij om een hogere straf op te leggen dan door de officier van justitie is gevorderd of bij strafbeschikking is opgelegd.⁶⁷ Het niet accepteren van een transactievoorstel voor een taakstraf of een geldboete kan dus uitdraaien op een vrijheidsstraf. Voorts lijkt de strafrechter meer dan de punitieve bestuursrechter bereid om aanvullend onderzoek te (laten) verrichten om te zien of alsnog tot een bewezenverklaring kan worden gekomen. De bestuursrechter neemt in dat opzicht een meer terughoudende positie in door enkel te controleren of de door het bestuursorgaan aangedragen gronden toereikend zijn voor de oplegging van de boete en de hoogte daarvan; zijn zij dat niet, dan volgt vernietiging. De bestuursrechter gaat niet zelf ten nadele van de justitiabele op zoek naar aanvullen-

de gronden op basis waarvan het bestreden besluit eventueel alsnog in stand zou kunnen blijven.⁶⁸ Al deze verschillen doen willekeurig aan. Duidelijke en overtuigende rationele argumenten die deze verschillen kunnen rechtvaardigen zijn er in ieder geval niet.

Een zekere mate van divergentie tussen rechtsgebieden hoeft niet problematisch te zijn en is gezien de eigen systematiek van die rechtsgebieden in zekere zin ook onvermijdbaar.⁶⁹ Door in de keuze voor een sanctiestelsel doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de vraag van welk rechtsgebied de grootste slagkracht valt te verwachten, kunnen dergelijke kleine nuanceverschillen echter tot substantieel andere uitkomsten leiden. Onder het oude kabinetsstandpunt waarin de aard en de ernst van het feit nog bepalend waren, bestond dat risico vanzelfsprekend ook, maar daar waren de consequenties veel minder ingrijpend. Als alle ernstige feiten onder het strafrecht zouden vallen, terwijl de lichtere feiten gereserveerd zouden blijven voor het bestuursrecht, dan is er weliswaar een verschil in afdoening en rechtsbescherming tussen ernstige en minder ernstige feiten, maar dan worden alle ernstige feiten wel op relatief gelijke wijze behandeld. Net zoals dat voor de lichtere overtredingen het geval is. Onder het nieuwe kabinetsstandpunt bestaat daarentegen het reële risico dat een bepaald ernstig feit wezenlijk anders wordt behandeld dan een ander feit van nagenoeg gelijksoortige ernst. Dat verschil in behandeling valt veel moeilijker, en misschien zelfs helemaal niet, te rechtvaardigen aangezien de keuze voor een sanctiestelsel afhangt van willekeurige factoren – toevalligheden – in plaats van principiële argumenten.

5.2. Hoe nu verder?

Dat roept de vraag op: hoe nu verder? In theoretisch opzicht zou de meest eenvoudige oplossing zijn om terug te keren naar het oude afwegingskader waarin de aard en ernst van de feiten bepalend zijn voor de keuze van een sanctiestelsel. Het verschil tussen straf- en bestuursrechtelijke rechtsbescherming blijft dan bestaan, maar is om bovenstaande redenen veel minder problematisch. Een volledige terugkeer zou echter een dusdanig forse herbeschikking van het huidige handhavingslandschap vergen dat die optie in mijn optiek eigenlijk niet meer als realistisch kan worden beschouwd, hoeveel daar op principiële gronden ook voor valt te zeggen.⁷⁰ Het uitgangspunt van 2005 is simpelweg

64. Rogier 2014, p. 14.

65. Opvallend is overigens dat de AARvS haar kritiek primair richt op de in haar ogen achterblijvende rechtsbescherming in het bestuursrecht. Aan het hier geschetste punt dat het eerder de strafrechtelijke rechtsbescherming is die op bepaalde vlakken duidelijk achterblijft, gaat het advies, met uitzondering van enkele wetstechnische aspecten, grotendeels voorbij.

66. AARvS 2015, p. 9-11; Bröring 2017a, p. 49-60; Crijns 2014, p. 271-272; Verschaeren 2017, p. 131.

67. Bröring 2017a, p. 35-37; Bröring 2017b, p. 320; Crijns 2014, p. 272.

68. Dit is althans de gebruikelijke uitleg van art. 8:69 Awb.

69. Bröring 2017a, p. 32 en 35-40.

70. Tegen die achtergrond kan mijns inziens zelfs worden betoogd dat het uitgangspunt uit 2005 in meest zuivere vorm nimmer een realistische optie is geweest nu aan de consequente doorvoering daarvan teveel haken en ogen kleven. De verwerpelijkheid van de gedraging wordt als onderscheidend criterium breed gedeeld, maar laat zich lastig operationaliseren (Rogier 2014, p. 12).

een gepasseerd station. Zelfs een gedeeltelijke terugkeer naar dat uitgangspunt stuit op praktische bezwaren.⁷¹ In veel gevallen zou dat immers resulteren in een duale handhavingsstructuur – het welbekende model B⁷² – waarbij de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke weg parallel naast elkaar bestaan en in nadere regelgeving moet worden uitgewerkt welke route wanneer is aangewezen. Dat vergt een secure afstemming tussen openbaar ministerie en de bestuurlijke handhavingsautoriteiten en het is de vraag of dat werkbaar is in situaties waarin direct, en soms wellicht deels onverwacht, doortastend moet worden opgetreden. In dergelijke gevallen berust de inhoudelijke expertise veelal bij de bestuursorganen, terwijl het bij de meer ernstige gedragingen aan het strafrecht zou zijn om corrigerend te interveniëren. Dat is mijns inziens vragen om problemen. Een dergelijk systeem werkt mooi op de tekentafel maar veel minder in de praktijk, zeker onder hoge (tijds)druk. Dit zou namelijk vergen dat de meest toegeruste instantie om de materie inhoudelijk te beoordelen, die beoordeling als het er echt op aankomt, uithanden moet geven aan een minder gespecialiseerde instantie die bovendien een veel bredere verantwoordelijkheid heeft dan alleen op dit terrein en er om die reden ook een andere prioriteitstelling op na kan houden. Dat terwijl de timing van het moment van ingrijpen in een toezichtrelatie al zeer precair is. Vroegtijdig interveniëren zet de relatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde onder druk. Te laat ingrijpen ondergraaft het vertrouwen van de samenleving.⁷³ Ik zie niet in hoe evenwichtige en zorgvuldige handhaving erbij gebaat kan zijn om die afweging nog verder te compliceren.⁷⁴ Het opteren voor een parallelle structuur zou veelvuldig en intensief overleg vergen tussen bestuursorgaan en openbaar ministerie om hieraan tegemoet te komen en om te voorkomen dat beide elkaar in de wielen rijden dan wel dat beide instanties naar elkaar wijzen en handhaving in het geheel uitblijft. Slechte ervaringen op dit terrein zouden er bovendien toe kunnen

leiden dat bestuursorganen het heft in eigen hand nemen en met hun, als gevolg van de gedeeltelijke terugkeer naar het oude uitgangspunt, terugschroefde sanctiearsenaal zelfstandig tot handhaving overgaan omdat men weet dat de zwaardere en meer passend bevonden reactie die vanuit het strafrecht zou moeten komen waarschijnlijk toch zal uitblijven. Iets is dan beter dan niets.

Dat er op fiscaal terrein reeds langdurige en redelijk succesvolle ervaring is met het bestaan van parallelle handhavingsmechanismen die worden gereguleerd door het una via-beginsel maakt het bovenstaande mijns inziens niet anders. In het fiscale recht staan immers andere belangen op het spel. Miscommunicatie tussen belastingdienst en openbaar ministerie leidt er in deze context hoogstens toe dat de verhaalsmogelijkheden van de staat door zijn eigen inertie optreden worden gefrustreerd. Dat valt uiteraard te betreuren, maar dit tast de stabiliteit van het belastingsysteem als geheel niet aan. De consequenties zijn dus te overzien. Voor de deelreinen waar De Nederlandsche Bank (verder: DNB) en AFM actief zijn, de stabiliteit van het financiële stelsel respectievelijk het vertrouwen in de financiële markt en diens spelers, ligt dat anders. De behoefte aan acuut ingrijpen is daar vele malen groter aangezien de consequenties van verkeerd en/of te laat ingrijpen desastreus kunnen zijn. Niet voor niets voorziet de Wft in hoofdstuk 6 in de mogelijkheid om vergaande onmiddellijke voorzieningen (lees: onteigening) te treffen teneinde de stabiliteit van het financiële stelsel te waarborgen.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat terugkeren naar het uitgangspunt van 2005 onwenselijk en eigenlijk ook onrealistisch is.⁷⁵ Dat betekent dat de huidige situatie waarin relatief gelijksoortig ernstige gedragingen door verschillende rechtsgebieden worden afgehandeld en veelal willekeurig onder een bepaald rechtsbeschermend regime vallen, blijft voortbestaan. Dat impliceert automatisch ook dat de in de eerdere paragrafen geschetste problematiek eveneens voortduurt. Die consequentie is natuurlijk onwenselijk. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid alleen al moeten dergelijke ongerechtvaardigde verschillen tussen rechtsgebieden tot een minimum worden beperkt,⁷⁶ zeker als die rechtsgebieden zo nauw verbonden zijn en nota bene zien op dezelfde aansprakelijkheidsfiguur. De vraag blijft dus: hoe nu verder?

71. Enigszins anders Keulen 2017 die juist via de weg van de bestuurlijke strafbeschikking mogelijkheden ziet om het bestuursrecht meer in te passen in het strafrecht. Ook een dergelijke operatie is echter geen sinecure.

72. Zie hierover nader *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VI, nr. 48, p. 11-12; *Kamerstukken I 2008/09*, 31 700 VI, D, p. 3-4; Duker 2011, p. 513; Rogier 2014, p. 11-12.

73. Mein 2015, p. 247-249. Anders Keulen 2017, p. 18 die hierin juist een argument voor een duale handhavingsstructuur ziet.

74. Vgl. Bröring 2017b, p. 332 die stelt dat het bestuur niet afhankelijk zou moeten zijn van de bereidheid van het openbaar ministerie om tot handhaving over te gaan. Dat zelfstandig kunnen overgaan tot sanctionering vormde tezamen met het feit dat de inhoudelijke kennis veelal bij het bestuursorgaan zit, immers een van de belangrijkste argumenten om bestuursorganen de mogelijkheid te geven om hun eigen normen te handhaven en daarin ook een eigen handhavingsbeleid te voeren (Bröring 2017b, p. 318; Crijns 2014, p. 266).

75. Tot die conclusie komt de AARvS zelf overigens ook (AARvS 2015, p. 8; Bröring 2017a, p. 22). De AARvS pleit er derhalve voor om het bestuursrecht meer op het strafrecht af te stemmen. Bröring is daar terecht kritisch over. Uit de aard van de systematiek van beide rechtsgebieden vloeien nu eenmaal inherente verschillen voort (Bröring 2017a, p. 22, 28-29, 32, 35-40 en 55).

76. J.H. Crijns en R.S.B. Kool, 'Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure?', in: *Afscheid van de klassieke procedure?* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2017-1), Deventer: Kluwer 2017, p. 277. Vgl. Verschieren 2017, p. 128.

Een van de mogelijkheden is dat het bestuursrecht meer op de rem gaat trappen en zich meer gaat conformeren aan de terughoudende lijn van het strafrecht. Dat zou evenwel betekenen dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht zou moeten worden teruggeschroefd terwijl er juist een breed gedeelte behoefte is om die bescherming verder te ontwikkelen en uit te bouwen. De enige optie die daardoor reesteert is dat het strafrecht terugkeert op zijn eigen schreden en aansluiting gaat zoeken bij de rechtspraak van de bestuursrechter en intensiever gaat toetsen aan de beginselen van een goede procesorde. Duker heeft in het verleden betoogd dat de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad daar ook ruimte voor biedt.

Volgens Duker dient de feitenrechter de beleidsvrijheid van het openbaar ministerie om zelf invulling te geven aan het eigen vervolgingsbeleid te respecteren, maar kan deze de opportuniteit van de vervolging veel indringender toetsen aan de beginselen van een goede procesorde dan algemeen wordt aangenomen.⁷⁷ Het zou vooral de feitenrechter zelf zijn die daar zeer terughoudend in is. De beleidsvrijheid moet worden geëerbiedigd, maar dat neemt niet weg dat de feitenrechter de vervolgingsbeslissing volledig mag toetsen aan de beginselen van een goede procesorde.⁷⁸ Lindeman is naar aanleiding van enkele later gewezen arresten van de Hoge Raad een stuk terughoudender. Alleen in geval van aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing waardoor deze beslissing onverenigbaar is met het verbod van willekeur zou er ruimte zijn voor de feitenrechter om tot niet-ontvankelijkheid te besluiten.⁷⁹ Van Kempen en Simmelink zien eveneens beduidend minder ruimte voor uitvoerige toetsing. Indien wordt betoogd dat het openbaar ministerie in strijd met het verbod op willekeur tot vervolging is overgegaan, dan 'dient de strafrechter [...] uitsluitend te onderzoeken of zich de [...] situatie voordoet dat geen redelijk oordelend lid van het openbaar ministerie tot het instellen of voortzetten van die vervolging had kunnen besluiten.' Daarvan zal enkel sprake zijn indien de vervolgingsbeslissing blijkt geeft van voornoemde aperte onevenredigheid.⁸⁰ Dat is een zeer streng criterium.⁸¹ Zo terughoudend

als Duker verwachtte, is de Hoge Raad dus niet gebleken. De feitenrechter mag toetsen, maar alleen indien de afweging van het openbaar ministerie van dien aard is dat niet-ontvankelijkheid aan de orde is, is er voor de feitenrechter ook ruimte om die afweging te corrigeren.⁸²

Dat roept de vraag op of er ruimte is om binnen het strafrecht op gelijksoortige wijze als dat in het bestuursrecht gebeurt betekenis toe te kennen aan de beginselen van een goede procesorde, in het bijzonder het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel. In de zaken die tot bovenstaande aanscherping van het jurisprudentiële kader hebben geleid, ging het in het ene geval om een vermeend flutdelict⁸³ en in het andere om een vermeende schending van het vertrouwensbeginsel in relatie tot de achterdeurproblematiek van een van 's lands bekendste en omvangrijkste coffeeshops.⁸⁴ Daarmee raken beide casussen duidelijk aan een beleidsmatig aspect waarvan kan worden betoogd dat dit echt des openbaar ministeries is. Het stevig afstraffen van schendingen van het gelijkheidsbeginsel kan daardoor wellicht op meer coulantie van de Hoge Raad rekenen. Vanuit rechtstatelijk perspectief zijn schendingen van het gelijkheidsbeginsel namelijk toch van een net iets andere orde. Niettemin geef ik direct toe dat de jurisprudentie van ons hoogste strafrechtelijke rechtscollege niet direct uitnodigt tot optimisme. Daar komt bij dat het harmoniseren van de rechtsbescherming van de feitelijk leidinggever, hetgeen zou betekenen dat het strafrecht zich zou moeten conformeren aan de meer indringende toetsing uit het bestuursrecht, de discrepantie tussen de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke bescherming op dit punt weliswaar zou opheffen, maar daarmee direct de vervolgvraag zou opwerpen of deze meer intensieve toets niet eveneens voor andere deelterreinen van het strafrecht zou moeten gelden. Volgens Bröring is dat laatste veelal het echte probleem. '[H]et op onderdelen gelijktrekken van bestuursrecht en strafrecht [heeft, MJH] meestal het effect [...] dat de rechtseenheid binnen deze rechtsgebieden wordt aangetast.'⁸⁵ Dat stemt de verwachtingen niet direct hoopvol. Desondanks meen ik dat er eigenlijk geen andere uitweg is dan dat de strafkamer van de Hoge Raad diens jurisprudentie meer gaat afstemmen op die van de hoogste bestuursrechtelijke colleges, zeker nu de wetgever lijkt te volharden in de standpunten die zijn ingenomen in de nota inzake de keuze voor een sanctiestelsel uit 2008. Daar komt bij dat de Hoge Raad in eerdere rechtspraak nog niet heeft kunnen anticiperen op deze ontwikkelingen in het bestuursrecht en dat eerdere cassatieschriften bij mijn weten nimmer het argument van rechtseenheid hebben aangedragen. Daarnaast zou het gegeven

77. Duker 2010. Zie hierover ook Lindeman 2013, p. 289-290.

78. Duker 2010, p. 239-240.

79. Lindeman 2013, p. 288 onder verwijzing naar HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, NJ 2013/109 m.nt. Schalken en HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Coffeeshop Checkpoint*). Dit beeld wordt bevestigd door HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:742, NJ 2016/388 m.nt. B.F. Keulen (*Coffeeshop Checkpoint II*) en Hof 's-Hertogenbosch 28 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5167, NJ 2018/149.

80. Van Kempen in diens annotatie onder HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563 (onder verwijzing naar r.o. 2.5.2 en 2.5.3).

81. J.B.H.M. Simmelink, *Officier van justitie: magistraat in een bestuursorgaan* (oratie UM), Maastricht: Maastricht University 2015, p. 31-33.

82. Lindeman 2013, p. 290.

83. Schalken in diens noot onder HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, NJ 2013/109.

84. HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Coffeeshop Checkpoint*).

85. Bröring 2017b, p. 321. Vgl. Bröring 2017a, p. 55.

dat de strafkamer inmiddels een raadsheer in zijn gelederen heeft die afkomstig is van de Centrale Raad van Beroep wellicht tot iets meer ontvankelijkheid voor dergelijke verweren kunnen leiden. Het is het proberen in ieder geval waard.

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Transparantie en respect voor het vertrouwens-, gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel zouden een rechtstatelijk instituut als het openbaar ministerie immers niet vreemd moeten zijn.⁸⁶

6. Conclusie: strafrechtelijke vanzelfsprekendheden ter discussie

Na eerst genesteld te zijn in het strafrecht heeft het feitelijk leidinggeven inmiddels een volwaardige positie verworven in het bestuursrecht. Opvallend is dat feitelijk leidinggeven in het strafrecht altijd al een bijzondere en deels afwijkende positie heeft ingenomen zonder dat daarvoor direct overtuigende argumenten zijn aangedragen. In het bestuursrecht wordt de feitelijk leidinggever daarentegen op exact dezelfde manier behandeld als iedere andere overtreder. Reeds om die reden verdient het aanbeveling om feitelijk leidinggeven ook in het strafrecht meer als een reguliere deelnemingsvorm te gaan behandelen en afstand te nemen van de aan de *sui generis* status verbonden consequenties. In de rechtsvergelijking met het bestuursrecht valt voorts op dat de bestuursrechter op een geheel eigen wijze invulling is gaan geven aan de rechtsbescherming van justitiabelen. Die bescherming wijkt op een aantal punten fundamenteel af van het strafrecht. Diverse recente ontwikkelingen laten bovendien zien dat, anders dan wel wordt betoogd, beide rechtsgebieden op dat vlak eerder uiteendrijven dan naar elkaar toe groeien. In het licht van de door het kabinet uiteengezette visie inzake de keuze voor een sanctiestelsel is die divergentie problematisch. Efficiency en niet de aard en de ernst van het vermeende feit is nu bepalend voor de keuze van het te hanteren afdoeningsregime. De keuze voor een bepaald afdoeningsregime wordt dus niet langer ingegeven door principiële argumenten, maar door toevalsfactoren. Het opteren voor een bepaald sanctiestelsel behelst evenwel ook een keuze voor het daarmee verbonden systeem van rechtsbescherming. Daardoor kan niet langer worden gegarandeerd dat vermeende feitelijk leidinggevers van feiten van relatief gelijksoortige ernst op nagenoeg dezelfde rechtsbescherming aanspraak kunnen maken. Van oudsher wordt veelal met argusogen naar het bestuursrecht gekeken waar de rechtsbescherming zou achterblijven bij het strafrecht. De in deze bijdrage beschreven ontwikkelingen laten evenwel zien dat die veronderstelling bijstelling behoeft. De vermeende disbalans slaat, in ieder geval op bepaalde punten, eerder uit in omgekeerde richting. Het is juist de strafrechtelijke rechtsbescherming die onder doet voor het bestuursrecht. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid zou het bijzonder wenselijk zijn als die disbalans wordt hersteld. Daarbij verdient het de voorkeur dat het strafrecht zich spiegelt aan het bestuursrecht en de handelswijze van het openbaar ministerie op meer overeenkomstige wijze gaat toetsen aan de beginselen van een goede procesorde als de bestuursrechter dat bij bestuursorganen pleegt te doen aan

86. Vgl. Verbruggen 2017.

Gegevensverstrekking door de accountant op grond van art. 126nd Sv

mr J.C. van Nass¹

1. Inleiding

De externe accountant² raakt steeds meer betrokken bij de opsporing van strafbare feiten. Zo rusten er op de accountant in het kader van zijn dienstverlening meldplichten ten aanzien van vermoedelijke fraude met de financiële verantwoording van de controlecliënt³ en ten aanzien van ongebruikelijke transacties.⁴ Daarnaast is de accountant verplicht om de opsporingsinstanties desgevorderd gegevens te verstrekken waarover hij in het kader van zijn controlewerkzaamheden is komen te beschikken. Een dergelijke vordering tot verstrekking van gegevens wordt doorgaans ingesteld op grond van art. 126nd Sv.

De plicht tot het verstrekken van de gevorderde gegevens kan op gespannen voet komen te staan met de geheimhoudingsplicht van de accountant tegenover zijn controlecliënt. Zo valt de gegevensvordering inhoudelijk niet altijd goed af te bakenen en kan de gegevensvordering mede zien op informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht van de advocaat van de controlecliënt valt. Dit roept de vraag op hoe de accountant zijn medewerking aan dergelijke gegevensvorderingen kan verlenen, zonder zijn geheimhoudingsplicht te verzaken.

In antwoord hierop beschrijf ik het wettelijk kader ten aanzien van de bevoegdheid tot gegevensvergaring op grond van art. 126nd Sv, waarna ik inga op de gesignaleerde knelpunten. Daarbij is het wettelijke uitgangspunt dat de gegevensvergaring plaatsvindt in het belang van het onderzoek en onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie. De accountant is niet in de geïnformeerde positie om dat onderzoeksbelang en de in dat kader gevorderde gegevens ter discussie te stellen. Is de vordering onduidelijk van opzet, dan dient de accountant met de officier van justitie in overleg te treden om opheldering te vragen, waarna hij conform de (eventueel aangepaste vordering) dient aan te leveren. In dat kader dient mogelijk verschoningsgerechtigde

informatie als zodanig te worden benoemd en waar mogelijk te worden uitgezonderd van verstrekking, althans (verzegeld) te worden verstrekt om door de rechter-commissaris te worden beoordeeld.

2. Gegevensvergaring in het digitale tijdperk

Met de intrede van het digitale tijdperk heeft de wetgever de bevoegdheden tot gegevensvergaring door opsporingsinstanties willen herzien. Reeds in 2001 concludeerde de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij dat het Wetboek van Strafvordering niet voorzag in de bevoegdheden die noodzakelijk waren voor gegevensvergaring in een digitale maatschappij.⁵ Destijds bestond veel rechtsonzekerheid over de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens door de opsporingsdiensten.⁶ Als gevolg daarvan vond gegevensverstrekking in de praktijk veelal plaats op vrijwillige basis, waarbij de houders van deze gegevens het risico van civielrechtelijke aansprakelijkheid liepen.⁷ De commissie concludeerde dan ook dat een nieuwe regeling in het Wetboek van Strafvordering nodig was, met als uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor strafvorderlijke gegevensvergaring geheel bij de tot opsporing bevoegde instantie zou liggen. Daarmee zou op de houder slechts de overzichtelijke verplichting tot gegevensverstrekking rusten.⁸

Naar aanleiding hiervan is in 2004 de Wet bevoegdheid vorderen gegevens financiële sector⁹

1. Jan van Nass is advocaat te Amstelveen.
2. Art. 1 sub f Wet toezicht accountantsorganisaties, hierna kortweg aangeduid als: accountant.
3. Art. 26 lid 2 Wet toezicht accountantsorganisaties.
4. Art. 16 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

5. Kamerstukken II 20/02, 28353, nr. 3, p. 3 (MvT).
6. Papens c.s., *Brandstof voor de opsporing. Evaluatie Wet bevoegdheden vorderen gegevens*, Den Haag 2011, p. 13-14. Zie tevens Kamerstukken II 2001/02, 28366, nr. 1, p.3.
7. Kamerstukken II 2001/02, 28353, nr. 3, p. 7 (MvT). Zie tevens Kamerstukken II 2001/02, 28366, nr. 1, p. 3.
8. Papens c.s., *Brandstof voor de opsporing. Evaluatie Wet bevoegdheden vorderen gegevens*, Den Haag 2011, p. 15. Zie tevens Kamerstukken II 2001/02, 28366, nr. 1, p. 3.
9. Wet van 18 maart 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens van instellingen in de financiële sector, mede ter uitvoering van het op 16 oktober 2001 te Luxemburg tot stand gekomen Protocol bij de Overeenkomst betreffende

ingevoerd, een tijdelijke gelegenheidswet die in 2005 werd vervangen door de Wet bevoegdheden vorderen gegevens.¹⁰ Enkele kleine aanpassingen werden nog doorgevoerd in 2009.¹¹ Als zodanig voorziet afdeling 1.IV.8 ('vorderen van gegevens') Wetboek van Strafvordering tegenwoordig in verregaande bevoegdheden tot gegevensvergaring. Op grond van deze afdeling kunnen opsporingsdiensten, afhankelijk van de aard van het onderzoek en de verdenking, diverse soorten gegevens vorderen. Daarbij kan met name een onderscheid worden gemaakt tussen 'identificerende gegevens' (naam, adres, woonplaats, etc.), 'gevoelige gegevens' (persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, seksuele leven of lidmaatschap van een vakvereniging) en 'overige gegevens' (alle denkbare gegevens¹²). De bevoegdheid om digitale verstrekking van gegevens te vorderen heeft als gevolg dat inbeslagname van de gegevensdragers waarop de informatie rust, veelal disproportioneel zal zijn.¹³

3. Art. 126nd Sv

De accountant zal in de regel worden geconfronteerd met een vordering tot verstrekking van 'overige gegevens' op grond van art. 126nd Sv. Op grond van dat artikel kan de officier van justitie, in geval van verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, in het belang van het onderzoek de verstrekking van bepaalde opgeslagen of vastgelegde gegevens vorderen van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij daartoe toegang heeft.¹⁴ Het vermoeden dat de accountant over bepaald soort gewenste bedrijfsinformatie (zoals informatie over en onderbouwing van financiële transacties) beschikt is snel gerechtvaardigd. Een wettelijk vereist aanknopingspunt¹⁵ kan bijvoorbeeld worden gevonden in de controlerende taak als extern accountant van de verdachte: de accountant verkrijgt uit hoofde van zijn controlewerkzaamheden grote hoeveelheden informatie van zijn cliënt, onderbouwd met onderliggende

documentatie. Deze informatie en documentatie legt hij vast in zijn controledossier.¹⁶ Dit dossier is bedoeld om achteraf verantwoording te kunnen afleggen over de verrichte controlewerkzaamheden, maar geldt voor de opsporingsinstanties eveneens als een bron van potentieel nuttige opsporingsinformatie over de verdachte controlecliënt. Het vermoeden dat de accountant over de gevorderde informatie beschikt, zal nog sterker gelden in gevallen waarin de accountant eerder al op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme melding deed van een ongebruikelijke transactie.

Het zal de accountant die een vordering op grond van art. 126nd Sv ontvangt wellicht een onprettig gevoel geven dat hij, althans zijn administratie, een rol speelt in de opsporing van strafbare feiten waarvan de controlecliënt wordt verdacht. De relatie tussen de accountant en de controlecliënt bestaat bij de gratie van de door de accountant beroepsmatig in acht te nemen vertrouwelijkheid. Deze vertrouwelijkheid speelt in de beroepsuitoefening van de accountant een centrale rol en houdt in dat de accountant, die de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, verplicht is tot geheimhouding van die gegevens. Dit beginsel is op maar liefst vier niveaus uitgewerkt. Zo geldt het vertrouwelijkheidsbeginsel volgens de gedragsregels van de accountant als één van de vijf kernwaarden waaraan hij zich dient te houden.¹⁷ Verder is de plicht tot vertrouwelijkheid in het administratief recht dat op de sector van toepassing is, zowel ten aanzien van de accountant als ten aanzien van de accountantsorganisatie waaraan hij is verbonden vastgelegd.¹⁸ Ook is de geheimhoudingsplicht van de accountant doorgaans civielrechtelijk vastgelegd in de overeenkomst van opdracht die hij met de cliënt sluit. Tot slot is het schenden van een wettelijke geheimhoudingsplicht strafrechtelijk verwijtbaar.¹⁹

4. Afbakeningsperikelen

Evident is dat de wettelijke geheimhoudingsplicht van de accountant in principe wijkt voor een vordering op de wettelijke grondslag van art. 126nd Sv, temeer nu de accountant niet zelf over een professioneel verschoningsrecht beschikt.²⁰ Dat neemt niet weg dat de geheimhoudingsplicht van de accountant dwingt tot zorgvuldigheid bij het voldoen aan een dergelijke vordering tot gegevensverstrekking. Bij het voldoen aan deze vordering kunnen bijvoor-

de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag van de Europese Unie (vorderen gegevens financiële sector), *Stb.* 2004, 109.

10. Wet van 16 juli 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten in verband met de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens (bevoegdheid vorderen gegevens), *Stb.* 2005, 390.
11. Wet van 25 november 2009, houdende partiële wijziging van het wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met rechtsontwikkelingen, internationale verplichtingen en geconstateerde wetstechnische gebreken en leemten, *Stb.* 2009, 525.
12. *Kamerstukken II* 2001/02, 28353, nr. 3, p.12 (MvT).
13. *Kamerstukken II* 2001/02, 28353, nr. 3, p. 6-7 (MvT).
14. Art. 126nd lid 1 Wetboek van Strafvordering.
15. *Kamerstukken II* 2001/02, 28353, nr. 3, p.12. (MvT).

16. Art. 11 Besluit toezicht accountantsorganisaties.

17. Art. 2 jo art. 16 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants.

18. Art. 26 respectievelijk 20 Wet toezicht accountantsorganisaties.

19. Art. 272 Wetboek van Strafrecht.

20. Zie onder meer HR 25 oktober 1983, *NJ* 1984, 132, m.nt. A.C.

beeld praktische vragen rijzen over de reikwijdte van de vordering en daarmee van de te verstrekken gegevens.

Een eerste vraag heeft betrekking op het onderscheid tussen gegevens en documentatie. Art. 126nd Sv ziet op de verstrekking van gegevens. Afgaande op de parlementaire geschiedenis verstaat de wetgever onder gegevens: informatie die is opgeslagen of vastgelegd op een gegevensdrager.²¹ De officier van justitie vordert echter niet zozeer losse informatie, als wel de (digitale) documentatie waar deze informatie onderdeel van uitmaakt. In dat kader pleegt de officier van justitie in de vordering op te nemen dat de gevorderde documentatie behalve ten aanzien van gevoelige persoonsgegevens als bedoeld in art. 126nd lid 2 Sv integraal, dat wil zeggen ongeschoond en compleet, dient te worden verstrekt.

Het vorderen van complete documentatie heeft als bijkomstigheid dat van de accountant mogelijkerwijs meer informatie wordt verlangd dan strikt genomen tot het onderwerp van de vordering behoort. Wat bijvoorbeeld te denken van een verslag van een bespreking met de bedrijfsjurist van de controlecliënt, waarin meer juridische problemen van het bedrijf aan de orde komen dan alleen de kwestie waarop de vordering inhoudelijk toeziet? Of van een Excel-bestand waarin diverse agentbetalingen van de controlecliënt worden geanalyseerd, terwijl de officier van justitie informatie vordert over slechts één van deze betalingen? Dient de accountant deze documenten integraal te verstrekken of is dat in strijd met zijn geheimhoudingsplicht? Tegenover de accountant die de gevorderde documentatie deels wenst te censureren door deze te *blacklinen*, zullen de opsporingsambtenaren verklaren dat het in het belang van het onderzoek is dat documentatie die mogelijk als bewijs wordt gebruikt integraal en ongcensureerd wordt verkregen. De officier van justitie heeft aldus een kennelijk rechtmatig belang bij het vorderen van ongeschoonde documentatie, hoewel die deels andere informatie bevat dan waar de vordering strikt genomen op ziet. Daarmee verkrijgt de officier van justitie niet alleen de gevorderde gegevens, maar ook 'bijvangst'. Hoe gaat de accountant daarmee om?

Weigeren aan de vordering te voldoen levert mogelijk een strafrechtelijk verwijt op en is daarmee een weinig aantrekkelijke optie.²²

Als alternatief kan de accountant een beroep doen op de beklagprocedure op grond van art. 552a Sv. De partij aan wie een vordering op grond van art. 126nd Sv is gericht kan op basis van dat artikel een beklagprocedure starten. Het beklag wordt behandeld in een reguliere raadkamerprocedure, waarbij de rechter toetst of aan de wettelijke voorwaarden voor de vordering is voldaan en of de strafvorderlijke belangen opwegen tegen de andere betrokken belangen. Deze toetsing is marginaal en geschiedt

bovendien achteraf: het starten van een beklagprocedure heeft geen opschortende werking.²³ Volgens de wetgever zou het toekennen van opschortende werking aan het beklagrecht ertoe kunnen leiden dat het opsporingsonderzoek onnodig zou worden opgehouden, wat het verloop van het opsporingsonderzoek zou kunnen schaden.²⁴ De accountant dient in geval van beklag dan ook eerst (onder protest) aan de vordering te voldoen en kan niet voorkomen dat de opsporingsdiensten kennismaken van de gevorderde informatie. Wel kunnen de verstrekte gegevens achteraf worden vernietigd, indien de raadkamer het beklag honoreert.²⁵ De beklagprocedure is als zodanig met name geschikt om misbruik van opsporingsbevoegdheden door de officier van justitie achteraf aan de orde te stellen, maar biedt geen effectieve waarborg tegen het voorkomen van mogelijk onterechte gegevensverstrekking.

In de praktijk lijkt het er overigens op dat houders van gegevens bij voorkeur hun discussie met de officier van justitie niet willen laten escaleren. Onderzoekers van de Universiteit van Tilburg concludeerden in hun evaluatie van de Wet bevoegdheid vorderen gegevens uit 2010 althans dat de beklagregeling van art. 552a Sv door de houders van gegevens niet of nauwelijks wordt gebruikt.²⁶

Een praktischer en minder vergaand middel is om voorafgaand aan de gegevensverstrekking met de opsporingsinstanties in overleg te treden. De accountant kan zijn concrete bezwaren tegen de vordering bij de opsporingsambtenaren dan wel de officier van justitie kenbaar maken, die daar dan vervolgens acht op dienen te slaan.²⁷ De officier van justitie kan de vordering eventueel aanpassen of besluiten dat de eerder gevorderde informatie toch dient te worden verstrekt. Deze werkwijze sluit het meest aan bij de systematiek van art. 126nd Sv, die meebrengt dat de officier van justitie verantwoordelijk is voor de gegevensverstrekking. Ziet diens vordering na overleg met de accountant alsnog op integrale en ongeschoonde documentatie, dan is het aan de accountant om aan deze vordering gehoor te geven en is de accountant niet in de geïnformeerde positie om het onderzoeksbelang inhoudelijk ter discussie te stellen. Dergelijk overleg met de officier van justitie is de enige mogelijkheid voor de accountant om bezwaren tegen de vordering voorafgaand aan de gegevensverstrekking te uiten en lijkt daarmee de te prefereren optie.

5. Verschoningsgerechtigde informatie

Een tweede praktische vraag ziet op de status van mogelijk verschoningsgerechtigde informatie die

23. *Kamerstukken I 2004/05, 29441, nr. C, p. 8.*

24. *Kamerstukken I 2004/05, 29441, nr. C, p. 8.*

25. Art. 552a lid 2 Wetboek van Strafvordering.

26. Papens c.s., *Brandstof voor de opsporing. Evaluatie Wet bevoegdheden vorderen gegevens*, Den Haag 2011, p. 115 en p. 121.

27. *Kamerstukken I 2004/05, 29441, C, p. 7-8.*

21. *Kamerstukken II 2001/02, 28353, nr. 3, p.7. (MvT).*

22. Art. 184 Wetboek van Strafrecht.

de accountant onder zich heeft. De accountant verkrijgt in het kader van zijn controle veelal informatie waarvan de cliënt meent dat die onder het verschoningsrecht van diens advocaat valt, zoals juridische adviezen en (forensische) onderzoeksrapporten.

Niet ter discussie staat dat de opsporingsinstanties geen recht hebben op verschoningsgerechtigde informatie, behalve waar het zogeheten corpora et instrumenta delicti betreft.²⁸

Het is echter de vraag of informatie die met de accountant is gedeeld nog wel onder het verschoningsrecht valt. Het verschoningsrecht van de advocaat strekt zich immers slechts uit tot wat tussen de cliënt en de advocaat wordt uitgewisseld in het kader van de te verlenen juridische bijstand.²⁹ Daarbij is niet van belang of deze informatie bij de advocaat of bij de cliënt wordt aangetroffen: ook de cliënt mag ten aanzien van deze specifieke informatie een beroep doen op het verschoningsrecht van de advocaat.³⁰ Maar wat te denken van verschoningsgerechtigde informatie die buiten de vertrouwelijke relatie tussen de advocaat en zijn cliënt is gebracht? Hier stuit de accountant op de onduidelijke grenzen van het verschoningsrecht.

Een enge uitleg van de reikwijdte van het verschoningsrecht zou kunnen meebrengen dat aan derden verstrekte informatie niet langer onder het verschoningsrecht valt en is prijsgegeven.³¹ Een ruime uitleg van de reikwijdte van het verschoningsrecht zou daarentegen kunnen inhouden dat het enkele feit, dat informatie in een vertrouwelijke context met een specifieke derde (zoals een accountant of een toezichthouder) is gedeeld, nog niet betekent dat het verschoningsrecht in algemene zin is prijsgegeven. De Hoge Raad lijkt te neigen naar een ruime uitleg.³²

Officier van justitie Mooijen concludeert in ieder geval dat zolang de kwestie niet uitdrukkelijk is beslecht, de opsporingsinstanties ervan uitgaan dat het verschoningsrecht nog op de stukken rust.³³ Mogelijk verschoningsgerechtigde documentatie die binnen het bereik van de vordering valt, kan dan ook in overleg tussen de accountant en de opsporingsambtenaar worden uitgezonderd van digitale verstrekking, althans verzegeld worden verstrekt om door de rechter-commissaris te worden getoetst.³⁴ In dat kader dient de verschoningsgerechtigde door de rechter-commissaris te worden

gehoord.³⁵ Het is de accountant echter verboden om de advocaat van de controlecliënt zelf te informeren over het feit dat mogelijk verschoningsgerechtigde informatie wordt gevorderd.³⁶

Het is vervolgens de vraag of deze werkwijze ook geldt voor informatie, niet zijnde een (digitale) kopie van de originele documentatie? Stel dat de controlecliënt niet bereid is om adviezen van zijn advocaat aan de accountant te verstrekken, maar wel om deze aan de accountant ter inzage te geven. De accountant zal dit advies dan overschrijven of samenvatten en de neerslag van zijn inspectie opnemen in zijn controledossier. Valt deze informatie eveneens nog onder het verschoningsrecht van de advocaat van de cliënt? Een enge uitleg van de reikwijdte van het verschoningsrecht zou kunnen meebrengen dat de eigen aantekeningen van de accountant niet vallen onder het verschoningsrecht van de advocaat van de controlecliënt. Een ruime uitleg daarentegen zou kunnen inhouden dat het nog immer gaat om dezelfde vertrouwelijke informatie en dat deze als zodanig vertrouwelijk dient te blijven. In dat kader zij nogmaals benadrukt dat art. 126nd Sv ziet op de verstrekking van gegevens en niet zozeer op documentatie. Uit prudentie en zorgvuldigheid tegenover zijn controlecliënt zou de accountant zich dan ook op het standpunt moeten stellen dat deze informatie potentieel verschoningsgerechtigd is en als zodanig door de opsporingsinstanties dient te worden behandeld. Ook deze informatie kan op die basis worden uitgezonderd van digitale verstrekking, althans verzegeld worden verstrekt om door de rechter-commissaris te worden getoetst. Gegeven het feit dat de opsporingsinstanties het verschoningsrecht op documentatie afkomstig van advocaten in ieder geval lijken te respecteren, lijkt het voor de controlecliënt overigens verstandiger om de accountant wel een afschrift van de originele adviezen te verstrekken en hem geen eigen notities te laten schrijven.

De accountant heeft vervolgens geen zicht op de vraag of de verzegeld verstrekte informatie in het onderzoek wordt gebruikt. Dat is ook niet zijn verantwoordelijkheid maar die van de officier van justitie.

6. Conclusie

In dit artikel beschreef ik kort de bevoegdheid tot gegevensvergaring op grond van art. 126nd Sv, waarbij ik inging op twee knelpunten waar de accountant in de praktijk mee te maken krijgt. Ten eerste, de situatie dat de officier van justitie ongeschoonde documentatie vordert en daarmee bij wijze van 'bijvangst' tevens informatie verkrijgt die niet het eigenlijke onderwerp van zijn vordering betreft. Ten tweede, de situatie dat de vordering mede betrekking heeft op documentatie of infor-

28. Art. 98 lid 5 Sv. Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 2016, NJ 2016/163.

29. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (*Notaris Maas*).

30. HR 19 november 1985, NJ 1986, 533 m.nt. 't Hart.

31. Vgl. Conclusie A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2015:2567, nr. 8.15.

32. Zie bijvoorbeeld HR 18 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:374, rov. 3.4.

33. Mooijen, 'Geheimhoudersstukken in een kantooradministratie', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2017, nr. 1, p. 6.

34. Hierbij geldt dat fysieke documentatie in een verzegelde envelop wordt verstrekt.

35. Art. 98 jo 125l Wetboek van Strafvordering.

36. Art. 126bb Wetboek van Strafvordering.

matie die mogelijk onder het verschoningsrecht van de advocaat van de controlecliënt valt. Vanuit het uitgangspunt dat de officier van justitie verantwoordelijk is voor de gegevensverstrekking en de accountant niet in de geïnformeerde positie is om het onderzoeksbelang inhoudelijk ter discussie te stellen, is de accountant het meest gebaat bij voorafgaand overleg met de officier van justitie over de precieze reikwijdte van de vordering, waar hij vervolgens gehoor aan dient te geven. Mogelijk verschoningsgerechtigde informatie dient als zodanig te worden benoemd en waar mogelijk te worden uitgezonderd van verstrekking, althans verzegeld te worden verstrekt om door de rechter-commissaris te worden beoordeeld. Op deze manier kan de accountant zijn wettelijke plicht tot gegevensverstrekking en zijn wettelijke plicht tot geheimhouding het best met elkaar verzoenen.

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 17 november 2017, ECLI:NL:OGGEAC:2017:167

mr. K.M.G. Demandt en mr. M. Coenen¹

1. Inleiding

Eén van de meest lezenswaardige uitspraken van het najaar 2017 is afkomstig van het Gerecht in eerste aanleg te Curaçao. Het gaat om de vrijspraak van Emsley Tromp, de voormalig directeur van de Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten. Een zaak met vele aspecten, die in essentie stukloopt op een vrij basaal juridisch verweer: er is geen sprake van opzet.

In deze bijdrage gaan wij nader in op een aantal van de legio juridische verweren die zijn aangevoerd. Hoewel nagenoeg de hele uitspraak interessant genoeg is om te becommentariëren, hebben we ons beperkt tot de – in onze ogen – meest relevante verweren voor de Nederlandse fiscale strafpraktijk. Het gaat over (on)voorwaardelijk opzet, de betrokkenheid van een adviseur bij de aangifte, het vertrouwensgebinsel en het pleitbaar standpunt.

2. De verdenking

Waar gaat het feitelijk eigenlijk over? De verdenking van belastingfraude ziet op de pensioenregeling van de verdachte. De Centrale Bank heeft verdachte een pensioen toegezegd, waarbij gebruik wordt gemaakt van een daartoe op te richten Stichting Pensioenfonds E. Tromp (hierna: de Stichting). Deze Stichting heeft een pensioenregeling afgesloten met een verzekeringsmaatschappij. Over de wijze van vormgeving hiervan is door de fiscaal adviseur van de verdachte in 1994 afstemming gezocht met de Belastingdienst, wiens goedkeuring is verkregen (hierna: de ruling). Vanaf 2006 worden de gelden overgemaakt direct naar de Stichting.

Waar het fiscaal gezien om gaat is dat de pensioenregeling van verdachte volgens het Openbaar Ministerie (sinds een wetwijziging in 2001 en 2002) niet (meer) voldoet aan de wet- en regelgeving. Daardoor is de fiscale omkeerregel niet meer van toepassing.² Op grond daarvan is de verdenking dat

opzettelijk onjuiste aangiften inkomstenbelasting zijn gedaan, omdat de verdachte volgens het Openbaar Ministerie belasting had moeten betalen over de door de werkgever afgedragen pensioenpremies. De subsidiair tenlastegelegde valsheid in geschrifte ziet eveneens op het (laten) opmaken van valse belastingaangiften.

3. Het niet-ontvankelijkheidsverweer

Voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling oordeelt het Gerecht over de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De verdediging heeft hiertoe een flink aantal argumenten aangevoerd, die allen even lezenswaardig zijn. De pleitnota van de verdediging, alsook het requisitoir van het Openbaar Ministerie, zijn online te vinden via lokale media. De beschikking op het bezwaarschrift tegen de dagvaarding dat door de verdediging was ingediend is inmiddels gepubliceerd op rechtspraak.nl.³ Dat het starten van deze procedure het nodige tweeweg heeft gebracht bij beide partijen, blijkt duidelijk uit hetgeen zowel door het Openbaar Ministerie als door de verdediging wordt aangevoerd in de beide procedures.

Geen van de door de verdediging aangevoerde argumenten leidt echter tot niet-ontvankelijkheid. Daarom zullen wij eerst de inhoudelijke beoordeling van het Gerecht bespreken, maar op een van de aangevoerde punten – de media-aandacht voor de zaak – komen wij aan het einde van deze noot terug.

4. Actus reus: onjuistheid van de aangifte

Terug naar de basis, moet het Gerecht hebben gedacht. In de beschouwingen omtrent de grondslag van de tenlastelegging maakt het Gerecht een duidelijk onderscheid tussen de actus reus en de mens

1. Kim Demandt en Maaïke Coenen zijn beiden advocaat bij Hertoghs advocaten te Breda.
2. Art. 6 Landsverordening op de Loonbelasting. Die regel houdt in dat door de werkgever betaalde pensioenpremies zijn vrijgesteld van heffing terwijl de latere

pensioenuitkeringen belast zijn. Het Nederlandse equivalent van deze regel is opgenomen in art. 11 Wet op de Loonbelasting.

3. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 21 juli 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:149.

rea. Dit kan worden doorgetrokken naar de gehele zaak. Het duidelijke onderscheid tussen de actus reus (de objectieve bestanddelen) en de mens rea (subjectieve bestanddelen) komt namelijk ook in de inhoudelijke overwegingen terug.

Een interessant punt in het licht van de verdediging, is dat deze puur fiscale kwestie gaat over het toepassen van de omkeerregel bij pensioenen: zijn de aanspraken nu of later belast? Door de verdediging wordt dan ook (terecht) opgemerkt in diens pleitnota dat het in wezen niet gaat om *geen* belasting betalen, maar om *het moment* waarop belasting moet worden betaald. Waarom van dit punt dan zo'n strafrechtelijke heisa maken? Het Gerecht gaat in de uitspraak op dit punt verder niet in.

Het Gerecht beoordeelt eerst of sprake is van voldoende bewijs voor de objectieve bestanddelen: is een onjuiste aangifte gedaan? Kernvraag is of de pensioenregeling van verdachte een pensioenregeling in de zin van art. 6A LLB is.⁴ Voor het bevestigende antwoord op die vragen zijn door de verdediging maar liefst vijf opinies ingebracht van fiscaal deskundigen, die tot eensluidende conclusies komen. Dit is van belang voor de vraag of überhaupt sprake is van onjuistheid, maar ook voor de (vervolg)vraag of sprake is van een pleitbaar standpunt ten aanzien van de juistheid van de aangifte.

Het Gerecht oordeelt dat de Stichting weliswaar een pensioenlichaam is, maar niet als pensioenverzekeraar heeft te gelden. Dit is van belang voor de vraag of de omkeerregeling al dan niet van toepassing is.⁵ Ook de Bank of America, waar de pensioengelden later zijn ondergebracht, kan niet met een pensioenverzekeraar gelijk worden gesteld. Daarmee is naar het oordeel van het Gerecht niet aan de wettelijke voorwaarden voldaan. Ook het subsidiaire standpunt van de verdediging dat de Stichting als ondernemingspensioenfonds is te kwalificeren wordt verworpen. De vraag of verdachte op de rulling mocht vertrouwen, wordt doorverwezen naar de opzetvraag.

Voor het Gerecht staat dus vast dat de verdachte onjuiste aangiften inkomstenbelasting heeft gedaan. Dat de strafrechter, een enkelvoudige kamer bovendien, daarmee de opinies van vijf fiscale experts terzijde schuift zonder dat ook maar een fiscale rechter heeft geoordeeld dat de aangiften onjuist zijn, is op zijn zachtst gezegd verrassend te noemen.

4. De omvang en reikwijdte van deze bijdrage laat de bespreking niet toe van de daaropvolgende vraag of de inperking van de positie van rechtspersonen om als pensioenverzekeraar op te treden uit de Beschikking Pensioenen dan onverbindend moet worden verklaard. Aan beoordeling van deze vraag komt het Gerecht ook niet toe, omdat de inperking naar het oordeel van het Gerecht al uit de wet volgt.

5. De omkeerregel uit art. 6 Landsverordening op de Loonbelasting (LLB) houdt in dat belastingheffing in de loon- en inkomensbelastingsfeer plaatsvindt op het moment dat het pensioen wordt uitgekeerd en niet op het moment dat de pensioenaanspraak wordt toegekend. Het Nederlandse equivalent van deze regel is art. 11 Wet op de Loonbelasting.

Weliswaar is door de Belastingdienst een navorderingsaanslag aan verdachte opgelegd, maar die werd pas opgelegd nadat bekend werd dat het strafrechtelijk onderzoek tegen verdachte aanhangig zou worden gemaakt. Geen al te sterk signaal van de Belastingdienst omtrent de onjuistheid, menen wij. Daar komt nog bij dat uit het pleidooi van de verdediging zelfs blijkt dat voor de jaren 2015 en 2016 de aftrek van de werknemersbijdrage van de pensioenpremies zonder discussie door de Belastingdienst is geaccepteerd.⁶ Is dan ook de Belastingdienst het niet met het standpunt van de Openbaar Ministerie eens? Interessant (en jammer) in dit opzicht is ook dat het Gerecht voor het voorleggen van de kwestie aan de fiscale rechter geen ruimte aanwezig acht.⁷ Met deze uitspraak van de strafrechter zal men het dus moeten doen.

5. Mens rea: (voorwaardelijk) opzet

Voor een strafrechtelijke bewezenverklaring is (gelukkig) meer nodig dan een onjuiste aangifte. Het daarvoor vereiste opzet bespreekt het Gerecht 'trapsgewijs', waarbij het eerst onderscheid maakt tussen voorwaardelijk opzet en onvoorwaardelijk opzet. Daarbij merkt het Gerecht op dat *'een weging en waardering [zal] worden gemaakt van de omstandigheden die zien op verdachtes wil en wetenschap, in die zin dat de aanwijzingen die voor of tegen de verdachte pleiten zullen worden onderzocht'*. Van deze omstandigheden belichten wij er hier drie.

Deze aanpak van het Gerecht brengt mee dat het aan geen enkele van de individueel besproken omstandigheden de conclusie verbindt dat wel of geen sprake is van opzet, maar deze uiteindelijk in samenhang beziet.

5.1. Disculpeert het inschakelen van een adviseur de verdachte?

De belastingaangiften van de verdachte zijn ingediend door KPMG Meijburg & Co, waar hij werd bijgestaan door een fiscaal adviseur. Het Gerecht verwijst naar de bekende adviseursjurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad uit 2009.⁸ Daaruit volgt dat indien een belastingplichtige zich laat bijstaan door een adviseur die hij voor voldoende deskundig mocht houden en aan wiens zorgvuldige taakvervulling hij niet hoefde te twijfelen, er geen aanleiding is om aan de belastingplichtige de algemene eis te stellen dat hij zich – ter voorkoming

6. Par. 219 van de pleitnota. De pleitnota is benaderbaar via Scribd, zie ook knipselkrant-curaçao.com.

7. R.o. 5.1. Het Gerecht verstaat het verweer als een schorsingsverzoek en is van oordeel dat noch de wettekst, noch de rechtspraak, noch de rechtsliteratuur ruimte geeft voor de mogelijkheid van een schorsing van de vervolging in een fiscale strafzaak teneinde het geschil aan een fiscale rechter voor te leggen.

8. Par. 6.3.2. Het Gerecht verwijst naar Hoge Raad 13 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2856.

van fouten – ook in de inhoudelijke aspecten van de op hem toepasselijke belastingregelingen verdiept. Alsdan is van opzet bij de belastingplichtige geen sprake. Het is geen vanzelfsprekendheid dat de fiscale jurisprudentie een op een wordt doorgetrokken naar het (fiscale) strafrecht, maar deze ontwikkeling is toch al enige tijd gaande.⁹

Desondanks wordt wel een zekere zorgplicht van de belastingplichtige verwacht, aangezien de Belastingkamer van de Hoge Raad in 2006 heeft geoordeeld dat een belastingplichtige zich niet achter een adviseur kan verschuilen als blijkt dat onjuiste aangiften zijn gedaan. Om zich te kunnen disculperen moet de belastingplichtige wel voldoende zorg hebben betracht bij het uitkiezen van en de samenwerking met de adviseur.¹⁰ Dit criterium wordt ook toegepast in het strafrecht.¹¹

In dit geval is sprake van een gerenommeerd kantoor, is de fiscaal adviseur tevens bestuurslid van de Stichting van verdachte en ook voorzitter van de Raad van Commissarissen van de Centrale Bank. Welbekend met de pensioenvoorziening dus. Daarnaast overweegt het Gerecht dat ook aan de deskundigheid van de adviseur zelf of die van KPMG Meijburg & Co door verdachte niet getwijfeld hoeft te worden. Het Gerecht overweegt dan ook dat het niet noodzakelijk was voor verdachte om zelf onderzoek te verrichten of, bijvoorbeeld, een tweede fiscalist in te schakelen.

Gelet hierop had de verdachte in elk geval geen reden om te twifelen aan de juistheid van de aangiften. Het Gerecht komt echter (nog) niet tot de conclusie dat dus geen sprake is van opzet. Het Gerecht bespreekt vervolgens andere subjectieve omstandigheden om te bezien of de verdachte op basis van andere omstandigheden mogelijk toch opzet had, ongeacht de vraag of hij op zijn adviseur mocht vertrouwen dus.

5.2. Wekt de houding van de Belastingdienst vertrouwen op?

In 1994 is een ruling afgegeven voor de aanvullende pensioenregeling van verdachte. Een wetswijziging in 2001/2002 doorkruist die ruling. De Belastingdienst heeft echter niet uitdrukkelijk afstand genomen van de ruling ná die wetswijziging. Integendeel, het Gerecht overweegt dat er juist aanwijzingen zijn dat de fiscus ook na de wetswijziging impliciet naar de afspraken in de ruling heeft gehandeld. Bovendien overweegt het Gerecht dat de fiscus – mocht de wetswijziging hen in 2001/2002

zijn ontgaan, hetgeen wij toch zeer kwalijk zouden vinden – na 2011, toen in de media uitgebreid aandacht aan de pensioenstichting van de verdachte is besteed, niet heeft ingegrepen.

Vervolgens verbindt het Gerecht ook aan deze overwegingen geen ondubbelzinnige conclusie. Een expliciet oordeel over de vraag of verdachte er gelet op de ruling op mocht vertrouwen dat zijn aangiften juist waren, had naar onze mening echter niet misstaan. Het had wellicht zelfs overbodig gemaakt dat het opzet en het leerstuk van het pleitbaar standpunt nog wordt besproken.

De Belastingdienst is op grond van het vertrouwensbeginsel gebonden aan een contra legem toezegging, mits deze niet zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing dat een belastingplichtige niet op nakoming mag rekenen.¹² Gelet op de vijf fiscale opinies omtrent de pleitbaarheid van de aangifte, menen wij dat van 'duidelijke strijd' in elk geval geen sprake zal zijn. Had verdachte in redelijkheid moeten begrijpen dat de ruling niet meer kon worden gehonoreerd? De ruling dateert uit 1994. Het Gerecht stelt vast dat de Belastingdienst zich na de wetswijziging in 2001/2002 niet van de ruling heeft gedistantieerd. Het Gerecht haalt ook aan dat verdachte de latere stappen met zijn aanvullende pensioen (overdragen naar Nationale Nederlanden, overdragen naar Bank of America) niet openlijk met de Belastingdienst heeft gedeeld. Echter hecht het Gerecht meer waarde aan de houding van de Belastingdienst ná de wetswijziging, aangezien de aangiften steeds conform de ruling zijn gevolgd. De Hoge Raad is daar overigens iets genuanceerder in, omdat voor in rechte te beschermen opgewekt vertrouwen bijkomende omstandigheden nodig zijn. Zo'n bijkomende omstandigheid kan de controle van de aangifte zijn waarna die aangifte is gevolgd, zoals het Gerecht aanhaalt. Maar ook dan ziet dit vertrouwen maar op één belastingjaar.

Het dubbeltje zou dus beide kanten op kunnen vallen. Ook daarom had een oordeel van het Gerecht, of in elk geval een duidelijke (tussen)conclusie, hier niet misstaan. Wij menen dat, zeker ook gelet op de overwegingen van het Gerecht ten aanzien van het pleitbaar standpunt (die wij in paragraaf 4.4 bespreken), de ruling niet duidelijk in strijd was met een juiste wetstoepassing. Alsdan komt de verdachte een beroep op het vertrouwensbeginsel toe. Vertrouwen en opzet zijn nauw met elkaar verweven. Gerechtaardigd vertrouwen op een toezegging breng mee dat geen aanmerkelijke kans op onjuistheid wordt aanvaard: die kans is nu juist niet aanmerkelijk, omdat de Belastingdienst zich hier over heeft uitgesproken.

Het Gerecht brandt er echter zijn vingers niet aan en laat deze vraag onbeantwoord. De ruling werkt enkel mee in de overwegingen ten aanzien van het opzet en pleit in die zin voor de verdachte.

9. Zie daarvoor bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 17 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4005 waarin de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad wordt toegepast op de strafzaak.

10. Hoge Raad 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7741.

11. Hof Den Bosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2996. Zie hierover uitgebreider: K.M.G. Demandt en A.C.M. Klaasse, 'De (dunne) scheidslijn tussen onzorgvuldigheid en voorwaardelijk opzet', *Sanctierecht e' Onderneming* 2017, nr. 4.

12. Hoge Raad 12 april 1978, *BNB 1978/135 t/m 137*. Zie ook 26 september 1979, nr. 19 250, *BNB 1979/311*.

5.3. Voorwaardelijk opzet?

5.3.1. Eindconclusie onvoorwaardelijk opzet

De conclusie van het Gerecht (in r.o. 6.3.3.) is dat van willens en wetens handelen geen sprake is. Geen onvoorwaardelijk opzet dus. Pas na deze conclusie gaat het Gerecht over tot de bespreking van het pleitbaar standpunt in het kader van het voorwaardelijk opzet. Een aanpak die erop duidt dat de vaststelling van willens en wetens handelen aan een 'escape' via een objectief pleitbaar standpunt in de weg had gestaan. In theorie is deze aanpak te volgen, omdat het pleitbaar standpunt ziet op de aanmerkelijke kans op de onjuistheid.¹³ Die aanmerkelijke kans is nu eenmaal geen onderdeel van onvoorwaardelijk opzet. Niettemin kan dit verschil van behandeling van opzet en voorwaardelijk opzet tot een onaanvaardbare onevenredige behandeling van verdachten leiden, waarbij de een strafbaar is en de ander straffeloos. Hoewel wij betwijfelen of de Hoge Raad dit zo heeft bedoeld¹⁴, is hierover nog geen duidelijkheid. Ook in deze zaak komt de rechter niet toe aan dit punt, omdat geen sprake is van onvoorwaardelijk opzet.

5.3.2. Tussenconclusie voorwaardelijk opzet

Wat betreft voorwaardelijk opzet komt het Gerecht tot de tussenconclusie dat 'bij belangrijke beslissingen van de Stichting (...) meer voorzichtigheid en zorgvuldigheid had mogen worden verwacht, maar dat niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zich ten volle bewust was van de risico's die daaraan waren verbonden'. Daarmee komt het Gerecht tot bespreking van de risico's.

Het Gerecht overweegt dat in het algemeen geldt hoe groter de risico's, hoe meer voorzichtigheid geboden. We kunnen ons in deze overweging niet geheel vinden. Hoe groot het risico ook is, uiteindelijk blijft in onze optiek doorslaggevend of de verdachte zich van het risico bewust was en dat risico heeft aanvaard (naast uiteraard het bestaan van de aanmerkelijke kans). De strafkamer van de Hoge Raad is hier terecht ook streng in: 'had moeten weten' is geen wetenschap.¹⁵

In de tussenconclusie overweegt het Gerecht dat niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zich ten volle bewust was van de risico's. Hoewel het Gerecht reeds een trits aan subjectieve omstandighe-

den heeft besproken, gaat het na de tussenconclusie pas in op de objectieve kant van het voorwaardelijk opzet: was er wel een aanmerkelijke kans?

Deze aanpak van het Gerecht roept toch vragen op. Komt het Gerecht met deze tussenconclusie eigenlijk al niet tot het oordeel dat een vrijspraak moet volgen? Als immers niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zich ten volle bewust was van de risico's, kan gezegd worden dat dus onvoldoende bewijs is voor bewuste aanvaarding (nog daargelaten de vraag of sprake was van een aanmerkelijke kans). Anders laveren we gevaarlijk dicht naar een te normatieve invulling van het voorwaardelijk opzet. 'Had moeten weten' is geen opzet.

5.4. Aanmerkelijke kans op onjuistheid: pleitbaar standpunt

Het Gerecht parkeert de bewuste aanvaarding van de risico's in de tussenconclusie en gaat vervolgens in op de aanmerkelijke kans. Dat vormt aanleiding om het leerstuk van het pleitbaar standpunt (uitgebreid) te bespreken. Daarbij bespreekt het Gerecht mooi de recente jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad¹⁶, tevens inhakend op de overwegingen van de belastingkamer uit 2017 in het *Credit Suisse*-arrest.¹⁷

De strafrechtelijke uitwerking van het pleitbaar standpunt is het afgelopen jaar veelbesproken. Jarenlang was het uitgangspunt in het strafrecht dat een achteraf ingenomen pleitbaar standpunt niet aan opzet in de weg staat. De strafkamer van de Hoge Raad oordeelde in 2012 dat het verweer van een pleitbaar standpunt reeds faalt, '*Indien de rechter evenwel vaststelt dat de verdachte, toen hij deze aangifte deed niet in de veronderstelling verkeerde dat de wijze waarop deze aangifte is gedaan toelaatbaar was*'¹⁸ (onderstreping KD/MC).

Vijf jaar later overweegt de belastingkamer van de Hoge Raad echter dat ook een achteraf ingenomen pleitbaar standpunt de *verwijtbaarheid* wegneemt, omdat van een aanmerkelijke kans op de onjuistheid dan geen sprake is. Ook voor de strafrechtelijke kant van de medaille gaat de belastingkamer van de Hoge Raad dus uit van een objectieve invulling. Dat heeft de strafkamer van de Hoge Raad op 3 oktober 2017 bevestigd.

Precies op tijd voor de behandeling van deze zaak. Het Gerecht overweegt in deze uitspraak dan ook expliciet: '*Voor de beoordeling van de pleitbaarheid is niet van belang dat de belastingplichtige het standpunt op het moment van het doen van aangifte voor ogen stond*'. Het Gerecht komt in deze zaak tot het oordeel dat de vijf ingebrachte fiscale opinies bepaald niet onverdedigbaar kunnen worden geacht. Het standpunt van verdachte is – waarbij het Gerecht in het voordeel van de verdachte nog refereert aan de afwezigheid van relevante jurisprudentie en literatuur op dit punt – fiscaal pleitbaar.

13. Zie hierover ook de annotatie van G.M. Boezelman en M. Coenen bij Hoge Raad 21 april 2017, NBSTRAF 2017/220.

14. Zie hierover ook het arrest van de Hoge Raad van 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

15. Zie uitgebreid hierover K.M.G. Demandt en A.C.M. Klaasse, 'De (dunne?) scheidslijn tussen onzorgvuldigheid en voorwaardelijk opzet. Een analyse van de strafrechtelijke en fiscale jurisprudentie', *Sanctierecht & Onderneming* 2017, nr. 4.

16. Hoge Raad 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542.

17. Hoge Raad 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

18. Hoge Raad 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

5.5. Geen opzet

Een integrale vrijspraak volgt. De primaire verdenking van belastingfraude gaat onderuit, maar ook het subsidiair tenlastegelegde valsheid in geschrifte. Een commun delict, waarop het leerstuk van het pleitbaar standpunt dus niet een op een van toepassing is. Inherent aan belastingaangiften is dat de belastingplichtige verplicht is zijn belastingaangifte te doen, en dat hij daarin ook bepaalde standpunten moet innemen. Juist daarom verdienen mogelijke fouten en de aanvaarding daarvan in belastingaangiften een 'escape', in de zin van het pleitbaar standpunt. Het subsidiaire verwijt ziet op valse belastingaangiften. Hiermee is het subsidiaire verwijt zozeer verweven met het fiscale delict, dat (ook) naar onze mening het pleitbaar standpunt aan een veroordeling in de weg dient te staan. Het Gerecht komt terecht niet toe aan de behandeling van het subsidiaire verwijt.

De uiteindelijke conclusie ten aanzien van het opzet roept de vraag op of de hele verhandeling die het Gerecht in de pagina's voorafgaand aan de bespreking van het pleitbaar standpunt aan de subjectieve omstandigheden besteed, niet eigenlijk overbodig is. Het Gerecht gaat nu eerst in op de vraag of sprake is van bewuste aanvaarding van een kans, terwijl het pas later beoordeelt of die kans eigenlijk wel aanmerkelijk is. En tot de conclusie dat geen sprake is van onvoorwaardelijk opzet, had het Gerecht naar ons inzien ook met minder stappen kunnen komen. Hoewel wellicht overbodig, is deze insteek voor de beeldvorming over de verdachte juist prettig. Het leerstuk van het pleitbaar standpunt heeft toch het karakter van het 'ergens mee weggomen'. Door eerst alle subjectieve omstandigheden te bespreken, wordt duidelijk dat ook zonder dat pleitbaar standpunt echt niet 'klip en klaar' is dat de verdachte opzettelijk onjuiste belastingaangiften zou hebben gedaan. Dit draagt in die zin dan ook bij aan de (maatschappelijke) aanvaardbaarheid van het eindoordeel: vrijspraak. Daargelaten dat het handelen van de verdachte objectief gezien 'verdedigbaar' is (en dus niet strafwaardig), dragen ook de overige aangedragen omstandigheden bij aan het eindoordeel dat verdachte geen opzet heeft gehad.

6. Media-aandacht

Wij benoemden hiervoor al kort de beeldvorming over verdachte. Deze zaak verdient het om ook stil te staan bij de media-aandacht voor verdachte en de vervolging. 'Trial by media' is een fenomeen dat wij steeds vaker en indringender tegenkomen. Als door de FIOD voorwerpen in beslag worden genomen – zeker als het om het optakelen van een auto van het kaliber Lamborghini gaat – dan is de pers daar vaak van op de hoogte (gebracht). De teksten in de bijbehorende persberichten missen vaak de nodige nuances. Ook het anonimiseren van namen biedt in deze digitale tijd nagenoeg geen waarborg. In combinatie met de in persberichten benoemde gegevens over de zaak, is na enig speurwerk op

internet al snel te herleiden op welke personen of bedrijven de verdenking betrekking heeft.

Wie de verdachte in deze zaak was, was voor iedereen duidelijk. Niet alleen was de verdachte niet anoniem, maar ook is er veel aandacht voor de zaak geweest. Als onderdeel van het niet-ontvankelijkheidsverweer wordt door de verdediging ook gewezen op de 'trial by media'. Daarbij sluit de verdediging met name aan bij de berichtgeving vanuit het Openbaar Ministerie, om, zo lijkt ons, de media-aandacht in een niet-ontvankelijkheidsverweer te kunnen plaatsen. Zo refereert de verdediging eraan dat in de media is geuit dat de zaak sowieso aanhangig zou worden gemaakt bij de rechter maar dat de exacte datum nog niet bekend is. Deze uitlatingen heeft de woordvoerder van het Openbaar Ministerie ook bevestigd richting de Raad van Commissarissen, die de verdachte een brief hebben gestuurd om hem te schorsen omdat hij zou worden vervolgd. Ondanks deze uitlatingen van de woordvoerder van het Openbaar Ministerie in de media, verschaftte de officier van justitie aan de betrokkenen tegelijkertijd echter geen duidelijk antwoord op de vraag of al een vervolgingsbeslissing was genomen. Het Gerecht concludeert dat het begrijpelijk is dat het uitblijven van die duidelijkheid de argwaan bij de verdediging heeft vergroot en dat het 'wellicht zorgvuldiger' was als het Openbaar Ministerie de uitlatingen in de media had gerectificeerd. Aan de uitlatingen van het Openbaar Ministerie worden echter geen gevolgen verbonden.

Een interessante uitspraak in dat kader is van Rechtbank Amsterdam.¹⁹ In een bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding is het verweer van schending van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) gevoerd. In het ter discussie staande persbericht is aandacht gevraagd voor de dagvaarding van een aantal personen. Door de functie-aanduiding was te herleiden om welke personen het ging en werd een publieke verwijzing gemaakt naar de schuld van de verdachte, zonder enige terughoudendheid. Volgens de Rechtbank is daardoor sprake van een onherstelbaar vormverzuim, maar dient hieraan niet het gevolg van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie te worden verbonden. Dit laat echter onverlet dat in een inhoudelijke procedure een ander rechtsgevolg aan dit vormverzuim kan worden verbonden, zoals strafvermindering.

Door de verdediging in de zaak Tromp is de 'trial by media' in de sleutel van de niet-ontvankelijkheid geplaatst. Dit verweer is niet gevoerd als strafmaatverweer, maar dat zal vermoedelijk een strategische afweging zijn geweest. Maar ook dan is het gelet op de zeer wisselende jurisprudentie nog maar de vraag of de media-aandacht in het voordeel van verdachte zou zijn meegewogen, of wellicht zelfs in zijn nadeel. Waar de als zeer belastend ervaren

19. Rechtbank Amsterdam 3 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8844.

media-aandacht voor de voor belastingfraude veroordeelde voormalig advocaat-generaal recent nog werd betrokken in de strafmaatoverwegingen,²⁰ wordt de media-aandacht voor strafzaken, zeker bij publieke personen, ook regelmatig terzijde geschoven met de overweging dat het in het algemeen aanvaardbaar is dat strafzaken een zekere vorm van media-aandacht met zich brengen.

7. Conclusie

Een zeer lezenswaardige uitspraak van het Gerecht, waarin veel aspecten de revue passeren. De wijze waarop het Gerecht de subjectieve omstandigheden bespreekt levert interessante overwegingen op, maar laat ook een onbevredigd gevoel achter doordat het Gerecht niet komt tot ondubbelzinnige conclusies.

Pas bij de laatste dominosteen geeft het Gerecht toe. Met de conclusie dat sprake is van een pleitbaar standpunt is geen sprake van een aanmerkelijke kans, en dus vallen ook de overige dominostenen (het vertrouwen op de adviseur, opgewekt vertrouwen door de ruling, etc.) uiteindelijk om.

Het is in ieder geval een uitspraak om over te blijven nadenken. Het Openbaar Ministerie heeft zich bij de integrale vrijspraak vooralsnog niet neergelegd en is in hoger beroep gegaan. Of het Gemeenschappelijk Hof van Justitie tot een andersluidend oordeel zal komen durven wij, gelet op de in de uitspraak door het Gerecht benoemde en uitgebreid besproken omstandigheden, evenwel te betwijfelen.

20. Rechtbank Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6973.

Inlichtingenvorderingen en dwangsombesluiten van toezichthouders: EVRM-proof?

mr. drs. M. van der Linden¹

1. Inleidende opmerkingen

De samenloop van het toezichtrecht en het strafrecht blijft buitengewoon interessant. Te meer nu zowel nationale als Europese ontwikkelingen de discussie omtrent de resterende onduidelijkheden van deze samenloop blijven voeden. De informatieverplichtingen uit hoofde van het toezichtrecht zijn daarbij een bijzonder aandachtsgebied, gezien de mogelijke samenloop daarvan met het strafrecht. In deze annotatie zal ik nader ingaan op een recente uitspraak van het CBB van 10 januari 2018² en deze in een breder perspectief plaatsen.

Bij het opleggen van strafrechtelijke sancties en bestuursrechtelijk bestraffende sancties geldt het nemo-teneturbeginsel. Dit beginsel behelst het recht voor een verdachte om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren en daaronder valt ook het zwijgrecht. Voorts brengt het nemo-teneturbeginsel met zich dat een punitieve sanctie niet mag worden opgelegd op grond van bewijsmateriaal dat onder dwang tegen de wil van de verdachte is verkregen. Een verdachte hoeft immers niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling.

Dit alles geldt echter pas als sprake is van een 'criminal charge' (in de zin van art. 6 EVRM). Daarvóór is sprake van toezicht en geldt in de regel een medewerkingsverplichting.³ Complicerende factor daarbij is dat na – of zelfs tegelijkertijd met – de uitoefening van bevoegdheden in het kader van toezicht, de zaak strafrechtelijk kan worden onderzocht. De vraag is dan hoe gewaarborgd kan worden dat informatie verkregen in de toezichtsfase op grond van informatieverplichtingen uiteindelijk niet in het strafdossier terecht komt en in dat kader van het bewijs wordt uitgesloten. Het College heeft hier recent weer in verdergaande mate zijn licht over laten schijnen.

2. De casus

Eind 2013 hebben toezichthouders van DNB onderzoek uitgevoerd, waarna bij DNB het vermoeden is ontstaan dat vanuit vestigingen van appellanten bedragen zouden zijn uitbetaald aan begunstigden in Nederland voor opdrachtgevers in Suriname en vice versa. Op deze basis heeft DNB vervolgonderzoek gedaan naar vermoedelijke overtreding van art. 2:3a lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft). Dit artikel verbiedt een ieder met een zetel in Nederland om het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen zonder een daartoe door DNB verleende vergunning. In het kader van dit vervolgonderzoek zijn twee (mede)bestuurders van de onderneming die bestuurder en enig aandeelhouder was van een van de appellanten uitgenodigd voor een gesprek. Daarbij zou hen de cautie worden gegeven. Beide bestuurders hebben met een beroep op het zwijgrecht afgezien van dit gesprek met DNB. In reactie daarop heeft DNB van de betrokken ondernemingen (de uiteindelijke appellanten in de uitspraak van het College) informatie gevorderd onder verwijzing naar de wettelijke medewerkingsverplichting ex art. 5:20 Awb. Appellanten hebben zich beroepen op het zwijgrecht – ook nadat zij een rappel van DNB ontvingen. DNB concludeerde dat appellanten de medewerkingsverplichting uit de Awb hadden overtreden en legde lasten onder dwangsom op om alsnog de gevorderde inlichtingen te verkrijgen. Aangezien door appellanten in ieder geval niet volledig aan deze lasten onder dwangsom werd voldaan, volgden ook invorderingsbesluiten.

3. Uitspraak van de Rechtbank Rotterdam

Begin 2015 heeft DNB de bezwaren van appellanten tegen zowel het dwangsombesluit, als het invorderingsbesluit ongegrond verklaard. Appellanten hebben tegen dit bestreden besluit beroep ingesteld, waarna de zaak in eerste aanleg werd behandeld door de Rechtbank Rotterdam. De discussie richtte zich met name op de door DNB gevorderde dienstroosters die volgens appellanten gedurende een

1. Monique van der Linden is advocaat bij Stibbe in Amsterdam.
2. CBB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.
3. Zie hiertoe o.a. EHRM 5 april 2012, AB 2012/323 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Chambaz*).

week op een whiteboard werden weergegeven en op het moment dat DNB deze vorderde niet (meer) in fysieke zin bestonden. Informatie over de arbeids- en rusttijden was ten tijde van de vordering volgens appellanten dan ook niet (meer) vastgelegd op een gegevensdrager.

Appellanten hebben in eerste aanleg onder andere betoogd dat de hiervoor genoemde dienstroosters wilsafhankelijk materiaal betreft en dat zij – met een beroep op het zwijgrecht – niet verplicht zijn deze informatie te verstrekken. Bovendien is er geen restrictie geformuleerd met betrekking tot het gebruik van dit materiaal voor sanctiedoeleinden, terwijl niet kan worden uitgesloten dat dit wilsafhankelijk materiaal zal worden gebruikt voor een ‘*criminal charge*’. De rechtbank was van oordeel dat de stelling van appellanten dat sprake zou zijn van een ‘*criminal charge*’ in deze procedure geen bespreking behoeft. Daarbij oordeelde de rechtbank dat de dienstroosters als wilsonafhankelijke informatie moeten worden beschouwd. De rechtbank achtte het betoog van appellanten op dit punt niet aannemelijk, te meer niet nu DNB heeft opgemerkt dat appellanten op grond van de Arbeidstijdenwet verplicht zijn een deugdelijke registratie van de arbeids- en rusttijden te voeren om toezicht op de naleving van deze wet en de daarop berustende bepalingen mogelijk te maken. Een restrictie ten aanzien van het gebruik van het gevorderde materiaal was volgens de rechtbank dan ook niet nodig.

4. Uitspraak van het College

Het College denkt daar (terecht) anders over. Het College stelt voorop dat art. 6 EVRM niet in de weg staat aan informatieverplichtingen uit hoofde van toezicht. Voor zover hiermee wilsonafhankelijk materiaal wordt verkregen, verzet art. 6 EVRM zich er niet tegen dat dit vervolgens mede wordt gebruikt in bijvoorbeeld een strafzaak – ook al is medewerking aan die inlichtingenvordering afgedwongen via een last onder dwangsom. Voor zover door middel van een inlichtingenvordering wilsafhankelijk materiaal wordt verkregen, geldt echter een ander regime. Voor toezichtsdoeleinden mag dit materiaal weliswaar worden afgedwongen, maar op het moment dat niet kan worden uitgesloten dat het materiaal ook in verband met een ‘*criminal charge*’ zal worden gebruikt tegen de verstrekker, moeten de nationale autoriteiten waarborgen dat de verstrekker zijn recht om niet mee te hoeven werken aan zijn eigen veroordeling effectief kan uitoefenen. Nu regelgeving die hierop gericht is in Nederland ontbreekt, dient de nationale autoriteit die over de bevoegdheid beschikt om de inlichtingen te vorderen in de vereiste waarborgen te voorzien. Aan de inlichtingenvordering waarvan dwang uitgaat, dient dan ook een hierop gerichte clausulering verbonden te zijn.

In casu had DNB inlichtingen van appellanten gevorderd, terwijl niet was uitgesloten dat deze informatie tevens ten behoeve van bestuurlijke beoefening of bestraffing zou worden gebruikt. In dat

kader is het College van oordeel dat DNB in ieder geval de lasten onder dwangsom strekkende tot naleving van de inlichtingenvorderingen, voor zover het wilsafhankelijk materiaal betreft, had moeten clausuleren in die zin dat er een medewerkingsverplichting geldt met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van het bestuurlijk toezicht. Noch in de inlichtingenvorderingen, noch in de lasten onder dwangsom was een dergelijke restrictie opgenomen. Voorts is het College – in tegenstelling tot de rechtbank – van oordeel dat niet vaststaat dat de gevorderde dienstroosters wilsonafhankelijk materiaal vormen. DNB had dan ook ten laatste bij de lasten onder dwangsom duidelijk moeten maken dat het gebruik van de gevorderde inlichtingen beperkt zou zijn. Nu een daartoe strekkende clausulering heeft ontbroken, heeft DNB gehandeld in strijd met art. 6 EVRM. DNB zal dan ook een nieuwe beslissing op bezwaar moeten nemen, waarbij de lasten onder dwangsom niet ongewijzigd in stand kunnen blijven.

Anders dan de rechtbank, ziet het College dus geen aanleiding de geconstateerde gebreken te passeren onder toepassing van art. 6:22 Awb. Op grond van dit artikel had het College het bestreden besluit in stand kunnen laten, ondanks de geconstateerde gebreken, op het moment dat aannemelijk zou zijn geweest dat de belanghebbenden door die gebreken niet benadeeld zouden zijn. Het College overweegt expliciet dat niet aannemelijk is dat appellanten niet zijn benadeeld, nu het onder andere gaat om een ten onrechte achterwege gelaten clausulering waarnaar appellanten hun handelen hebben gericht. Zo hebben appellanten zich naar aanleiding van deze lasten onder dwangsom tot de voorzieningenrechter moeten wenden met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen – met alle potentiële negatieve gevolgen die een dergelijke openbare zitting met zich kan brengen – en heeft dit geleid tot invorderingsbesluiten. De geconstateerde strijdigheid met art. 6 EVRM wordt door het College dan ook niet gepasseerd. DNB zal een nieuwe beslissing op bezwaar moeten nemen, waarbij in ieder geval gewaarborgd moet worden dat degene die de gevorderde wilsafhankelijke informatie verstrekt zijn recht om niet mee te hoeven werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Dit neemt niet weg dat DNB in een (deels) gewijzigde last dezelfde informatie alsnog zou kunnen vorderen, maar dit kan alleen met de restrictie dat het verstrekte wilsafhankelijke materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van het bestuurlijk toezicht. De waarde van een dergelijke clausulering moet niet worden onderschat.

5. Een mooie uitspraak in het licht van het nemo-teneturbeginsel

Onder verwijzing naar de zaak J.B. tegen Zwitserland⁴ heeft de civiele kamer van de Hoge Raad in het arrest van 12 juli 2013⁵ reeds een vergelijkbare overweging opgenomen. De Belastingdienst kan namelijk via de civiele rechter afdwingen dat informatieverplichtingen op straffe van een dwangsom alsnog worden nagekomen. Het verschil tussen dit arrest van de Hoge Raad en de uitspraak van het College is echter dat de Hoge Raad overwoog dat bij gebreke van gerichte regelgeving in Nederland om te waarborgen dat een belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen, *de rechter* (ambtshalve) dient te voorzien in de vereiste waarborgen.

Hoewel DNB in de onderhavige zaak nog wel het standpunt had ingenomen, dat deze instructie van de Hoge Raad zich enkel en alleen richt tot de relevante gerechtelijke instanties, is dit standpunt noch door de rechtbank, noch door het College onderschreven. De instructie tot het opnemen van een dergelijke restrictie is niet alleen gericht aan de relevante gerechtelijke instanties, maar ook aan bestuursorganen. Dit hangt immers af van de vraag wie de inlichtingenverstrekking afdwingt – dit kan zowel de (civiele) rechter zijn in kort geding, als de toezichthouder zelf.

Hoewel wel is betoogd⁶ dat ook reeds uit een eerder arrest van de Belastingkamer van de Hoge Raad van 8 augustus 2014⁷ in een fiscale zaak volgde dat de instructie van de Hoge Raad ook gericht was aan bestuursorganen, wordt dit nu ondubbelzinnig door het College bevestigd. Bij lezing van het arrest van 8 augustus 2014 komt wel de vraag op hoeveel ‘dwang’ er vereist is alvorens een restrictie ten aanzien van het gebruik van wilsafhankelijk materiaal noodzakelijk wordt geacht. Uit dit arrest van de Belastingkamer van de Hoge Raad blijkt namelijk dat de Hoge Raad van oordeel is dat van een informatiebeschikking van een belastinginspecteur waarbij wordt vastgesteld dat niet of niet volledig is voldaan aan een of meer van de in dat kader specifiek genoemde informatieverplichtingen *niet* een dergelijke dwang uitgaat. Een dergelijke beschikking gaat volgens de Hoge Raad namelijk slechts gepaard met omkering en verzwaring van de bewijslast, niet met een dwangsom.

De vraag die zich in het verlengde hiervan opdringt en die – zoals Nuyten ook aangaf⁸ – tot voor kort onbeantwoord was gebleven, is wat de gevolgen

zouden moeten zijn voor een inlichtingenvordering van een toezichthouder. In dergelijke inlichtingenvorderingen wordt immers veelvuldig expliciet verwezen naar de daarbij behorende medewerkingsverplichting en soms zelfs uitdrukkelijk gewezen op de mogelijkheid tot oplegging van een last onder dwangsom op het moment dat onvoldoende zou worden meegewerkt. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de enkele oplegging van een last onder dwangsom zowel voor de AFM, als voor DNB bijvoorbeeld al een toezichtan-tecedent oplevert en derhalve van groot belang is in het kader van de toetsing van bestuurders en commissarissen. Het College bevestigt in zijn uitspraak d.d. 10 januari jl. uitdrukkelijk dat de hierboven besproken restrictie ook reeds in een inlichtingenvordering van een toezichthouder opgenomen dient te worden: *‘Aangezien hierop gerichte regelgeving in Nederland ontbreekt, dient naar het oordeel van het College de nationale autoriteit die over de bevoegdheid beschikt om de verkrijging van wilsafhankelijk materiaal af te dwingen, in de vereiste waarborgen te voorzien. Om deze reden dient deze nationale autoriteit een op het vorenstaande gerichte clausulering te verbinden aan een vordering om inlichtingen waarvan dwang uitgaat.’*⁹ Een terechte bevestiging, aangezien het nemo-teneturbeginsel een groot goed is.

Al met al een mooie uitspraak van het CBb. De huidige inlichtingenvorderingen en dwangsbesluiten van toezichthouders lijken op dit moment echter *niet* EVRM-proof te zijn in het licht van deze recente jurisprudentie.

4. EHRM 3 mei 2001, no. 13827/96, ECLI:NL:XX:2001:AN6999, NJ 2003/354 (J.B. tegen Zwitserland).

5. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435 m.nt. J.W. Zwemmer.

6. Zie hiertoe in ieder geval EHRM 16-06-2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DECO00078414, m.nt. R. Stijnen (Van Weerelt/Nederland).

7. HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2144, AB 2015/80 m.nt. R. Stijnen.

8. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, JOR 2013/339 m.nt. S.M.C. Nuyten.

9. CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, r.ov. 6.4.

Point of view

mr. drs. L.C.Y. Stiekema

'Als ik 's morgens vroeg de gordijnen opendoe, lacht de baai van Singapore mij toe. Ik denk dat dit uitzicht nooit gaat vervelen, het staat voor mij symbool voor de ontwikkeling en het vernuft van Singapore.

Tot voor kort reikte de zee nog tot aan het iconische *Fullerton Bay* hotel, maar tegenwoordig is alles volgebouwd met extreem luxe wolkenkrabbers en strekt het land zich uit tot achter de futuristische *Gardens by the Bay* die 's nachts oplichten in allerlei tropische kleuren. Daartussenin ligt de *Marina Bay*, die tevens fungeert als natuurlijk waterzuiveringssysteem, want Singapore onderkende snel dat het niet te afhankelijk kon zijn voor de aanvoer van drinkwater van haar buurlanden.

1. Drones

's Avonds laat wiegt het monotone gezoem van de talloze drones, die dit stadstaatje in al haar glorie vastleggen, mij langzaam in slaap. Zo vanuit het perspectief van de drone die boven de baai zoemt, lijkt alles ogenschijnlijk strak geregeld. Het is dan ook bijna niet voor te stellen dat grofweg 50 jaar geleden, toen Singapore onafhankelijk werd, een hele andere realiteit gold; een moeras met tropische ziekten en grootschalige drugsverslaving.

Het verhaal is ruimschoots bekend. Wijlen premier Lee Kuan Yew met onze eigen Albert Winsema als raadgever, bracht hier in recordtempo verandering in en inmiddels is Singapore de welvarende stadstaat waarin alleen de ouderen zich nog kunnen herinneren van hoe ver het land heeft moeten komen.

De stabiliteit die de strenge wetgeving en handhaving meebrengt, werkt als een magneet op bedrijven. Waar handel in de omliggende landen veel onzekerheden met zich meebrengt, straalt Singapore rust uit. Dit stabiele karakter werd ook onlangs weer bevestigd door de jaarlijkse *corruption perception index* van Transparency International (CPI). Singapore doet met de 6e positie bepaald niet onder voor Nederland of de Verenigde Staten, die respectievelijk de 8ste en 16e plek innemen.

De schaarse gevallen van corruptie spelen vooral in de private sector en handhaving richt zich voornamelijk op individuen. Hoewel Singapore ook kijkt naar de ontwikkelingen in het westen. Zo introduceerde Singapore in maart van dit jaar nieu-

we wetgeving die *deferred prosecution agreements* mogelijk maakt.

Als reden waarom er weinig gevallen van corruptie in de publieke sector bekend zijn, wordt vooral genoemd dat het in Singapore een voorrecht is om voor de overheid te werken. Al van jongs af aan worden de slimste studenten geworven en met beurzen naar de *Ivy Leagues* gestuurd om vervolgens verplicht een aantal jaren voor de overheid te werken. Zo tracht Singapore de besten van de klas in Singapore te houden. Wat ook zal helpen, is dat de salarissen voor ambtenaren erg hoog liggen waardoor een ambtenaar misschien minder snel in verleiding komt een steekpenning aan te nemen.

Desondanks zijn er ook Singaporese bedrijven die op de vingers worden getikt, zoals recentelijk het Singaporese Keppel Offshore & Marine. Maar ook het Maleisische 1MDB-schandaal kleeft zijdelings aan Singapore. Dit valt echter in het niet bij de regio.

Als de drone boven de *Marina Bay* een kwartslag draait, dan zien we een heel ander plaatje. Het Indonesische eiland Batam ligt op nog geen 40 kilometer aan de overkant van de Straat van Singapore. Een groter verschil is bijna niet denkbaar. Indonesië zakte dit jaar verder af op de ranking van de CPI, naar plek 96. De Indonesische anti-corruptie commissie is nagenoeg vleugellam nadat het in een strijd verwickeld was geraakt met de regering. Daarnaast is het in Indonesië een publiek geheim dat een gang naar de rechter geen reëel alternatief is, wat het voor bedrijven een moeilijk speelveld maakt.

Desondanks zijn er signalen dat het anno 2018 in Indonesië ook stukje bij beetje de goede kant op gaat. Vroeger grapte men niet óf maar in welke kleur de dochter van een politicus haar Porsche wilde hebben, nu lijkt dit niet langer het geval. De bureaucratie wordt langzamerhand aangepakt en gedigitaliseerd om het contact tussen overheid en bedrijven te reduceren en daarmee het risico dat bedrijven onder druk worden gezet om een steekpenning te betalen.

Toch valt niet alleen in Indonesië, maar ook in overige landen in Zuidoost Azië, zoals Maleisië, Vietnam, Thailand en Cambodja, nog veel winst te behalen. De blauwdruk voor het juridische raamwerk staat grotendeels, maar het schort vooral aan handhaving en de herkenning van het probleem. Zo ligt een risico als belangenverstrengeling vanuit een westers perspectief misschien voor de hand. Hier in de regio wordt dit echter niet direct als probleem gezien. Daarnaast blijft handhaving problematisch, omdat de lokale autoriteiten van de politiek vaak niet genoeg ruimte krijgen om te handhaven, maar ook omdat hier simpelweg niet genoeg man-

1. Laura Stiekema is als advocaat werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek te Singapore.

kracht en kennis is. Daardoor lijkt handhaving vooral een politiek instrument om druk uit te oefenen, hetgeen ook wordt versterkt door de doorgaans zeer brede wetgeving die zich voor meerdere interpretaties leent.

tuurlijk, maar virtuele vuurpijlen die door drones worden geprojecteerd: een fantastisch schouwspel.

Only in Singapore, welcome to the future!

2. Een ander perspectief

Voor handhaving komt het in landen als Indonesië, maar ook verder naar het noorden, in Maleisië, Vietnam, Thailand en Cambodja daarom toch vaak aan op de westerse grootmachten die hun bedrijven op de vingers tikken. Achterliggende gedachte is het wereldwijd bestrijden van corruptie. De westerse autoriteiten kunnen zo direct invloed uitoefenen op de bedrijven die onder hun regime vallen en in het buitenland over de schreef gaan. Op zich geen gekke gedachte.

Nu ik hier woon, bekruipt mij wel een gevoel van twijfel of het uiteindelijke doel zo wel wordt behaald. De torenhoge boetes die worden opgelegd, vloeien immers voornamelijk naar de westerse staatskassen. Men kan zich echter afvragen welke effecten deze hoge boetes hebben in de landen zelf. In het ergste geval, kiezen bedrijven eieren voor hun geld en trekken ze zich terug uit een land. Een niet ondenkbaar scenario, zo heb ik hier de afgelopen jaren ervaren. In het beste geval, realiseert de lokale overheid zich dat zij een stabiel klimaat moet bieden om bedrijven – waarvan deze landen vaak zo afhankelijk zijn – te behouden. Maar ook met de beste bedoelingen komt dat langzaam op gang.

Nu wordt het gebrek aan kennis en mankracht recentelijk deels ondervangen doordat lokale autoriteiten steeds vaker samenwerken met westerse autoriteiten. Echter, maar een klein deel van de uiteindelijke boete komt terecht in het land waar de corruptie daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Zou het daarom niet een idee zijn dat een deel van de hoge boetes die nu nog naar westerse staatskassen vloeien op een andere manier worden geïnvesteerd in de regio, bijvoorbeeld in opleiding, ondersteuning of training in het land zelf? Al gaat het om 10% van de boete, dan zou dit volgens mij bijdragen aan het uiteindelijke doel; het bestrijden van corruptie wereldwijd.

Onder het genot van een *Singapore Sling* filosofer ik nog even over deze perspectieven terwijl de nacht valt in de oase van Singapore. Een land met strenge wetten en duidelijke structuren, maar ook – zoals ik vorige week op een onafhankelijk kunstfestival ondervond – met genoeg rafelrandjes. Je moet alleen wel wat verder inzoomen om ze te vinden. Voor een buitenstaander lijkt het op afstand wellicht dat Zuidoost Azië één geheel is. Onder de oppervlakte – ook in Singapore – speelt echter zoveel meer.

Volgens mij hangt onze vertrouwde drone boven de baai net op de juiste hoogte om het vuurwerk vast te leggen dat ter ere van het Chinees Nieuwjaar wordt afgestoken. Niet met ouderwetse vuurpijlen na-

Actualiteiten

Economisch strafrecht: arbeidsomstandigheden

Deze rubriek wordt verzorgd door **mr. E.Z. Perez**
en **mr. F.A. Dudok van Heel**

■ Jurisprudentie

Rechtbank Rotterdam 6 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10286

In deze zaak staat *ProRail N.V.* terecht wegens het niet-naleven van de veiligheidsregels met betrekking tot het transport van chloor. Op 13 en 14 maart 2013 heeft ProRail in strijd met haar verplichtingen uit de Wet vervoer gevaarlijke stoffen de vertragingen niet gemeld van een trein met vijf wagons met chloor die was vertrokken vanuit Bad Bentheim in Duitsland. Op het traject van Amersfoort naar Kijfhoek is de vertraging opgelopen tot 14 minuten. Deze vertragingen hadden door de treindienstleiders van ProRail gemeld moeten worden. Dat dit is verzuimd is als feit 1 tenlastegelegd. Als feit 2 is tenlastegelegd dat zij op vier dagen in maart 2013 in strijd met de aan haar verstrekte milieuvergunning meerdere wagons met chloor heeft laten staan op het rangeeremplacement bij Amersfoort. Impliciet primair wordt ProRail onder 1 en 2 verweeten dat zij de tenlastegelegde gedragingen opzettelijk heeft verricht. Impliciet subsidiair is telkens de schuldvariant tenlastegelegd; aangezien dit overtredingen betreffen ten aanzien waarvan het recht tot strafvervolging na drie jaren vervalt, wordt de Officier van Justitie daarvoor niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging.

De verdediging heeft bepleit dat de Officier van Justitie eveneens niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging van de opzetvariant van feit 1. Daartoe is aangevoerd dat in een zaak tegen een andere verdachte – met een vergelijkbaar feitencomplex – is gerekwireerd tot vrijspraak van de opzetvariant, dat de verdachte sinds 2013 vele maatregelen heeft getroffen om de transporten beter te laten verlopen, dat toepassing moet worden gegeven aan art. 63 Wetboek van Strafrecht vanwege een arrest van het gerechtshof Den Haag van 23 maart 2017 in een andere strafzaak tegen de verdachte, en dat sprake is van een ernstige overschrijding van de redelijke termijn. Gelet hierop is verdere vervolging in strijd met de beginselen van een goede procesorde, aldus de verdediging. De rechtbank verwerpt dit verweer en overweegt dat de geschetste omstandigheden, ook in onderlinge samenhang beschouwd, niet van dien aard zijn dat geen redelijk handelend lid van het Openbaar Ministerie had kunnen oordelen dat met deze vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kon zijn.

De verdachte wordt vrijgesproken van het opzettelijk handelen in strijd met haar verplichtingen uit de Wet vervoer gevaarlijke stoffen. De rechtbank overweegt dat opzet van een rechtspersoon pas kan worden bewezen als sprake is geweest van een bedrijfsvoering of bedrijfspolitiek binnen die rechtspersoon waarin dat opzet op het overtreden van het voorschrift ligt besloten. Daartoe volstaat niet de enkele constatering dat de verdachte de overtredingen blijkbaar niet heeft weten te voorkomen, zoals door de Officier van Justitie aangevoerd. Het is aan het Openbaar Ministerie om met bewijs van concrete feiten en omstandigheden te komen die erop wijzen dat er iets mis was in de bedrijfsvoering van de verdachte op het gebied van de naleving van de regelgeving. Dat is de rechtbank niet gebleken; er bestond immers een werkinstructie waarin was opgenomen dat machinisten dienden te handelen conform de toepasselijke voorschriften betreffende het vervoer over het spoor van gevaarlijke stoffen. Niet is gebleken dat deze instructies op grote schaal niet werden nageleefd; in andere gevallen werden afwijkingen van de dienstregeling door treindienstleiders wel conform de regels gemeld. Ten slotte overweegt de rechtbank dat niets erop wijst dat de verdachte achteraf de door de dienstleiders begane overtredingen heeft gebillijkt of anderszins heeft aanvaard. Van opzet op het ten onrechte niet melden van de vertraging van het chloortransport is daarom geen sprake.

Ten aanzien van het onder 2 tenlastegelegde heeft de verdediging bepleit dat de wagons van de treinen waar het in deze zaak over gaat, moeten worden aangemerkt als 'doorgaande trein'. Onder verwijzing naar jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wijst de verdediging erop dat de wagons immers deel uitmaakten van een trein die onder een treinnummer reed en waarvan de treinbewegingen waren opgenomen in de dienstregeling. Dergelijk doorgaand treinverkeer vormt geen onderdeel van een spoorwegemplacement en wordt om die reden niet aangemerkt als een activiteit waar de omgevingsvergunning van een emplacement betrekking op kan hebben. Voor de in deze zaak bedoelde chloortreinen konden daarom geen voorschriften worden opgenomen in de omgevingsvergunning, zodat om die reden geen sprake kan zijn van een overtreding van een vergunningsvoorschrift, aldus de verdediging. De rechtbank overweegt dat sprake was van treinbewegingen die verband hielden met de werking van het emplacement. De treinen stonden immers telkens gedurende ongeveer drie kwartier tot een uur stil op dat emplacement, ten behoeve van een machinistenwissel. Dat is volgens de rechtbank geen normale treinbeweging in de zin van een kortdurende stilstand van een doorgaande trein, maar typisch een activiteit die op een emplacement

wordt uitgevoerd. Dat maakt dat niet kan worden gesproken van doorgaand treinverkeer, maar van treinbewegingen die onderdeel uitmaakten van de inrichting, welke activiteiten dus omgevingsvergunningplichtig waren. De omstandigheid dat de niet-toegestane activiteiten in de dienstregeling waren opgenomen duidt erop dat bewust is gekozen voor deze gang van zaken en brengt de rechtbank tot de conclusie dat ProRail de omgevingsvergunning opzettelijk heeft overtreden.

Door de Officier van Justitie was een geldboete geëist van € 150.000,-. Vanwege de vrijspraak van feit 1, de overschrijding van de redelijke termijn en de omstandigheid dat art. 63 Wetboek van Strafrecht van toepassing is, wordt ProRail veroordeeld tot een aanzienlijk lagere straf: een geldboete van € 50.000,-. De verdachte heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis.

**Rechtbank Oost-Brabant 22 december 2017,
ECLI:NL:RBOBR:2017:6679 (zaak-A)**

**Rechtbank Oost-Brabant 22 december 2017,
ECLI:NL:RBOBR:2017:6681 (zaak-B)**

In deze zaken staan twee bedrijven terecht die in Son en Breugel een vergistingsinstallatie exploiteren waar vetten, slibben en varkensmest worden verwerkt tot groene stroom, groen gas en mestkorrels. Op 7 november 2015 is aldaar van een van de vergisters het dak losgekomen, waardoor circa 22.500 m³ explosief biogas is vrijgekomen. Aan de beide verdachten is tenlastegelegd dat zij in strijd met art. 5 lid 1 Besluit risico's zware ongevallen 2015 (Brzo) niet alle maatregelen hebben getroffen die nodig zijn om zware ongevallen te voorkomen. Daarnaast is aan beiden tenlastegelegd dat zij geen veiligheidsbeheerssysteem hebben ingevoerd ten aanzien van het voorkomen, beperken en bestrijden van schuimvorming: een overtreding van art. 7 lid 6 Brzo.

De twee verdachte rechtspersonen vormen feitelijk één organisatie met een en dezelfde directeur van een en dezelfde inrichting. De rechtbank overweegt echter dat de tenlastegelegde gedragingen enkel zijn verricht in de sfeer van bedrijf-A en niet in de sfeer van bedrijf-B. Bedrijf-B kent een productieproces dat ziet op wezenlijk andere activiteiten dan de bio-energieactiviteiten van bedrijf-A. De omstandigheid dat sommige werknemers van bedrijf-B ook werkzaamheden verrichtten voor bedrijf-A doet daaraan niet af; bedrijf-B wordt vrijgesproken. In de zaak tegen bedrijf-A overweegt de rechtbank dat door de verdachte te laat is onderkend dat sprake was van een uitzonderlijke situatie en dat zij op verschillende momenten eerder had kunnen ingrijpen en/of opschalen. In de tenlastegelegde periode was sprake van schuimvorming in de vergister. Die schuimvorming werd in eerste instantie onder controle gehouden door het toevoegen van antischuim. Toen het antischuim op was is geprobeerd het schuim te bestrijden door toevoeging van water, echter zonder succes. Daarna is besloten de voeding naar de vergister te stoppen en het digestaat af te laten naar de navergister, terwijl er geen voorziening was om schuim in die navergister te

bestrijden. Door de schuimvorming werkte bovendien de biogasontlastcapaciteit van de navergister onvoldoende en was de biogasafvoer stopgezet. Als gevolg daarvan liep de druk in de navergister op en liet op een gegeven moment het dak los, waardoor het biogas is vrijgekomen.

De verdediging heeft aangevoerd dat bij de verdachte geen sprake was van opzet, ook niet in voorwaardelijke zin. Ook schuld van de verdachte kan niet kan worden bewezen, omdat geen sprake is geweest van een voorzienbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid, aldus de raadsman.

De rechtbank verwierpt dat verweer en overweegt daartoe dat de verdachte als Brzo-bedrijf een bijzondere zorgplicht heeft en dat voor haar de hoogst mogelijke veiligheidsnormen gelden. Omdat de verdachte al eerder te maken heeft gehad met schuimvorming, had zij eerder kunnen en moeten onderkennen dat geen sprake (meer) was of zou kunnen zijn van een situatie die met de gebruikelijke acties kon worden beteugeld. De schuimvorming duurde immers dagenlang voort; de rechtbank oordeelt daarom dat de verdachte te lang heeft vertrouwd op de normale werkwijze bij schuimvorming, te weten het toevoegen van antischuim. Er was daarnaast onvoldoende zicht op de voorraad antischuim en bovendien ontbrak een werkinstructie voor de werknemers over hoe te handelen bij schuimvorming. De rechtbank concludeert daarom dat de verdachte voorwaardelijk opzet had op het door haar onvoldoende treffen van maatregelen om het onderhavige voorval te voorkomen.

Ook het ontbreken van een werkinstructie wordt door de rechtbank aan de verdachte toegerekend. Van een Brzo-bedrijf mag worden verwacht dat zij voldoet aan de correcte uitvoering van het preventiebeleid voor zware ongevallen en aan alle elementen van een veiligheids-beheerssysteem. Verschillende werknemers hebben verklaard dat een werkinstructie er niet was, maar dat in plaats daarvan slechts de (mondelijke) afspraak bestond om bij schuimvorming de leidinggevende te bellen. De verdachte heeft aldus bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat zij geen zorg droeg voor de correcte uitvoering van het preventiebeleid voor zware ongevallen, aldus de rechtbank.

De Officier van Justitie heeft tegen beide verdachten een geldboete geëist van € 75.000, met de kanttekening dat – indien de rechtbank een van beiden zou vrijspreken – de eis tegen de andere verdachte verdubbeld diende te worden. In strafmatigende zin weegt de rechtbank in zaak-A mee dat de materiële schade als gevolg van de biogasemissie beperkt is gebleven, dat de explosiegrens op geen enkel punt is overschreden en dat bij het voorval geen persoonlijke schade, noch schade aan het milieu is opgetreden. Ook heeft de verdachte inmiddels de nodige maatregelen getroffen om herhaling te voorkomen, waaronder het opstellen van een escalatieprotocol met een werkinstructie hoe te handelen bij schuimvorming, het verdrievoudigen van de minimumvoorraad antischuim en het automatiseren van het voorraadsysteem. De rechtbank volgt daarom de vordering van de Officier van Jus-

titie niet en overweegt dat – ondanks de vrijspraak van verdachte-B – oplegging van een geldboete van € 75.000 de ernst van het bewezenverklarde voldoende tot uitdrukking brengt.

Er is door geen van de partijen hoger beroep ingesteld; beide zaken zijn inmiddels onherroepelijk.

**Rechtbank Overijssel 12 februari 2018,
ECLI:NL:RBOVE:2018:410**

De rechtbank Overijssel heeft een constructie- en machinebouwbedrijf uit Bergharen veroordeeld wegens dood door schuld. Op 17 mei 2016 werd op het terrein van de verdachte een stalen balk op een vrachtwagen met oplegger gehesen. In de hoogste stand is de balk aan één kant uit de hijsband geschoven en heeft vervolgens de chauffeur van de vrachtwagen geraakt. Het slachtoffer is diezelfde avond aan zijn verwondingen overleden. De balk was niet gestopt en werd gehesen door twee bovenloopkranen tegelijk, elk bediend door een eigen kraanoperator. Namens de verdachte is verklaard dat deze manier van hijsen bij de verdachte gebruikelijk was, er bestonden geen afzonderlijke instructies voor.

De raadsman heeft bepleit dat geen sprake is van schuld in de zin van art. 307 Sr, aangezien de verdachte niet had kunnen voorzien dat de last uit de hijsbanden zou schuiven en dat iemand daardoor dodelijk gewond zou raken.

Een veiligheidskundige van de Inspectie SZW heeft gerapporteerd dat het hijsen van een last met twee bovenloopkranen hoog risicovol is, omdat elke minimale beweging van een hijskraan invloed heeft op de bewegingen van de last en daarmee ook op de belasting van de andere bovenloopkraan. Bij het hijsen van een last met twee bovenloopkranen met elk een eigen bedieningspaneel die op twee uit elkaar liggende plaatsen worden bediend, moeten de operators van de beide hijskranen de bewegingen bovendien precies op elkaar afstemmen. Zodra ook maar enig tijdsverschil in het bedienen van de bovenloopkranen zit, zal de last scheef worden verplaatst en zal er een schuine belasting gaan optreden, waardoor verschuiving van de hijsbanden voorstelbaar is. De deskundige heeft geconcludeerd dat het, gezien de kenmerken van de last, de gebruikte hijsbanden, de wijze van aanslaan, het gebruik van twee bovenloopkranen en de omgevingsfactoren, redelijkerwijs te verwachten was dat de last in de hijsband kon verschuiven en er zo mogelijk uit kon vallen.

Uit de verklaringen van de beide kraanoperators concludeert de rechtbank dat geen sprake was van een optimale communicatie, waarbij de bewegingen door beide operators precies op elkaar werden afgestemd. Een van beiden heeft immers niet gezien dat zijn collega diens kraan nog iets naar voren bewoog, terwijl hij zelf al gestopt was zijn kraan te bewegen. Gelet op die omstandigheid, in combinatie met de bevindingen van de veiligheidsdeskundige, concludeert de rechtbank dat de verdachte hijswerkzaamheden heeft laten verrichten onder dusdanige omstandigheden en met een dusdanige werkwijze, dat daardoor redelijkerwijs te verwach-

ten was dat de gehesen last kon verschuiven en vallen. De rechtbank is van oordeel dat de verdachte aanmerkelijk onvoorzichtig heeft gehandeld.

De verdachte is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke geldboete van € 40.000. Ten voordele van de verdachte weegt de rechtbank onder meer mee dat na het ongeval een consultant is ingeschakeld voor een adviesrapportage en dat afstandsbedieningen zijn geïnstalleerd voor de bovenloopkranen, zodat de kraanoperators voortaan beter het overzicht kunnen behouden en op een veilige afstand kunnen werken.

De verdachte heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis.

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. S.W.M. Stevens en mr. R.M.J. de Rijck

De afgelopen maanden zijn er relatief veel strafrechtelijke uitspraken in milieuzaken geweest. Wij noemen niet alle, maar wijzen op de onzes inziens interessantste daarvan. Als eerste bespreken wij een aantal vonnissen dat betrekking had op milieudelicten die op het bedrijfsterrein van voormalig afvalverwerkingsbedrijf Edelchemie te Panheel waren begaan.

■ Jurisprudentie

Rechtbank Limburg 22 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11322, 11323, 11324, 11379, 11399, 11470 en 11471

Het afvalverwerkingsbedrijf Edelchemie (hierna: het bedrijf), een op hetzelfde terrein gevestigde dochteronderneming en hun (in de echt verbonden) bestuurders, de vestiging van het bedrijf in België alsmede twee zonen van de bestuurders, stonden allen terecht op verdenking van onder meer het jarenlang in werking hebben van het bedrijf zonder daarvoor vereiste vergunningen en handelingen waardoor op het terrein van het bedrijf bodemvervuiling kon ontstaan.

Het negen zittingsdagen tellende megaproces heeft geresulteerd in zeven vonnissen (ECLI:NL:RBLIM:2017:11322, 11323, 11324, 11379, 11399, 11470 en 11471), die alle op 22 november 2017 door de rechtbank Limburg zijn uitgesproken.

De casus laat zich als volgt beschrijven. Op het bewuste bedrijfsterrein in Panheel was een tweetal bedrijven gevestigd: het afvalverwerkingsbedrijf en een andere onderneming. De bedrijfsactiviteiten van het afvalverwerkingsbedrijf bestonden van oudsher uit de verwerking van afvalstoffen en de productie van verf. De activiteiten met betrekking tot de verf waren door de jaren heen overgeheveld naar de dochteronderneming. De derde verdachte entiteit was een vestiging van het afvalverwerkingsbedrijf in België. Aan het afvalverwerkingsbedrijf te Panheel was op grond van de Wet milieu-beheer een vergunning verleend voor het opslaan, bewerken en verwerken van hoog problematische (gevaarlijke) afvalstoffen en niet-gevaarlijke afvalstoffen, afkomstig van bijvoorbeeld fotografische bedrijven en laboratoria. Deze vergunning was echter in 2004 verlopen en de gemeente had ingegrepen: de inrichting was stilgelegd. Ook de provincie mengde zich in de kwestie en had het bedrijf ervan in kennis gesteld dat zowel het beheer, het onderhoud en de verzorging van het terrein als het waterbeheer na de stillegging geheel voor rekening en risico van het bedrijf kwam. Aanvragen voor verlening van een milieuvergunning dan wel een omgevingsvergunning werden herhaaldelijk ingediend, maar leidden niet tot het gewenste resultaat. Het bedrijf werd geïnspecteerd door het waterschap, de gemeente en de provincie, maar het was de laat-

ste instantie die het bedrijf op de vingers tikte. Na een waarschuwing dat (gevaarlijke) afvalstoffen in onvoldoende mate waren afgevoerd, volgde de toepassing van bestuursdwang in verband met de aanwezigheid van die afvalstoffen op het terrein. Het besluit behelsde de staking van de exploitatie en afgrenzing van het terrein.

Het strafrechtelijk verwijt dat het Openbaar Ministerie de (Nederlandse of in Nederland gevestigde) verdachten maakte was vrijwel gelijk en zag op – kort gezegd – het (feitelijke) leidinggeven aan het al dan niet samen met een ander (1) zonder vergunning in werking hebben van een inrichting, (2) zonder omgevingsvergunning uitvoeren van een project, zijnde het in werking hebben van een inrichting, en (3) niet voldoen aan de zorgplicht die geldt voor ieder die op of in de bodem handelingen verricht waardoor die bodem kan worden verontreinigd of aangetast, terwijl hij wist of moest weten van die mogelijke verontreiniging of aantasting. Ten aanzien van de Belgische rechtspersoon en bestuurder, vermeldde de tenlastelegging uitsluitend het onder (3) genoemde feit.

Tijdens de inhoudelijke behandeling zijn door twee raadslieden, die tezamen alle verdachten bijstonden, verschillende verweren naar voren gebracht. Allereerst werd – op verschillende gronden – de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie bepleit. Zo stelde de verdediging zich op het standpunt dat vervolging in strijd was met het vertrouwensbeginsel omdat het Openbaar Ministerie kennelijk sinds 2000 over controlerapporten aangaande het bedrijfsterrein van de provincie beschikte. Na een zodanig lange periode van inactiviteit had het Openbaar Ministerie niet meer het recht een strafvervolging te initiëren, aldus de verdediging.

De rechtbank is niet meegegaan in dit verweer en overwoog daaromtrent dat strijd met het vertrouwensbeginsel zich voordoet wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet nadat door het Openbaar Ministerie gedane, of aan het Openbaar Ministerie toe te rekenen uitlatingen (of daarmee gelijk te stellen gedragingen) bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij niet (verder) zal worden vervolgd. Een dergelijke uitlating of gedraging heeft zich in deze zaak niet voorgedaan. Het was, aldus de rechtbank, invoelbaar dat de verdachten zich overrompeld voelden toen pas vele jaren en na het expireren van de milieuvergunning en na vele controles door onder meer de provincie was besloten om tot handhaving en aangifte over te gaan. De rechtbank concludeerde echter dat de vervolgingsbeslissing, die mede op basis van het nadien verrichte onderzoek was genomen, niet kon worden opgevat als strijdig met een gerechtvaardigd vertrouwen dat niet tot vervolging zou worden gegaan.

In de zaken tegen de Nederlandse rechtspersonen en bestuurders heeft de verdediging voorts de navolgende verweren gevoerd. Er zou sprake zijn geweest van een 'putatieve vergunning': de bestuurder van het afvalverwerkingsbedrijf mocht ervan uitgaan dat een vergunning of ontheffing bestond

voor de gedragingen die het strafrechtelijk verwijt vormden. De controleurs hadden het handelen immers niet verboden.

De rechtbank dacht hierover anders. In de eerste plaats achtte zij van belang dat de vertegenwoordiger van het bedrijf ter zitting heeft erkend niet over een vergunning voor zijn bedrijf te beschikken. Vervolgens ging de rechtbank ten aanzien van de onder 1 ten laste gelegde activiteiten over tot de bespreking van de vraag of op het bedrijfsterrein bedrijfsmatig verf werd vervaardigd. De verdediging bestreed dat en stelde zich daarbij op het standpunt dat uitsluitend sprake is geweest van het mengen van verf zonder dat daarbij chemische reacties optraden. De door de verdediging gepresenteerde definitie van vervaardiging was, zo overwoog de rechtbank, ontleend aan de Nota van toelichting bij het *Besluit verpakking en aanduiding milieugevaarlijke stoffen en preparaten* (Barim). Deze definitie heeft echter geen betrekking op het vervaardigen van verf, maar op gevaarlijke stoffen. Categorie i maakte (destijds) een onderscheid in milieugevaarlijke stoffen en preparaten en verf, lak, drukinkt, et cetera. De toelichting bij die laatste categorie vermeldde: 'Bij categorie i zijn enkele specifieke producten zoals verf, apart genoemd. Het gaat hier om producten die vaak, maar niet altijd, vallen onder het begrip "gevaarlijke stoffen" of onder de etiketteringsplicht van de Wet milieugevaarlijke stoffen. Aangezien voor deze productieprocessen specifieke voorschriften nodig zijn, zijn ze hier expliciet benoemd, zodat duidelijk is dat ze vergunningplichtig blijven.'

Naar het oordeel van de rechtbank stond vast dat de navolgende gebeurtenissen hadden plaatsgevonden op het gezamenlijke terrein en bij bedrijf II: grondstoffen voor de productie van verf waren aangeschaft, mengfaciliteiten waren op het terrein aangetroffen, vaten en grondstoffen waren aangebroken en uit notities bleek dat nieuwe verfproducten werden ontwikkeld. Door de verdediging naar voren gebrachte verklaringen voor het voorgaande volgden niet uit de administratie van beide bedrijven op het terrein. Dit bracht de rechtbank tot de slotsom dat wettig en overtuigend was bewezen dat bedrijf II verf had vervaardigd.

Naast voornoemde activiteiten was op het terrein een laboratorium aanwezig geweest en waren verschillende (niet gevaarlijke) afvalstoffen opgeslagen. Nu de inrichting vanwege het verrichten van deze activiteiten vergunningplichtig was, maar er in de ten laste gelegde periode geen vergunning aanwezig was, achtte de rechtbank bewezen dat art. 8.1 Wet milieubeheer (oud) was overtreden.

De vraag waaraan de rechtbank toen toekwam, was of de verdachte (rechts)persoon als (mede)pleger van die activiteiten kon worden aangemerkt. Hierbij speelde het criterium van de redelijke toerekening: of de strafbare gedraging redelijkerwijs aan een verdachte rechtspersoon kan worden toegerekend hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. De rechtbank stelde het volgende vast:

'De hierboven opgesomde activiteiten zijn verricht door of onder leiding van de bestuurder van [bedrijf 1]. De gedragingen passen in de normale bedrijfsvoering van [verdachte] en de gedragingen zijn de rechtspersoon ten goede gekomen. Voorts kon de rechtspersoon bepalen of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden, nu de bestuurder van de verdachte in de periode van 1 januari 2009 tot 1 oktober 2010 de enige bestuurder van [verdachte] en [bedrijf II], is de rechtbank van oordeel dat de opzet van de verdachte daarop was gericht.'

De rechtbank concludeerde dat bewezen was dat het afvalverwerkingsbedrijf zonder daartoe verleende vergunning opzettelijk een inrichting in werking had gehad op het terrein en dat feit tezamen en in vereniging had gepleegd met de directeur van dat bedrijf en de dochteronderneming.

Op 1 oktober 2010 was, zo overwoog de rechtbank ten aanzien van het onder 2 ten laste gelegde, art. 8.1 Wet milieubeheer komen te vervallen en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht in werking getreden. Onder feit 2 was hetzelfde feitencomplex als onder feit 1, maar nu onder de vlag van de Wabo, ten laste gelegd. Op grond van dezelfde bewijsmiddelen als onder 1 voor het bewijs gebezigd, was naar het oordeel van de rechtbank bewezen dat in de ten laste gelegde periode een project was uitgevoerd voor het vervaardigen van verf en voor de nuttige toepassing en/of verwijdering van afvalstoffen. De verdediging heeft zich nog op het standpunt gesteld dat obsidiaan geen afvalstof, maar een eindproduct was en daarbij onder meer gewezen op een desbetreffende uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. De rechtbank verwierp het verweer als volgt:

'Na de sluiting van [verdachte] is een grote hoeveelheid obsidiaan op het bedrijfsterrein achtergebleven, van welke achtergebleven stof de inrichting voornemens was zich te ontdoen dan wel zich moest ontdoen (van de Provincie). De vertegenwoordiger van de verdachte heeft verklaard dat obsidiaan een fantastisch product is, gelijk aan natuurlijk obsidiaan, wat zich leent en zal lenen voor vele mogelijke toepassingen. Uit de inventarisatie van [naam 1] in 2012 blijkt echter dat de opgeslagen hoeveelheid in vergelijking tot 2008 nog grotendeels op het terrein aanwezig is. Daaruit blijkt niet dat obsidiaan in de praktijk nuttig kan worden toegepast, noch dat deze als grondstof is verhandeld in de periode waarnaar onderzoek is gedaan. Alleen al hierom merkt de rechtbank obsidiaan aan als een afvalstof.'

Opmerkelijk is dat de rechtbank oordeelde dat obsidiaan als afvalstof werd aangemerkt vanwege de onmogelijkheid de stof in de praktijk nuttig toe te passen en de omstandigheid dat deze evenmin was verhandeld, maar dat de rechtspersoon vervolgens werd veroordeeld voor het in werking hebben van een inrichting voor de nuttige toepassing en/of verwijdering van afvalstoffen, waaronder begrepen obsidiaan. Van nuttige toepassing was, waar het gaat om obsidiaan, nu net geen sprake. Dat de stof zou zijn verwijderd, bleek niet uit de motivering van de rechtbank.

Het derde verwijt betrof de vermeende bodemverontreiniging. Naar het bedrijfsterrein en hetgeen zich daarop bevond en plaatsvond was grondig onderzoek uitgevoerd. Een greep uit de resultaten van verschillende onderzoeken :

- Op meerdere locaties waren kunststof IBC's, stalen drums en kunststof vaten gevuld met vloeistof en/of een pasta-achtige substantie. Veel IBC's verkeerden in een slechte staat van onderhoud en waren voorzien van onduidelijke opschriften over de inhoud;
- Verschillende 200-litervaten waren in zodanig slechte staat dat de inhoud daarvan goed zichtbaar was en kon uitstromen. In twee gevallen werd gezien dat het vat volledig was weggeroest en voorzien van scheuren. In één geval was het vat gesitueerd bovenop een groene pasta-achtige slurry, die was uitgestroomd;
- Vanuit een van de bassins waren uitgetreden vloeistofstromen zichtbaar naar plekken achter dat bassin. De begroeiing was verkleurd;
- Eén bassin liep over naar het rietfilter, dat overliep naar de zaksloot. De zaksloot was niet aangesloten op andere watergangen, lag buiten de inrichting, was niet voorzien van bodembeschermende voorzieningen en had een ononderbroken verscholen pijpverbinding met het rietfilter;
- Op de bovengrond van met name het westelijk deel van het terrein was sprake van een diffuse verontreiniging van de bodem met zware metalen boven de interventiewaarde. Het grondwater was verontreinigd met bromide. Ook werden daarin onder meer koper, cadmium, kobalt, nikkel en chroom aangetroffen boven de interventiewaarden;
- In de bodem waren gehalten van de bodembedreigende stoffen zilver, broom/bromide, chlooride, lood, natrium en sulfaat aangetroffen die waren verhoogd ten opzichte van referentieniveaus voor deze stoffen in bodemonsters die direct naast het terrein waren genomen.

De rechtbank overwoog terecht dat niet was vereist dat de bodem door de desbetreffende handelingen daadwerkelijk was verontreinigd. Onder de gegeven omstandigheden achtte zij echter niet alleen bewezen dat door hiaten in de bedrijfsvoering in het kader van de bodembescherming risico's op bodemverontreiniging aanwezig waren, maar dat het risico zich ook daadwerkelijk had gemanifesteerd. Uit onderzoeken door het NFI was gebleken dat bodemverontreiniging aanwezig was en dat deze te herleiden was naar het voormalig productieproces van verdachte. Van adequate bodembeschermende voorzieningen die de nadelige gevolgen van de opslag van afvalstoffen konden voorkomen, beperken of ongedaan maken, was geen sprake geweest.

De vordering van de officier van justitie in de zaken tegen de in Nederland gevestigde rechtspersonen en de bestuurder van het bedrijf, inhoudende veroordeling tot een geldboete ter hoogte van € 125.000, vond de rechtbank niet passend. De directeur van Edelchemie kreeg een geldboete van € 25.000 euro opgelegd. Bij het bepalen van de strafmodaliteit en

hoogte van de op te leggen straf heeft de rechtbank zich onder meer rekenschap gegeven van de grote negatieve impact van de strafrechtelijke vervolging op de directeur en zijn gezin, en dat het levenswerk van de – inmiddels – 83-jarige was teniet gedaan, hetgeen van invloed was op diens levensvreugde. Het bedrijf werd een geldboete van gelijke hoogte opgelegd. De rechtbank legde de echtgenote van de directeur geen straf op vanwege de beperkte mate van haar betrokkenheid bij het plegen van de strafbare feiten, het tijdsverloop en de impact van de strafrechtelijke vervolging en het feit dat de – hoge – rekening van de sanering van het bedrijfsterrein mede bij haar zal worden gelegd. De twee zonen en Belgische onderneming werden vrijgesproken. Blijkens berichten in de media heeft het Openbaar Ministerie hoger beroep ingesteld tegen de uitspraken in de zaak tegen het afvalverwerkingsbedrijf en de directeur.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4849

Over de vraag 'afval of niet' is interessant een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 15 november 2017 (ECLI:NL:GHSHE:2017:4849). Het hof heeft zich in dat arrest uitgelaten over de vraag of niet bruikbare stookolie (bunkerolie) als afvalstof heeft te gelden.

Het Hof had vastgesteld dat 140 ton brandstof, die aan een zeeschip was geleverd, niet bleek te voldoen aan de daarvoor geldende specificaties ('off-spec' was). Het sedimentgehalte was negenmaal zo hoog als toegestaan en veroorzaakte grote problemen met de separatoren. De leverancier had de stookolie teruggenomen met het oog op terugbetaling van de aankoopprijs, maar niet was gebleken dat de leverancier de partij had teruggenomen met het oog op bewerking door (bijvoorbeeld) menging en terugbrengen op de markt. Mede gelet op het hoge sedimentgehalte, waardoor de stookolie niet kon dienen als scheepsbrandstof, kwam het hof tot de conclusie dat de leverancier zich had ontdaan van de partij niet bruikbare stookolie (bunkerolie) en dat die partij als afvalstof moest worden aangemerkt. De verdachte had zich vervolgens, door de stookolie zonder de daarvoor vereiste vergunning over te nemen, schuldig gemaakt aan overtreding van de Wet milieubeheer.

De onderhavige casus deed denken aan die in de *Shell*-zaak van het Hof van Justitie van 12 december 2013 (*Shell Nederland*, C-241/12 en C-242/12, ECLI:EU:C:2013:821), waarin het Hof prejudiciële vragen heeft beantwoord. Het ging in die zaak om een partij geleverde brandstof die niet aan de kwaliteitssnormen voldeed, waarna de partij weer was teruggenomen door de leverancier tegen terugbetaling van de koopprijs. Dat een stof economische waarde heeft of kan worden hergebruikt en dat de handel in dit soort stoffen in het algemeen niet wordt gezien als de handel in afvalstoffen, vormen aanwijzingen dat geen sprake is van een afvalstof, aldus het Hof. Doorslaggevend voor de vraag of sprake was van het 'zich ontdoen' van een afvalstof achtte het Hof echter dat de verkoper de diesel had terug-

genomen met het doel deze terug te brengen op de markt.

De Raad van State heeft op 2 april 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1157) in een soortgelijke zaak uitspraak gedaan en daarin een praktische benadering toegepast door te oordelen dat off-spec producten, die met het oog op terugbetaling van de aankooprijks krachtens de koopovereenkomst teruggezonden worden naar de leverancier, niet als afvalstof kwalificeren. Daarbij achtte de Raad niet relevant of de – te hoge gehalten aan DCPD en styreen bevattende – stookolie geschikt was zonder bewerking op de markt te brengen. Het Bossche Hof lijkt dan ook met betrekking tot geretourneerde off-spec producten de lijn van het Hof van Justitie te volgen.

Hoge Raad 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122

Geen betrekking op een milieuzak had het arrest van de Hoge Raad van 12 december 2017 met nummer ECLI:NL:HR:2017:3122, maar het is voor milieuzaken wel van belang omdat het betrekking had op samenloop van strafvervolging en bestuurlijke handhaving. Het was het vervolg op een arrest van het hof 's-Hertogenbosch in een taxaak dat wij in deze rubriek eerder bespraken (rubriek 2017, nr. 2/3). Het hof had het OM in die zaak niet-ontvankelijk verklaard toen het een chauffeur vervolgde voor taxivervoer zonder vergunning. Met die overtreding had de chauffeur ook een eerder opgelegde dwangsom van de ILT voor een zelfde overtreding verbeurd en het hof vond dat het OM zich schuldig maakte aan dubbele vervolging.

Dit arrest werd nu door de Hoge Raad gecasseerd. Het Hof had terecht geoordeeld dat art. 68 Sr op dit geval niet van toepassing was omdat geen sprake was van meerdere onherroepelijke beslissingen van de strafrechter. Het oordeel van het Hof echter dat de vervolging in strijd was met het aan dat artikel ten grondslag liggende ne bis in idem-beginsel en het OM daarom niet-ontvankelijk moest worden verklaard, was echter onjuist. In deze zaak was geen sprake van de uitzonderlijke situatie zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434 over het alcoholslotprogramma, waarin twee procedures over een identieke verweten gedraging hun directe oorsprong vonden in hetzelfde feit met sterk gelijkende gevolgen. Ten overvloede merkte de Hoge Raad op dat de strafrechter het verbeuren van de dwangsom als relevante omstandigheid bij de strafoplegging kan betrekken.

In een Rotterdamse EVOA-uitspraak van 9 november 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:10228) herhaalde de rechtbank het oordeel in een vonnis dat wij in rubriek 2017, nr. 4 al signaleerden, te weten dat het vereiste van een CCIC-verklaring voor de uitvoer van afval naar China deel uitmaakt van het communautaire recht. De verdachte Duitse rechtspersoon was doende om over Rotterdam zeven containers *mixed metal scrap* voor nuttige toepassing uit te voeren naar China. Bij vijf van de zeven containers ontbrak een CCIC-certificaat. Op de overgelegde Bijlagen VII van vijf containers stond in vak 7, bij de

inrichting voor nuttige toepassing, een naam vermeld van een onderneming die is gevestigd op de 25e etage van een kantoorgebouw in Hongkong.

De rechtbank was van oordeel, net als in de eerdere uitspraak, dat het door China vereiste CCIC-certificaat door de Europese Commissie is opgenomen in Verordening 1418/2007 en daardoor onderdeel is van het communautaire recht. Daarmee, aldus de rechtbank, is dit niet slechts een aangelegenheid van de Chinese overheid, maar ook van de Europese Unie. Voorts achtte de rechtbank bewezen dat het Bijlage VII formulier in vijf gevallen onjuist was ingevuld, omdat daarop als inrichting voor nuttige toepassing dan wel als verwerker van de afvalstoffen een kantoorpand op de 25e etage van een flatgebouw stond vermeld. Beide aspecten maakten dat hier sprake was van een illegale overbrenging van afvalstoffen.

Rechtbank Amsterdam 12 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:355

In de EVOA-zaak die leidde tot het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 12 januari 2018 (ECLI:NL:RBAMS:2018:355) werd het verweer gevoerd dat de naar Nigeria vervoerde apparatuur geen afval was. In deze zaak werd een expediteur vervolgd voor de uitvoer van vier voertuigen die waren volgeladen met huishoudelijke apparatuur, zoals een televisie, een koelkast, een airco, een monitor en een dvd-speler. In de opvatting van het OM waren deze apparaten afval, zodat met deze uitvoer de EVOA werd overtreden. Deels was dat omdat het zou gaan om gevaarlijk afval waarvan de uitvoer is verboden, deels omdat het ging om het ontbreken van de vereiste kennisgeving en toestemming.

De rechtbank volgde echter het verweer, daarbij verwijzend naar jurisprudentie van het Hof van Justitie, de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In een lange overweging kwam zij namelijk tot de slotsom dat het niet ging om goederen waarvan de klanten van de verdachte expediteur zich via hem wilden of moesten ontdoen. De rechtbank schonk hierbij gewicht aan het feit dat het steeds ging om kleine hoeveelheden huishoudelijke elektronische goederen die bijvoorbeeld als tweedehands artikelen waren aangeschaft bij kringloopwinkels en aan verklaringen van de klanten dat de goederen naar Nigeria werden verscheept om daar te worden gebruikt door bijvoorbeeld familieleden of een school. Het ging om gangbare goederen, die ieder persoon in zijn dagelijkse leven gebruikt en uit de aanwezige testrapporten was gebleken dat de goederen nog (goed) werkten. Daaruit leidde de rechtbank af dat de goederen geschikt waren en bestemd waren voor onmiddellijk hergebruik op de plaats van bestemming en al met al achtte de rechtbank dus niet bewezen dat het hier ging om afvalstoffen.

Het argument van het OM dat de goederen mede als afvalstof moesten worden aangemerkt omdat het ging om tweedehands goederen, waar de vorige eigenaar zich van had ontdaan, werd dus door de rechtbank niet gevolgd. Voor de rechtbank was alleen relevant de intentie dan wel verplichting van

de houder (dat wil zeggen: degene die het voorwerp in zijn bezit heeft) op het moment dat hem, of een ander, het verwijt wordt gemaakt de afvalstoffenwetgeving te hebben overtreden.

Opvallend is dat de rechtbank in het verband van de beoordeling of hier sprake was van afvalstoffen, ook het volgende overwoog:

‘Uit het dossier blijkt bovendien op geen enkele manier van enige dreiging voor aantasting of het in het gevaar brengen van het milieu, of de gezondheid van de mens als gevolg van de verscheping van deze goederen door de klanten van verdachte. Van nadelige gevolgen voor het milieu is in deze zaak dan ook geen sprake, zodat dit niet een zelfstandige reden is om de EVOA op dit vervoer van toepassing te verklaren.’

Het milieugevaar speelt echter naar onze mening geen rol bij de vraag of een voorwerp een afvalstof is of niet en het milieugevaar kan natuurlijk al helemaal geen zelfstandige reden zijn om de EVOA van toepassing te verklaren.

Rechtbank Oost-Brabant 22 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6679

Het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 22 december 2017 (ECLI:NL:RBOBR:2017:6679) vermelden wij vooral voor de volledigheid, omdat het geen juridische bijzonderheden bevat. In deze zaak werd de verdachte rechtspersoon die een biogasinstallatie dreef die een laagdrempelige BRZO-inrichting was, vervolgd ter zake van het niet getroffen hebben van alle maatregelen die nodig waren om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid en het milieu te beperken en ter zake van het niet volledig hebben ingevoerd van een veiligheidsbeheerssysteem (art. 5 lid 1 en art. 7 lid 6 BRZO 2015). Doordat de verdachte rechtspersoon een en ander niet op orde had, deed zich op enig moment bij grote schuimvorming uiteindelijk een emissie van 22.500 m³ biogas naar de buitenlucht voor. Ook doordat de verdachte rechtspersoon inmiddels de nodige maatregelen had getroffen, vond de rechtbank dat de ernst van het bewezen verklaarde met de oplegging van een geldboete van € 75.000 voldoende tot uitdrukking werd gebracht.

Rechtbank Oost-Brabant 22 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6680

Het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 22 december 2017 (ECLI:NL:RBOBR:2017:6680) is niet zozeer vermeldenswaard om het strafbare feit waarvoor de verdachte rechtspersoon werd veroordeeld. Dat was het niet op grond van art. 17.2 Wet milieubeheer zo spoedig mogelijk melden van een ongewoon voorval in haar inrichting, namelijk een brand in de pompomkasting op de afvalwaterput van de ontzwapelingsunit van haar Groen Gas Installatie (GGI). Het is echter wel instructief om te bezien welke elementen de rechtbank in de straftoemeting relevant vond. Over het bewezenverklaarde feit overwoog zij dat dit een ernstige nalatigheid was, omdat de overheid daardoor de mogelijkheid was ontnomen om tijdig zelf waarnemingen te

doen met betrekking tot de aard en omvang van het incident en de potentiële milieuschade en om eventueel – op die waarnemingen gebaseerde – maatregelen te nemen. Over de verdachte werd overwogen dat zij een grote onderneming was die onderdeel uitmaakt van een internationaal concern. De hoogte van een op te leggen boete diende daaraan te worden gerelateerd. Tevens diende daarmee zowel naar verdachte als naar soortgelijke ondernemingen een signaal te worden gegeven teneinde nalatigheid in de toekomst te voorkomen. De rechtbank vond vervolgens de door de officier van justitie gevorderde geldboete van € 25.000 in overeenstemming met de ernst van het bewezen verklaarde.

Rechtbank Oost-Brabant 28 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6173

In het vonnis van dezelfde rechtbank Oost-Brabant van 28 november 2017 (ECLI:NL:RBOBR:2017:6173) is vooral de strafmaat interessant, omdat in milieuzaken relatief weinig gevangenisstraffen worden opgelegd. Vervolgd werd de directeur (feitelijke leidinggever) van twee bedrijven, kennelijk beide een biovergistingsinstallatie. De rechtbank kwam tot bewezenverklaring van een hele serie milieumisdrijven en overwoog dat de verdachte verspreid over een lange periode en op verschillende manieren de milieuwetgeving had overtreden. Daaronder waren een geval van het niet melden aan het bevoegd gezag van een overstroming van grote hoeveelheden digestaat en het handelen in strijd met een bevel van de officier van justitie betreffende de uitstroom van het digestaat door die uitstroom niet tegen te gaan.

De rechtbank overwoog voorts dat uit het bewezen verklaarde handelen van verdachte bleek van een groot gebrek aan respect voor het milieu en de (gezondheids-)belangen van omwonenden. Daarnaast gaven de bewezenverklaarde gedragingen – met name gelet op de structurele aard ervan – blijk van een groot gebrek aan respect voor geldende regelgeving en voor de aanwijzingen van autoriteiten. Verdachte kwam bij dit alles naar voren als iemand die, overtuigd van het eigen gelijk, doorlopend constatering en conclusies van de bevoegde instanties betwistte en zich confronterend opstelde. Daarbij legde verdachte bij voortduring de verantwoordelijkheid bij controlerende of beslissingsbevoegde instanties onder het ontkennen van de eigen verantwoordelijkheid voor handelingen die leidden tot ongewenste gevolgen voor met name het milieu. Dit alles bracht de rechtbank tot oplegging van een gevangenisstraf van 12 maanden waarvan 6 maanden voorwaardelijk. In de hiermee samenhangende zaak ECLI:NL:RBOBR:2017:6174 werd een van de betrokken rechtspersonen voor enkele van de genoemde feiten veroordeeld tot een geldboete van € 40.000.

Rechtbank Rotterdam 16 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8987

Twee elementen in het bijzonder in het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 16 november 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:8987) zijn vermeldenswaard.

Een rechtspersoon die een chemisch bedrijf dreef, werd vervolgd ter zake van twee incidenten in haar inrichting. Een daarvan bestond in het vrijkomen van zoutzuur toen een operator bij onderhoudswerkzaamheden een blindplaat opende op een niet-ingeblokt deel van een zoutzuurleiding. Doordat in dit deel van de leiding nog pompdruk aanwezig was, was 1.500 tot 2.000 liter zoutzuur vrijgekomen. Vanwege dit incident werd de rechtspersoon vervolgd ter zake van opzettelijk handelen in strijd met voorschriften van haar omgevingsvergunning en opzettelijke niet-naleving van art. 5 BRZO.

Het eerste interessante element in het vonnis dat wij noemen is dat van het opzet van de rechtspersoon. In antwoord op een verweer van de verdediging ging de rechtbank daarop met een uitgebreide overweging in. Zij overwoog dat als de delictomschrijving van het strafbare feit waarvan de rechtspersoon wordt verdacht, opzet vereist, dat opzet op verschillende manieren kan worden vastgesteld. Onder omstandigheden kan het opzet van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon worden toegerekend. Maar voor opzet van een rechtspersoon is niet vereist dat komt vast te staan dat de namens of ten behoeve van die rechtspersoon optredende natuurlijke personen met dat opzet hebben gehandeld. Het opzet van een rechtspersoon kan onder omstandigheden bijvoorbeeld ook worden afgeleid uit het beleid van de rechtspersoon of de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon (ECLI:NL:HR:2016:733).

In casu was de rechtbank allereerst van oordeel dat geen sprake was van opzet van de verdachte rechtspersoon zelf op de handeling van de operator. Zij had immers een aparte werkinstructie voor het (de-)monteren van blindplaten, waarin duidelijk was opgenomen dat de leiding altijd ingeblokt diende te zijn voordat de blindplaat wordt geopend. Uit het dossier en het verhandelde op zitting kon bovendien niet worden afgeleid dat het de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon was dat deze werkinstructies niet werden nageleefd.

Vervolgens overwoog de rechtbank dat ook aan de zijde van de operator geen opzet kon worden vastgesteld en dus ook niet diens opzet aan de rechtspersoon kon worden toegerekend. Dat gold wel voor de aanmerkelijke onvoorzichtigheid van de operator, aangezien sprake was van een werknemer van de verdachte rechtspersoon die werkzaamheden verrichtte die behoorden tot zijn normale werkzaamheden. Bovendien gold dat de verdachte rechtspersoon ook zelf aanmerkelijk onvoorzichtig had gehandeld, aangezien er in het licht van haar bijzondere zorgplicht onvoldoende instructies zijn gegeven aan de operator voorafgaand aan zijn werkzaamheden en er onvoldoende toezicht is gehouden tijdens zijn werkzaamheden.

Het tweede element dat wij uit het vonnis lichten is dat van de boetehoogte. Voor de genoemde feiten, een ander tenlastegelegd feit en enkele ad informandum gevoegde feiten had de officier van justitie een geldboete van € 450.000 geëist. Hiertoe verzocht zij om via art. 23 lid 7 Wetboek van Strafrecht te komen tot oplegging van een geldboete uit

een hogere categorie dan de geldboetecategorie per delict. De rechtbank zag echter geen reden om een geldboete uit een hogere categorie op te leggen, omdat de incidenten niet voortvloeiden uit bedrijfsbeleid of, zoals de officier van justitie had gesteld, dat de incidenten waren ontstaan doordat de verdachte rechtspersoon de interne procedures niet op orde had. Het ging om incidenten, die uiteraard niet hadden mogen plaatsvinden en dus ook bestraft moesten worden, maar het door de officier van justitie geschetste beeld van een bedrijf dat het structureel niet al te nauw nam met de veiligheid, was niet vast komen te staan. Uiteindelijk werd een boete opgelegd van € 100.000.

Rechtbank Rotterdam 6 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10286

Ook in een andere Rotterdamse zaak was opzet van de rechtspersoon een belangrijke kwestie en ook hier keek de rechtbank naar de werkinstructies. In de zaak die leidde tot het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 6 december 2017 met nummer ECLI:NL:RBROT:2017:10286 werd ProRail (de naam wordt op Rechtspraak.nl gewoon genoemd) vervolgd ter zake van opzettelijk handelen in strijd met bepalingen inzake vervoer van gevaarlijke stoffen over de spoorweg en in strijd met voorschriften van haar omgevingsvergunning. Zij had niet, zoals voorgescreven, een afwijking van de treindienstregeling van chloorwagons gemeld en in strijd met de vergunning chloorwagons op een goederenrangeeremplacement toegelaten.

Opzet van een rechtspersoon, overwoog de rechtbank, kan worden bewezen als sprake is geweest van een bedrijfsvoering of bedrijfspolitiek binnen die rechtspersoon waarin dat opzet op het overtreden van het voorschrift ligt besloten. Daartoe volstaat niet de enkele constatering dat verdachte de overtredingen blijkbaar niet heeft weten te voorkomen. Het is aan het Openbaar Ministerie om met bewijs van concrete feiten en omstandigheden te komen die erop wijzen dat er iets mis was in de bedrijfsvoering van verdachte op het gebied van de naleving van deze regelgeving.

Ten aanzien van het eerste tenlastegelegde feit was de rechtbank niet gebleken dat hiervan sprake was. Er bestond immers een werkinstructie waarin verdachte had opgenomen dat machinisten dienden te handelen conform het bepaalde in het betreffende voorschrift voor vervoer over de spoorweg van gevaarlijke stoffen. Verder was niet gebleken dat deze instructie op grote schaal niet werd nageleefd. In andere gevallen werden afwijkingen van de dienstregeling door treindienstleiders wel conform de regels gemeld. Tenslotte wees niets er op dat verdachte achteraf de door de dienstleiders begane overtredingen had gebillijkt of anderszins had aanvaard. Daarmee had verdachte naar het oordeel van de rechtbank niet de opzet gehad tot wetsovertreding, noch was gebleken dat zij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zij in strijd handelde met de wet.

Ten aanzien van het tweede feit achtte de rechtbank opzet bij de rechtspersoon wel bewezen. De

niet toegestane activiteiten waren immers in de dienstregeling opgenomen, wat erop duidde dat bewust was gekozen voor deze gang van zaken. Het betrof ook geen incident, nu voor alle tenlastegelegde chloortransporten was voorzien in stilstand op het betreffende emplacement.

**Rechtbank Den Haag 20 februari 2018,
ECLI:NL:RBDHA:2018:1658, 1660, 1662 en 1636**

Ten slotte mogen zeker niet de *Sterigenics*-vonnissen van de rechtbank Den Haag van 20 februari 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:1658, 1660, 1662 en 1636) onvermeld blijven waarvan in het bijzonder dat tegen de onderneming (1662) en dat tegen de gemeente (1658) interessant zijn. *Sterigenics* was een bedrijf in Zoetermeer dat zich bezig hield met het steriliseren van onder meer medische apparatuur. Bij haar werkprocessen kwam ethyleenoxide vrij, een stof die in het algemeen als carcinogeen wordt aangemerkt. In de vergunning op grond van de Wet milieubeheer die haar in 2002 door de gemeente Zoetermeer was verleend, werd de uitstoot daarvan via een naverbrandingsinstallatie en via een wasinstallatie toegestaan. Verder bevatte de vergunning een maximum toegelaten concentratie ethyleenoxide uit de wasinstallatie per kubieke meter gereinigde lucht.

Op grond van – voor zover hier relevant – de verdenking dat *Sterigenics* bij de uitstoot van ethyleenoxide op verschillende wijzen de voorschriften van haar milieuvergunning had overtreden, werden de opvolgende rechtspersoon en twee (gesteld) feitelijke leidinggevendenden vervolgd. Ook de gemeente moest voorkomen, want zij werd er van beschuldigd dat zij, door niet te handhaven, zelf strafbaar had gehandeld.

Ten aanzien van de rechtspersoon verklaarde de rechtbank bewezen dat zij zich inderdaad meermalen opzettelijk had gedragen in strijd met twee voorschriften van haar vergunning. Op meerdere momenten geschiedde namelijk de emissie van ethyleenoxide uit de sterilisatoren niet via de naverbrandingsinstallatie en bevatte de concentratie ethyleenoxide uit de wasinstallatie een hogere concentratie dan vergund.

Tot een veroordeling kwam het echter niet. De rechtbank volgde namelijk het avas-verweer van de verdediging dat het bedrijf verontschuldigbaar had gedwaald met betrekking tot de wederrechtelijkheid van haar gedragingen. Dat werd veroorzaakt door het handelen van de senior inspecteur milieu van de gemeente. Diens handelen kon volgens de rechtbank niet anders worden gezien dan als handelen door de gemeente. Door de inspecteur – en daarmee dus de gemeente – was soms expliciet, soms impliciet ingestemd met het overschrijden van de emissies van de wasinstallatie en met emissies via de zogeheten calamiteitenpijp. De gemeente (in de persoon van de inspecteur) had deze handelingen in strijd met de vergunningsvoorschriften gedoogd. Naar het oordeel van de rechtbank viel aan deze vertegenwoordiger van de gemeente – die belast was met het toezicht en de handhaving van de vergunningsvoorschriften – zodanig gezag toe

te kennen, dat verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van die instemming mocht vertrouwen. De rechtbank verwierp dus het standpunt van de officier van justitie dat er slechts sprake is van afwezigheid van alle schuld indien verdachte geen enkel verwijt kan worden gemaakt en dat daarvan geen sprake was, omdat de rechtspersoon ervan op de hoogte was dat voor een verruiming van de emissies een wijziging van de vergunning aangevraagd had dienen te worden, hetgeen zij had nagelaten. De rechtspersoon werd daarmee ontslagen van alle rechtsvervolging. Hetzelfde gebeurde in een van de zaken tegen de gesteld leidinggevendenden. (In de andere zaak achtte de rechtbank niet bewezen dat verdachte als feitelijke leidinggevende kon worden aangemerkt.)

De vervolging van de gemeente in deze zaak stuitte af op haar immuniteit. Haar was, kort gezegd, ten laste gelegd het meermalen opzettelijk verrichten dan wel nalaten van handelingen met betrekking tot afvalstoffen en wel door de emissies van *Sterigenics* toe te staan, terwijl zij wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstonden (art. 10.1 Wet milieubeheer). De rechtbank honoreerde echter het verweer dat de gemeente hiervoor niet kon worden vervolgd en zij volgde daarbij de volgende redenering.

De grenzen van de strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam zijn door de Hoge Raad in zijn *Pikmeer II*-arrest (ECLI:NL:HR:1998:AA9342) bepaald. Hij heeft daarin aangegeven dat van immuniteit slechts sprake kan zijn als de gedragingen van het openbaar lichaam naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden op gelijke voet met het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In zijn arrest van 24 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:765) heeft de Hoge Raad dit standpunt bevestigd. In dat arrest heeft de Hoge Raad, aldus de rechtbank, ook gewezen op de mogelijkheid dat van strafrechtelijke immuniteit geen sprake kan zijn indien de gedragingen van het openbaar lichaam een inbreuk maken op het recht op leven zoals bedoeld in art. 2 EVRM in de zin die het EHRM daaraan in zijn rechtspraak heeft gegeven.

Kort gezegd kan daarom worden vastgesteld dat een overheid zoals de gemeente in twee gevallen kan worden vervolgd :

- a. er is geen sprake van gedragingen die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht en
- b. er is wel sprake van dergelijke gedragingen maar deze gedragingen maken een inbreuk op het recht op leven zoals bedoeld in art. 2 EVRM.

De rechtbank beschouwde daarop beide elementen en overwoog ten eerste dat het instemmen van de gemeente met het handelen van *Sterigenics*, dat de rechtbank 'gedogen' noemde, een gedraging was die naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kon worden verricht in het kader van de aan

het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, waardoor het uitgesloten was dat derden op gelijke voet met de gemeente aan het maatschappelijk verkeer deelnamen. Gedogen is een discretionaire bevoegdheid die uitsluitend aan de gemeente (burgemeester en wethouders) toekomt en waarvan (als het goed is) na zorgvuldige belangenafweging gebruik kan worden gemaakt. Het gedogen dat een regel of een voorschrift wordt overtreden, kan uitsluitend geschieden door een bestuursfunctionaris die met handhaving is belast.

Daarna was de vraag aan de orde of de gedragingen van de gemeente inbreuk hadden gemaakt op het recht van leven zoals neergelegd in artikel 2 EVRM. Uit de jurisprudentie daarover leidde de rechtbank af dat zij pas als sprake zou zijn geweest van *een reëel en onmiddellijk levensbedreigend risico*, toe zou komen aan de vraag of sprake was geweest van ernstige nalatigheid aan de kant van de gemeente en daarmee aan doorbreking van haar strafrechtelijke immuniteit. Een dergelijk risico kon echter met de rapporten in het strafdossier niet worden vastgesteld. Het dossier bood geen enkel aanknopingspunt voor de constatering van concrete gevallen van overlijden als gevolg van de uitstoot van ethyleenoxide. Evenmin was gebleken van extra gevallen van kanker in de nabije omgeving van het bedrijf. Hoewel niet viel uit te sluiten dat er in de toekomst sterfgevallen zouden zijn als gevolg van de betreffende emissies, kon niet worden geconcludeerd dat sprake was geweest van een direct en onmiddellijk levensgevaarlijk risico voor omwonenden en personen werkzaam in omliggende bedrijven. Art. 2 EVRM dwong dan ook niet tot strafrechtelijke vervolging van de gemeente. De slotsom was daarmee de niet-ontvankelijkheid van het OM.

Fiscaal Sanctierecht

Deze column wordt verzorgd door prof. mr. G.J.M.E. de Bont, mr. K.M.G. Demandt, mr. drs. M.J.N. Vermeij en mr. A.B. Vissers

■ Jurisprudentie

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7007

In dit arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zien we de doorwerking van het *Melo Tadeu*-arrest van het EHRM, inzake de onschuldpresumptie in een strafzaak en de doorwerking daarvan in een latere gerechtelijke procedure. Deze problematiek was ook aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958, dat besproken is in de rubriek Fiscaal Sanctierecht van *Sanctierecht & Onderneming* 2017, nr. 4.

Bij belanghebbende in de door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden berechte zaak werd in januari 2013 op de zolderverdieping van zijn woning door de politie een hennepkwekerij aangetroffen. Op basis van de in de processen-verbaal van de betrokken verbalisanten neergelegde bevindingen werd een 'rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel hennepkwekerij' opgemaakt. Er werd uitgegaan van één eerder oogst die in 2012 had plaatsgevonden. Toepassing van de BOOM-normen leidde ertoe dat (na aftrek van kosten) een wederrechtelijk verkregen voordeel van € 29.442 in aanmerking genomen werd.

In december 2013 kwam de zaak voor de politierechter, die een veroordeling (tot 50 uur werkstraf) uitsprak voor het opzettelijk 'aanwezig hebben' van de 344 hennepplanten die op de datum van de inval werden aangetroffen. De politierechter kwam tot een vrijspraak voor de eveneens ten laste gelegde diefstal van elektriciteit. Wel werd een ontnemingsvordering ten bedrage van € 1.000 toegekend, in verband met de door verdachte genoten inkomsten uit de verhuur van de zolder waar de kwekerij was aangetroffen.

In zijn aangifte IB/PVV over 2012 had belanghebbende geen inkomsten uit de hennepkwekerij verwerkt, maar alleen zijn WAO-uitkering, het saldo eigen woning en zorgkosten. Bij brief van 12 februari 2015 deelde de Inspecteur mee dat hij afweek van de aangifte, en het in het 'Rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel hennepkwekerij' opgenomen bedrag van € 29.442 tot het inkomen rekende als resultaat uit overige werkzaamheden. In bezwaar voerde belanghebbende aan dat hij geen inkomsten uit de hennepkwekerij had genoten, en dat hij de zolderkamer waar de hennepkwekerij werd aangetroffen had verhuurd aan een derde. Hij wees erop dat hij in de strafzaak niet was veroordeeld voor het 'telen van hennep' maar alleen voor het 'aanwezig hebben'. Onder verwijzing naar het *Melo Tadeu*-arrest stelde belanghebbende daarom dat de Inspecteur had gehandeld in strijd met de onschuldpresumptie. Het bezwaar werd ongegrond.

verklaard, en ook in beroep ving belanghebbende bot.

In hoger beroep gunt het Gerechtshof hem echter het voordeel van de twijfel. In zijn beoordeling van het fiscale kader verwijst het Gerechtshof naar het *Melo Tadeu*-arrest en het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958. Het Gerechtshof volgt belanghebbende in zijn standpunt dat er sprake is van de vereiste 'link' tussen de tegen hem gevoerde strafrechtelijke procedure en de fiscale procedure.

Het Gerechtshof overweegt dat de door de Inspecteur toegepaste correctie van € 29.442 louter haar grond vindt in het strafrechtelijke onderzoek. De politierechter is ervan uitgegaan dat belanghebbende geen inkomsten uit de teelt en verkoop van hennep heeft genoten, maar alleen huurinkomsten (ten belope van € 1.000) heeft gehad. Nu de Inspecteur in hoger beroep de correctie van € 29.442 nog steeds verdedigt, is het Gerechtshof 'in wezen gehouden' om zelf het bewijs in het strafrechtelijke dossier te onderzoeken. Dat betekent dat de onschuldpresumptie ook dient te gelden in de fiscale procedure, met andere woorden: het Gerechtshof dient ervoor te zorgen dat het door zijn optreden, de motivering van de uitspraak of de gebruikte bewoordingen, geen twijfel laat ontstaan over de juistheid van de in de strafzaak gegeven vrijspraken.

Aan die gehoudenheid om zelf het strafrechtelijke bewijs te onderzoeken kan het Gerechtshof echter niet voldoen: de Inspecteur heeft alleen het 'Rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel hennepkwekerij' ingebracht, maar niet de daaraan ten grondslag liggende processen-verbaal. De onschuldpresumptie verhindert zodoende dat het standpunt van de Inspecteur over de niet-aangegeven inkomsten, dat afwijkt van het oordeel van de strafrechter, kan worden gevolgd. Weliswaar heeft de Inspecteur in de bezwaarfase zelf ook nog onderzoek gedaan (kort samengevat: naar kosten voor levensonderhoud die wel gemaakt moeten zijn maar niet uit de bankrekening van belanghebbende blijken) doch in dat onderzoek is hij niet verder gekomen dan een cijfermatige onderbouwing van het vermoeden dat belanghebbende € 2.000 tot € 2.500 aan extra inkomsten gehad moet hebben. De correctie van € 29.442 voor de hennep-inkomsten dient dus te vervallen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4842

Uit deze zaak blijkt dat een *Melo Tadeu*-verweer gedoemd is te mislukken indien wel het volledige strafdossier (en niet alleen het ontnemingsrapport) aan de Inspecteur wordt verstrekt.

Aan belanghebbende waren navorderingsaanslagen opgelegd over de jaren 2008 tot en met 2010 voor bijdrage zorgverzekeringswet en IB/PVV, in combinatie met vergrijpboetes. In 2010 startte een strafrechtelijk onderzoek naar mensenhandel (gedwongen prostitutie) en witwassen. De aanvankelijke veroordeling voor mensenhandel hield in hoger beroep geen stand. Het Gerechtshof te

's-Hertogenbosch sprak belanghebbende vrij van mensenhandel en veroordeelde hem alleen voor schuldheiling. Eind 2010 startte een tweede strafrechtelijk onderzoek, nu naar aanleiding van een anonieme tip dat belanghebbende zich bezighield met hennepkwekerij. In zijn woning werden twee kwekerijen aangetroffen. De resultaten uit beide strafrechtelijke onderzoeken werden aan de Inspecteur verstrekt. Het zich onder die stukken bevindende 'Rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel' vormde de basis voor navorderingsaanslagen in verband met inkomsten uit 'mensenhandel' en hennep-teelt over de jaren 2008 tot en met 2010, voor in totaal € 361.074. Daarnaast constateerde de Inspecteur (op basis van kasopstellingen) dat sprake was geweest van negatieve privé-uitgaven.

Het Gerechtshof achtte het aannemelijk dat zodoende sprake was van zodanige bedragen aan niet-aangegeven inkomsten dat de conclusie gerechtvaardigd was dat belanghebbende niet de vereiste aangifte had gedaan, en de bewijslast ex art. 27e AWR omgekeerd mocht worden.

Belanghebbende stelde zich op het standpunt dat sprake was van schending van de onschuldpresumptie, aangezien hij was vrijgesproken voor mensenhandel. Het Gerechtshof wees dit verweer van de hand. De juistheid van de gegeven vrijspraak werd immers niet in twijfel getrokken. Er was, aldus het Hof, alleen sprake van toepassing van de in het belastingrecht geldende regels – die afwijken van de in het strafprocesrecht geldende regels – voor de verdeling en omkering van de bewijslast.

Hoge Raad 20 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2655

Het is vaste strafrechtelijke jurisprudentie (zie het standaardarrest HR 8 maart 1994, NJ 1994, 408) dat het recht tot strafvervolgning niet komt te vervallen indien de strafvervolgning is aangevangen voorafgaand aan de datum waarop volgens opgave van de Kamer van Koophandel de betrokken entiteit is ontbonden. Dat geldt ook indien de betrokken vennootschap in civielrechtelijke zin heeft opgehouden te bestaan. De civielrechtelijke regels omtrent de ontbinding van een rechtspersoon zijn in het strafrecht wel van belang, maar dus niet doorslaggevend.

Alleen indien op het moment dat de vervolgning wordt aangevangen reeds voor derden kenbaar is (bijvoorbeeld uit KvK-gegevens) dat een rechtspersoon ontbonden is, geldt dat het recht tot strafvervolgning is vervallen.

Ligt dat anders in fiscalibus? In zijn arrest van 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9037 had de belastingkamer van de Hoge Raad geoordeeld over een commanditaire vennootschap die te maken kreeg met een naheffingsaanslag omzetbelasting plus verhogen, hoewel de CV vóór de oplegging al was ontbonden, en een van de voormalige vennoten was overleden. De ontbinding, aldus de Hoge Raad, belette niet – anders dan in het strafrecht waar het recht op strafvervolgning vervalt bij een 'overleden'

rechtspersoon – dat alsnog een aanslag (met verhoging) kon worden opgelegd. De Hoge Raad stelde dat de ontbinding van de vennootschap het niet onmogelijk maakte voor de uiteindelijk gerechtigden (natuurlijke personen) om te delen in de gevolgen van het beboetbare feit of om zich te verzetten tegen de beboeting. Alleen de 'juridische vormgeving' van de ondernemersactiviteiten veranderde door de ontbinding.

Echter, door de invoering van de vierde tranche van de Awb op 1 juli 2009 is de grondslag komen te vervallen aan de zojuist geschetste benadering. Het is nu immers mogelijk (art. 5:1 lid 3 Awb jo. art. 5:1 lid 2 aanhef en onder 2^o, en lid 3 Sr) om boetes op te leggen aan opdrachtgevers en feitelijke-leidinggevers, ook als de rechtspersoon die het beboetbare feit heeft begaan ontbonden is.

In de lijn van die ontwikkeling heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 20 oktober 2017 dan ook een ce-suur aangelegd op de datumgrens van 1 juli 2009. De entiteit in kwestie (een vennootschap onder firma) was met terugwerkende kracht opgericht op 1 januari 2009 en op 31 december 2009 weer ontbonden. In 2011 legde de Inspecteur een naheffingsaanslag loonheffing en een vergrijpboete op.

Voor zover het de naheffingsaanslag betreft stelt de Hoge Raad dat een aanslag (de vaststelling dat een belastingschuld is ontstaan) zijn betekenis niet verliest doordat degene aan wie hij is opgelegd overleden (bij natuurlijke personen) of ontbonden (bij niet-natuurlijke personen) is.

Voor zover het de boete betreft met betrekking tot de loonheffing die vóór 1 juli 2009 op aangifte had moeten worden afgedragen heeft het Gerechtshof, aldus de Hoge Raad, terecht de in HR 12 augustus 2005 neergelegde lijn gevolgd.

Voor de periode na 1 juli 2009 geldt echter art. 5:1 lid 3 Awb, waarin art. 5:1 lid 2 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard. Dat brengt mee, dat ook bij de strafrechtelijke regeling inzake 'overleden rechtspersonen' aangeknoopt moet worden. Het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon (of een daarmee gelijkgestelde entiteit) die is ontbonden, is daarmee alleen mogelijk indien de (kennisgeving van het voornemen tot) boeteoplegging heeft plaatsgevonden voordat de ontbinding voor derden kenbaar was. Is de Inspecteur op andere wijze dan via het Handelsregister op de hoogte geraakt van de ontbinding, dan zal hij zelf onderzoek dienen te verrichten. Maar: ook al kan aan de rechtspersoon geen boete meer opgelegd worden, de opdrachtgevers of feitelijke-leidinggevers zijn (door de werking van art. 5:1 lid 3 Awb) nog steeds beboetbaar.

Hoge Raad 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3056

Uit dit arrest blijkt dat het doortrekken van de objectieve toetsing van het pleitbaar standpunt, zoals van oudsher toegepast door de belastingkamer van de Hoge Raad, naar het strafrecht (HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638), geen toverstokje is waarmee iedere bewezenverklaring van het opzet in een fiscale strafzaak onschadelijk gemaakt kan worden.

In deze zaak had het Gerechtshof te Den Haag een rechtspersoon veroordeeld voor het opzettelijk doen van onjuiste aangiften vennootschapsbelasting. Verdachte had middels een side letter bij de koopovereenkomst die zag op 25% van de aandelen, de overdracht van de (blijkens de side letter) eveneens verkochte resterende 75%, uitgesteld. Hierdoor was, aldus het Hof, de in art. 20a lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 neergelegde regeling inzake verliescompensatie omzeild.

Verdachte voerde echter aan dat opzet op het doen van een onjuiste aangifte niet bewezen kon worden. Jurisprudentie over het onderwerp van een (aanmerkelijke) wijziging van het uiteindelijke belang zou ontbreken, en gezien de standpunten in de literatuur zou sprake zijn van een objectief pleitbaar standpunt.

Het Hof overwoog dat niet alleen het inhoudelijke standpunt inzake de fiscale kwestie, maar ook de feitelijke gang van zaken rond het opstellen van de side letter van belang was. De verdediging stelde dat de aanvullende overeenkomst was gesloten met het oog op een 'claim' die de verkoper van de aandelen nog op de koper zou hebben gehad, maar het Hof achtte dit niet aannemelijk. Daarbij nam het Hof onder andere in acht dat door koper was betaald voor alle (100% van de) aandelen, en dat verkoper ook het economische belang en de zeggenschap was kwijtgeraakt over de middelen de side letter overgedragen resterende 75% van de aandelen. Volgens het Hof was het aldus 'bijkans evident' dat sprake was geweest van een belangrijke wijziging van het uiteindelijke belang in de verdachte vennootschap. Bij de FIOD had de bestuurder van de verdachte vennootschap toegegeven dat de overdracht van de resterende 75% van de aandelen was uitgesteld om gebruik te kunnen maken van het nog in de vennootschap aanwezige verlies. Gelet op de uiterlijke verschijningsvorm van de side letter was het volgens het Hof kennelijk de bedoeling om de inhoud ervan geheim te houden voor (met name) de Belastingdienst, zodat het niet anders kon zijn dan dat het de bedoeling was om de wettelijke regeling over verliescompensatie te omzeilen. Het Hof overwoog dat het 'opzoeken en mogelijk overschrijden van de grenzen van de belastingplicht' op zichzelf niet onrechtmatig is, maar dat van rechtmatig handelen alleen sprake kan zijn als het standpunt pleitbaar is en 'ten minste' volledige openheid van zaken wordt betracht. Uit de gang van zaken rondom de side letter volgde echter het tegendeel.

De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het Hof inzake de 'evidentie' van de wijziging van het uiteindelijke belang. In dat oordeel van het Hof ligt weer besloten, aldus de Hoge Raad, dat verdachte naar objectieve maatstaven gemeten niet redelijkerwijs kon en mocht menen dat diens uitleg over de verliescompensatie juist was. Het daarop gebaseerde oordeel dat geen sprake was van een pleitbaar standpunt is daarmee 'niet onbegrijpelijk'.

In zijn Conclusie stelt A-G mr. Hofstee dat het beroep van verdachte op het 'pleitbaar standpunt' niet opgaat, omdat het Hof had kunnen vaststellen dat verdachte, toen hij de aangifte deed, ken-

nelijk niet in de veronderstelling verkeerde dat de wijze waarop de aangifte was gedaan toelaatbaar was (HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596). Niettemin gaat de A-G in op het doortrekken van de objectieve toetsing van het pleitbaar standpunt, zoals van oudsher toegepast door de belastingkamer van de Hoge Raad, naar het strafrecht (HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638). Daarbij is immers niet van belang of de belastingplichtige bij het doen van de aangifte het pleitbare standpunt 'voor ogen heeft gestaan'. In de onderhavige zaak had het Hof terecht de subjectieve maatstaf uit HR 6 maart 2012 toegepast, aldus de A-G, maar zelfs bij toepassing van een objectieve maatstaf zou de uitkomst niet anders zijn, nu het oordeel van het Hof berustte op (i) wat verdachte ten tijde van het doen van de aangiften bekend was, en op (ii) de vaststelling dat verdachte toen bewust geen openheid van zaken wilde geven over de side letter, die met een ander doel was opgemaakt dan verdachte wilde doen voorkomen.

Ontneming

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. L.M.J. Backx en mr. R.T.C.N. Jeuken

In deze rubriek wordt in chronologische volgorde een selectie besproken van arresten van de Hoge Raad in ontnemingszaken, verschenen tussen 1 november 2017 en 1 februari 2018.

■ Jurisprudentie

Hoge Raad 21 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3032

In deze kwestie had het Hof het wederrechtelijk verkregen voordeel vastgesteld op € 625.184,32. Verder had het Hof uitgerekend dat de procedure toch wel zo'n achtenhalf jaar had geduurd. Uitgaande van een wenselijk maximum van twee jaar per instantie was de overschrijding van de redelijke termijn in deze zaak zodoende vierenhalf jaar. En deze overschrijding kwam voor het overgrote deel van vier jaar voor rekening van de justitiële autoriteiten, aldus het Hof.

De keuze voor de toe te passen korting is een opmerkelijke: 'Het Hof stelt ziet dienaangaande aanleiding, gelet op het uniforme aspect van behandeling van soortgelijke kwesties op andere rechtsgebieden (bestuursrecht en civiel recht), ook in het ontnemingsrecht als maatstaf voor de vergoeding van immateriële schade het (standaard) bedrag te hanteren van € 500,- per halfjaar voor overschrijding van de termijn als geheel.' De rekening werd zodoende door het Hof gematigd met € 4000,-.

Hoe sympathiek en eenvoudig de door het Hof berekende korting ook moge zijn, de Hoge Raad gaat er niet in mee. Verwijzend naar HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:577- waarin de Hoge Raad deze kortingssystematiek al afwees en als uitgangspunt formuleerde een maximum aftrek van € 5.000,- stelt de Hoge Raad de korting op de betalingsverplichting vast op een bedrag van € 10.000,-. Dit bedrag is volgens de Hoge Raad ingegeven door de uitzonderlijk lange duur.

Hoge Raad 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3193

'Spreken is zilver, zwijgen is goud' was tot medio jaren 90 het makkelijkste advies wat een advocaat aan zijn cliënt kon geven. In die jaren ging de rechtspraak er duidelijk anders over denken. Wanneer een situatie schreeuwde om de verklaring van een verdachte, werd het beroep op het zwijgrecht nogal eens meegenomen als bewijsmiddel. Dat lijkt logisch. Als je met een rokend pistool boven een uit kogelgaten bloedend lijk hangt, is een beroep op het zwijgrecht wel vreemd als je niet de dader bent.

In de praktijk werd dit toch wel erg makkelijk toegepast. In dezelfde periode werd ook het medeplegen wat makkelijker aangenomen onder het adagium 'bijgestaan is meegedaan.' De Hoge Raad verduidelijkte in 1997 hoe het beroep op het zwijgrecht kan worden meegenomen in de bewijsvoering. Op 3 juni

van dat jaar in ECLI:NL:HR:1997:ZD0733 overwoog de Raad: 'Het feit dat verdachte weigert een verklaring af te leggen of antwoord te geven, kan op zich (mede gelet op art. 29.1 Sv) niet tot bewijs bijdragen. Dat brengt niet mee dat de rechter niet in zijn bewijsoverwegingen mag betrekken dat een verdachte voor een omstandigheid die op zich of samen met andere bewijsmiddelen redengevend moet worden geacht voor het bewijs, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven. Het Hof heeft niet onbegrijpelijk in samenhang met de bewijsmiddelen inzake de herkenning van verdachte, de omstandigheden dat verdachte bij zijn aanhouding in bezit was van een strippenkaart die korte tijd na de feiten was afgestempeld in de omgeving, waar deze zouden zijn gepleegd, redengevend geacht voor het bewijs. Door in zijn bewijsoverwegingen te betrekken dat verdachte voor die omstandigheden geen redelijke verklaring heeft kunnen geven, heeft het Hof geen rechtsregel geschonden. De rechter is niet gehouden tot het waarschuwen van een verdachte inzake de gevolgen van het niet aanvoeren van hem ontlastende omstandigheden.' Een fijn onderscheid dus. Dat dat niet altijd even duidelijk is, blijkt uit de onderhavige kwestie.

Het Hof had het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op een bedrag van ruim 1 miljoen euro. Dat was het resultaat van een kasopstelling bestaande uit alle, tegen de achtergrond van bescheiden legale inkomsten, bijschrijvingen op zijn rekening van onverklaarbare, hoge bedragen en de daaraan te relateren uitgaven. Verder had het Hof voor de schatting als bewijsmiddel gebruik gemaakt van de verklaring van verdachte inhoudende een beroep op het zwijgrecht als het ging om vragen over zijn onverklaarbare inkomsten.

In cassatie luidde het middel dan ook dat de schatting ten onrechte mede was gebaseerd op dat proces-verbaal van verhoor.

De Hoge Raad oordeelt als volgt: 'Krachtens art. 511 f SV kan de schatting van het op geld waardeerbare wederrechtelijk verkregen voordeel slechts worden ontleend aan wettige bewijsmiddelen. In gevolge art. 511^e, eerste lid, Sv (in eerste aanleg) en art. 511g, tweede lid, Sv (in hoger beroep) is op de uitspraak op een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel art. 359, derde lid, Sv van overeenkomstige toepassing. Dat betekent dat die uitspraak de bewijsmiddelen moet vermelden waaraan de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel is ontleend met weergave van de inhoud daarvan, voor zover bevattende de voor die schatting redengevende feiten en omstandigheden.'

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad de hiervoor aangehaalde overwegingen uit ECLI:NL:HR:1997:ZD0733 om daaraan toe te voegen dat het 'uitblijven van zo een verklaring ook van belang kan zijn in het geval dat aan de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel een financieel rapport ten grondslag wordt gelegd. Indien en voor zover een in het financieel rapport gemaakte gevolgtrekking is ontleend aan de inhoud van een of meer wettige,

voldoende nauwkeurig in dat rapport aangeduide bewijsmiddelen en die gevolgtrekking – blijkens vaststelling door de rechter – door of namens de betrokkene niet of onvoldoende gemotiveerd is betwist, kan de rechter bij de opgave van de bewijsmiddelen waaraan de schatting van het wederrechtelijk voordeel is ontleend, volstaan met de schatting (in zoverre) is ontleend en het weergeven van die gevolgtrekking uit het rapport.'

Het middel is dus gegrond maar leidt in dit geval niet tot cassatie omdat betrokkene daarbij een onvoldoende in rechte te respecteren belang heeft. Immers: 'de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel is indien die onderdelen van de bewijsmiddelen ..worden weggedacht, zonder meer toereikend gemotiveerd op de overige bewijsmiddelen, waaronder een financieel rapport, alsmede ... de vaststelling van het Hof dat de in dat rapport gemaakte gevolgtrekking door of namens de betrokkene onvoldoende gemotiveerd is betwist.'

Hoge Raad 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:66

In deze zaak klaagde het middel erover dat de schatting van het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel door middel van of uit de baten van het bewezenverklarde gewoontewitwassen ontoereikend is gemotiveerd.

Betrokkene is door de militaire kamer van het Hof veroordeeld voor gewoontewitwassen van bedragen en voorwerpen. De schatting van het daarmee wederrechtelijk behaalde voordeel heeft het Hof gebaseerd op een eenvoudige kasopstelling. Door alle contante inkomsten af te zetten tegen de contante uitgaven, kwam het Hof op een wederrechtelijk verkregen voordeel van ruim 315.000 euro. Hiervan trok het Hof de verbeurdverklarde gelden en de aanschafwaarde van de verbeurdverklarde auto af. Resterde zodoende een te betalen bedrag van bijna 180.000 euro. Bij dit alles laat het Hof in het midden om welke strafbare feiten het zou gaan, terwijl evenmin iets is overwogen over aanwijzingen dat die strafbare feiten door de betrokkene zouden zijn begaan.

Dit is voor de Hoge Raad te kort door de bocht. In HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5217 overwoog de Hoge Raad dat de opvatting dat geldbedragen die voorwerp zijn van het bewezen verklaarde misdrijf witwassen reeds daardoor wederrechtelijk verkregen voordeel zijn, niet juist is. Immers, zo oordeelt de Hoge Raad:

'Indien het Hof toepassing heeft willen geven aan art. 36e, tweede lid (oud), Sr, is het oordeel ontoereikend gemotiveerd aangezien het Hof in het midden heeft gelaten of het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel is geschat is gerelateerd aan (uitsluitend) het bewezenverklarde witwassen dan wel (mede) aan soortgelijke feiten en/of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, als bedoeld in art. 36e, tweede lid (oud), Sr.

Indien het Hof heeft beoogd toepassing te geven aan art. 36e, derde lid (oud), Sr, is het oordeel eveneens ontoereikend gemotiveerd. Uit de overwegingen van het Hof blijkt immers niet dat aan de in

die bepaling gestelde toepassingsvoorwaarden is voldaan.

Voor zover het Hof tot uitdrukking zou hebben willen brengen dat het bedrag van € 177.015,36, zijnde het bedrag dat de betrokkene in de periode van 1 januari 2007 tot en met 26 juni 2012 meer heeft uitgegeven dan zijn legale inkomsten in de desbetreffende periode hebben bedragen, is verkregen door middel van of uit de baten van het bewezenverklarde witwassen, zou dat oordeel kennelijk zijn gebaseerd op de opvatting dat genoemd bedrag, nu dit voorwerp van witwassen was, reeds daardoor wederrechtelijk verkregen voordeel vormde. Die opvatting is echter niet juist (vgl. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5217, NJ 2013/293).'

Het middel slaagt. Volgt cassatie.

Hoge Raad 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:88

In deze uitspraak speelt eigenlijk hetzelfde als in ECLI:NL:HR:2018:66. De Hoge Raad oordeelt hier vrij kort: 'Dit oordeel is kennelijk gebaseerd op de opvatting dat de contante opnames van onder meer de girorekening Stichting Beheer Derdengelden en overmakingen van die girorekening naar de bankrekening tot een bedrag van € 67.992,13, nu zij voorwerp waren van het bewezenverklarde witwassen, reeds daardoor wederrechtelijk voordeel vormen. Die opvatting is niet juist. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is daarom niet begrijpelijk dat de betrokkene daadwerkelijk tot een bedrag van € 67.992,13 wederrechtelijk voordeel heeft verkregen uit het bewezenverklarde witwassen.'

Toezichthouders

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. A.S.M.L. Prompers, mr. drs. M.J. Blotwijk en mr. P.L. Reeser Cuperus

■ Wet- en regelgeving

Mifid II sinds 3 januari 2018 van toepassing

De herziene Markets in Financial Instruments Directive, kortweg MiFID II, beoogt het efficiënter en transparanter maken van de Europese financiële markten en het vergroten van de bescherming van beleggers. Met de publicatie van de aanpassingen op het niveau van de wet, het Koninklijk Besluit en de Ministeriële regeling is de implementatie afgerond. De eisen van MiFID II zullen ook leiden tot wijzigingen van het nationaal regime, maar deze zijn nog niet door het ministerie van Financiën gerealiseerd. Dit betekent dat het huidige regime blijft gelden.

Beleidsregel geschiktheid Wet toezicht accountantsorganisaties vastgesteld

De AFM heeft de Beleidsregel geschiktheid Wta vastgesteld. Deze beleidsregel beschrijft het toetsingskader dat de AFM gaat gebruiken bij de geschiktheidstoetsingen van beleidsbepalers van OOB-accountantsorganisaties en is per 1 juli 2018 van kracht. Nu al moeten personen die het beleid van een OOB-accountantsorganisatie (mede) bepalen betrouwbaar zijn. Naast dit bestaande betrouwbaarheidsvereiste wordt per 1 juli 2018 de geschiktheidstoets voor beleidsbepalers (bestuurders en interne toezichthouders) van OOB-accountantsorganisaties ingevoerd. De Tweede Kamer heeft dit wetsvoorstel op 12 september 2017 goedgekeurd. Het ligt nu voor bij de Eerste Kamer. Geschiktheid bestaat uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag en heeft betrekking op de volgende onderwerpen:

- bestuur, organisatie en communicatie;
- producten, diensten en markten waarop de accountantsorganisatie actief is;
- beheerste en integere bedrijfsvoering;
- evenwichtige en consistente besluitvorming.

De hiervoor genoemde onderwerpen worden in de beleidsregel nader uitgewerkt. Voor de beleidsbepalers die op het moment van inwerkingtreding van de geschiktheidseis al in dienst zijn, geldt een overgangsregeling. Zij zijn geschikt zolang de toezichthouder niet tot een ander oordeel is gekomen op grond van nadere toetsing.

■ Jurisprudentie

AFM

CBb 17 januari 2018, ECLI:NL:CBb:2018:5

Mededeling AFM dat ook na voorgenomen wijzigingen in structuur GFH-Groep de heer X verkeert in een positie waarin hij aan de eisen van betrouwbaarheid dient te voldoen is geen appellabel besluit. Art. 1:3 lid 1 Awb

De heer X had binnen de GFH Groep verschillende rollen waarvoor op grond van de Wft de eis geldt dat zijn betrouwbaarheid buiten twijfel dient te staan. GFH c.s. hebben diverse wijzigingen doorgevoerd met als doel dat X niet meer getoetst behoefde te worden, onder meer door het terugbrengen van zijn aandelenbelang tot 9,99%, dus onder het percentage van 10% dat in art. 1:1 Wft is gedefinieerd als gekwalificeerde deelneming waarvoor men dient te beschikken over een verklaring van geen bezwaar (vvgb). Bij brief van 17 maart 2016 heeft AFM meegedeeld dat zij van oordeel is dat X na doorvoering van de voorgestelde herstructurering nog steeds een toetsbare positie inneemt en dat AFM niet op voorhand uitsluit dat dit ook geldt voor de overige in de structuur genoemde vennootschappen en haar aandeelhouders. Tegen die brief hebben appellanten bezwaar gemaakt. Dat is door AFM niet-ontvankelijk verklaard omdat deze brief volgens haar geen besluit is in de zin van de Awb en evenmin een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel. Daartegen zijn appellanten in beroep gekomen bij de rechtbank Rotterdam, die het beroep heeft afgewezen (ongepubliceerd). Tegen die uitspraak hebben appellanten hoger beroep ingesteld. AFM heeft ter zitting van het College het standpunt ingenomen dat appellanten, gelet op diverse ontwikkelingen bij de vergunninghoudende entiteiten die onderdeel uitmaken van de voorgenomen structuurwijziging binnen de GFH Groep, hun procesbelang hebben verloren. Het College volgt het standpunt van AFM niet. Volgens vaste jurisprudentie van het College is sprake van voldoende procesbelang als het resultaat dat met een (hoger) beroep wordt nagestreefd ook daadwerkelijk bereikt kan worden en het realiseren van dat resultaat voor appellanten feitelijke betekenis kan hebben (zie onder meer de uitspraak van 8 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:45). Met het hoger beroep beogen appellanten een definitief oordeel te verkrijgen over de vraag of na doorvoering van de voorgestelde herstructurering van de GFH Groep een toetsbare positie inneemt. Dat oordeel heeft voor appellanten feitelijke betekenis, omdat daarmee duidelijk wordt of de onder toezicht van AFM staande entiteiten behorende tot de GFH Groep op de desbetreffende onderdelen aan de voor hen geldende vergunningvereisten voldoen. De door AFM genoemde omstandigheden dat de vergunningen van Visie B.V. en Fondsbeheer Nederland B.V. (twee tot de GFH Groep behorende entiteiten) inmiddels zijn ingetrokken en AFM een voornemen tot het geven van een aanwijzing heeft gestuurd aan Darion Capital Management B.V. (een andere tot de GFH Groep behorende entiteit) omdat AFM voorlopig van oordeel is dat X in een toetsbare positie actief is bij Darion, maken dat niet anders. De brief van 17 maart 2016 is naar het oordeel van het College geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. De brief bevat enkel het standpunt van AFM omtrent de toepassing van het recht, waartegen in beginsel geen rechtsbescherming door de bestuursrechter open staat. Volgens vaste jurisprudentie van het College kan het geven van een als zelfstandig en definitief bedoeld rechtsoordeel omtrent de

toepasselijkheid van een wettelijke bepaling in een gegeven situatie ten aanzien waarvan een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft, in zeer bijzondere gevallen voor wat betreft de mogelijkheid daartegen in rechte op te komen worden gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb. Het College stelt vast dat appellanten ter afwijking van mogelijk (nader) handhavend optreden door AFM zekerheid wensen over het antwoord op de vraag of met het doorvoeren van de voorgenomen structuurwijziging van de GFH Groep de hiervoor genoemde overtreding van de betrokken vergunninghoudende entiteiten wordt beëindigd. Het College ziet in dit geval geen reden waarom van appellanten niet gevegd kan worden dat zij eventuele nadere besluitvorming van AFM in dat verband, waartegen in rechte kan worden opgekomen, afwachten. Daartoe overweegt het College dat het in de eerste plaats aan de vergunninghoudende entiteiten is om ervoor te zorgen dat zij aan de relevante wet- en regelgeving voldoen. De wijze waarop zij een vastgestelde overtreding beëindigen, in dit geval door een structuurwijziging, is in beginsel hun eigen verantwoordelijkheid. Van een onevenredig belastende weg naar de rechter is voorts geen sprake. Dat AFM lopende het informele overleg tussen partijen heeft afgezien van handhaving en dat een structuurwijziging kosten met zich brengt, doet daaraan niet af. De omstandigheid dat eventuele handhavingsbesluiten, gericht aan de vergunninghoudende entiteiten van de GFH Groep, geen rechtsingang bieden aan appellanten omdat zij daarbij niet belanghebbenden zijn in de zin van de Awb, leidt ook niet tot het oordeel dat de brief van 17 maart 2016 een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel is. Uit het wettelijk systeem vloeit voort dat enkel belanghebbenden tegen een besluit kunnen opkomen. Het uitlokken van een bestuurlijk rechtsoordeel kan niet ertoe leiden dat via die weg ook aan niet-belanghebbenden toegang tot de bestuursrechter wordt geboden. Volgt ongegrondverklaring.

CbB 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409, NJB 2018/279

Boete wegens feitelijk leidinggeven aan een overtreding van art. 5:2 Wft (prospectusplicht). Aanbieden van participaties zonder goedgekeurd prospectus. Art. 53 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft niet van toepassing. Herroeping boete vanwege strijd het gelijkheidsbeginsel omdat in een vergelijkbaar geval AFM had volstaan met een waarschuwing

A B.V. is beheerder van 6 maatschappen. Elke maatschap bestaat uit A, de besloten vennootschap B en enkele tientallen natuurlijke personen. Daarnaast zijn er zes B.V.'s waarvan een stichting de aandelen houdt. A is de bestuurder van de stichting. Enig aandeelhouder en middellijk bestuurder van A is de heer X. De maatschappen hebben elk een 'informatiememorandum' uitgebracht, dat evenwel niet voldoet aan de eisen die de Wft stelt aan prospectussen. Volgens de AFM kan geen beroep gedaan worden op een wettelijke vrijstelling. Naar het oordeel van de AFM is de prospectusplicht van art. 5:2 Wft overtreden. AFM legt aan X als feitelijk leiding-

gevende een boete op. X heeft met instemming van de AFM rechtstreeks beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam, maar dat is ongegrond verklaard bij uitspraak van 29 juni 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:5379, niet gepubliceerd). X heeft vervolgens hoger beroep ingesteld.

Het College is met de rechtbank van oordeel dat de AFM terecht heeft geconcludeerd dat de maatschappen feitelijk werden aangestuurd door A, dan wel door haar middellijk enig bestuurder, als ware het één onderneming. Die feitelijke centrale leiding maakt dat de maatschappen zodanig organisatorisch met elkaar zijn verbonden dat sprake is van een economische eenheid en derhalve van een groep in de zin van art. 2:24b BW. Hieruit volgt op grond van art. 53 lid 3 Vrijstellingsregeling Wft dat de totale tegenwaarde van de aanbiedingen van de participaties in de verschillende maatschappen bij elkaar dient te worden opgeteld. Niet in geschil is dat zo bezien geen beroep gedaan kan worden op de tegenwaardevrijstelling van art. 53 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft. X kwalificeert ook in de ogen van het CbB als feitelijk leidinggevende. Er is geen sprake van het ontbreken van verwijtbaarheid of verminderde verwijtbaarheid. Aan X kon dan ook in beginsel een boete worden opgelegd. X stelt dat de AFM in een vergelijkbaar geval C heeft volstaan met het geven van een waarschuwing. Dit beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt. Het College stelt vast dat AFM ten aanzien van gelijke overtredingen van art. 5:2 Wft op ongelijke wijze is opgetreden, namelijk door in het eerste geval welbewust te volstaan met een waarschuwing en in het laatste geval een boete aan de feitelijke leidinggever op te leggen. Het College is van oordeel dat AFM onvoldoende duidelijk heeft gemaakt in welke omstandigheden een dergelijk verschil in optreden rechtvaardiging vindt. Daarbij neemt het College in aanmerking dat niet aannemelijk is dat de algemene guidance die AFM op verzoek aan C heeft gegeven tot meer of minder (on)duidelijkheid over de toepassing van art. 53 de Vrijstellingsregeling Wft heeft geleid dan al op basis van de wettekst bestond. Dat appelland zich niet tot AFM heeft gewend met de vraag of het verbod van art. 5:2 Wft op hem van toepassing is kan hem dan ook in zoverre niet worden tegengeworpen. Dat de AFM aan een onderneming waarvan appelland ook (middellijk) enig aandeelhouder en bestuurder was in het verleden vanwege een overtreding van de Whc een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom heeft toegezonden maakt niet dat ten opzichte van X nu wel een boete opgelegd zou kunnen worden. Gelet op de aard van die overtreding en omdat de overtreding direct is beëindigd na ontvangst van een voornemen tot een last onder dwangsom is die omstandigheid van ondergeschikt belang voor de beoordeling van de wijze waarop AFM dient op te treden naar aanleiding van de vastgestelde overtreding van art. 5:2 Wft. Het geval van C verschilt onvoldoende om nu een boete aan X te kunnen rechtvaardigen. Volgt vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en herroeping van het boetebesluit.

CbB 16 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:359 en 360

Hoger beroep accountant Weyl Groep. Voortzetting klachtprocedure door AFM. Accountantstuchtprocedure geen 'criminal charge' als bedoeld in art. 6 Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM)

In februari 2014 hebben de Stichting Onderzoek Bedrijfsinformatie en twee schuldeisers (SOBI e.a.) een tuchtklacht tegen de voormalig accountant van Weyl ingediend bij de Accountantskamer. Na intrekking van de klacht door SOBI e.a., is de klacht op last van de Accountantskamer voortgezet door de AFM. In januari en maart 2015 hebben de curatoren van Weyl en de Stichting Waakzaamheid Accountantsberoep en Schuldeisersbelangen Weyl Beef (de Stichting) eveneens tuchtklachten ingediend. De Accountantskamer heeft de klachten gegrond verklaard en de accountant de maatregel van doorhaling van de inschrijving in de registers opgelegd met een termijn van zes maanden waarbinnen de accountant niet opnieuw kan worden ingeschreven. De hoger beroepen van de accountant zien niet op het inhoudelijke oordeel van de Accountantskamer, maar op de ontvankelijkheid van de klachten en de gang van zaken bij de Accountantskamer.

Het CbB oordeelt dat de curatoren en de Stichting de klachten tijdig hebben ingediend. Met betrekking tot de klacht van de Stichting oordeelt het CbB dat het indienen van een klacht ter ondersteuning van de klacht van de curatoren niet wettelijk is verboden. Van misbruik van klachtrecht door de Stichting is geen sprake. De Accountantskamer heeft de klachten van de curatoren en de Stichting dan ook terecht ontvankelijk geacht. Ook SOBI e.a. waren tijdig met hun klacht. De AFM heeft deze klacht als opvolgend klager voortgezet als ware deze van haar afkomstig. Hierbij past niet dat alsnog wordt beoordeeld of de klacht ontvankelijk zou zijn, indien deze was ingediend door de opvolgend klager. Voorzetting van de klacht was naar het oordeel van het CbB gerechtvaardigd, omdat de feiten en omstandigheden rondom de fraude en het faillissement van Weyl in hoge mate mede bepalend zijn voor het vertrouwen dat de maatschappij stelt in accountants. De Accountantskamer had de accountant wel moeten horen, alvorens tot voortzetting van de klacht te besluiten, maar hieraan verbindt het College geen gevolgen. De accountant heeft zich kunnen uitlaten over de voortzetting en heeft dat ook gedaan. Naar het oordeel van het CbB heeft de Accountantskamer met de gelijktijdige behandeling van alle drie de klachten niet in strijd gehandeld met de goede procesorde. Dat de klacht van de AFM, in verband met de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken, niet is gevoegd met de andere twee klachten acht het CbB aanvaardbaar. De accountant kende alle stukken en heeft zich daartegen kunnen verweren. De Accountantskamer mocht de kwaliteitscontrole rapporten (QC-rapporten) gebruiken voor de beoordeling van de klachten. De kamer heeft het nemo-tenetur-beginsel niet geschonden. Dat beginsel bepaalt dat een verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling door bewijs te

gen zichzelf te leveren. Dit beginsel vloeit voort uit art. 6 EVRM. Dat artikel mist evenwel toepassing. Gelet op rechtspraak van het EHRM, met name de arresten *Müller-Hartburg* en *Blum*, en de karakteristieken van het Nederlandse accountantstuchtrecht is het College van oordeel dat geen sprake is van een criminal charge als bedoeld in art. 6 EVRM. Van belang acht het College dat procedures worden gevoerd bij daartoe specifiek aangewezen disciplinaire gerechten en niet bij de strafrechter. Op grond van art. 22 Wtra kan 'een ieder' een tuchtklacht initiëren; het is geen specifieke taak van het Openbaar Ministerie. De aan de orde zijnde normen zijn specifiek gericht op een afgebakende groep met een speciale status, te weten accountants. Ten aanzien van de aard en ernst van de sancties die op grond van art. 2 Wtra kunnen worden opgelegd – een waarschuwing, een berisping en een (tijdelijke) doorhaling van de inschrijving in de registers – typisch tuchtrechtelijke sancties zijn. Uitzondering daarop is dat aan de accountant ook een geldboete kan worden opgelegd, maar daarbij geldt, evenals in de aangehaalde uitspraken van het EHRM dat bij uitblijven van betaling van die geldboete geen sprake kan zijn van vervangende hechtenis. De maximale geldboete van thans € 8.200 (en ten tijde van de hier aan de orde zijnde gedragingen een geringer bedrag) is voorts relatief beperkt. De bescherming voor zaken die vallen onder het strafrechtelijk bereik van art. 6 EVRM gelden daarom niet voor de accountant. Opgelegde maatregelen gepast en geboden. Volgt ongegrondverklaring.

Rb. Rotterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9977 en 9978

Herroeping van door de AFM aan EY en PwC opgelegde boetes omdat niet buiten redelijke twijfel is aangetoond dat zij hun wettelijke zorgplicht niet hebben nageleefd. Art. 14 Wet toezicht accountantsorganisaties

De AFM heeft aan PwC en EY bestuurlijke boetes opgelegd vanwege schending van de wettelijke zorgplicht die is neergelegd in art. 14 Wet toezicht accountantsorganisaties. AFM heeft de controlewerkzaamheden van de externe accountants van PwC en EY in tien dossiers over het jaar 2012 onderzocht. Volgens de AFM beschikten de accountants van PwC en EY in verschillende van deze dossiers niet over voldoende en geschikte informatie om een goedkeurende verklaring te verstrekken bij de betreffende jaarrekening. Tegen de opgelegde boetes zijn EY en PwC in bezwaar gegaan en tegen de afwijzing van hun bezwaar hebben zij beroep ingesteld bij de rechtbank. Volgens de rechtbank moet bij de beantwoording van de vraag of de accountantsorganisatie haar zorgplicht heeft nageleefd in beginsel onderzoek worden gedaan naar het kwaliteitsbeleid en naar het stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountantsorganisatie. Alleen daarmee wordt rechtstreeks inzicht verkregen in de wijze waarop de accountantsorganisatie invulling geeft aan haar wettelijke verplichtingen, in het bijzonder de op haar rustende zorgplicht. Onderzoek naar de controlewerkzaamheden van de externe accountants is daartoe niet altijd noodza-

kelijk. Tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants kunnen duiden op een gebrekkige naleving van de zorgplicht door de accountantsorganisatie, maar zijn in beginsel niet voldoende voor die conclusie. De AFM heeft volstaan met het standpunt dat, gelet op de aard, ernst en hoeveelheid van de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden bij de door de AFM onderzochte controles, niet anders kan worden geconcludeerd dan dat EY en PwC zich onvoldoende hebben ingespannen om te zorgen dat haar externe accountants bij het verrichten van wettelijke controles voldoen aan de voor hen geldende gedrags- en beroepsregels. Dat is geen toereikende motivering. Volgt gegrond verklaring van de beroepen en herroeping boetebesluiten.

ACM

Rechtbank Rotterdam 25 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:374 en ECLI:NL:RBROT:2018:375

Last onder dwangsom aan PostNL rechtmatig bevonden: nader onderzoek toegestaan

PostNL is de universelepostdienstverlener en heeft dientengevolge een landelijk dekkend postvervoernetwerk. Dit netwerk gebruikt PostNL ook om post te bezorgen die buiten de universele postdienst valt, zoals zakelijke post. Art. 9 Postwet – thans ingetrokken – beoogde aan concurrenten van PostNL de mogelijkheid te geven landelijk post te kunnen laten bezorgen en daardoor te concurreren met PostNL. Het artikel verbood PostNL om te discrimineren tussen eigen klanten en concurrerende postvervoerders. De ACM heeft klachten ontvangen van concurrenten van PostNL over zijn dienst Diverse Afzenderadressen (DivA). Concurrenten werden door PostNL verplicht om post per afzender (per sender) aan te leveren. Bij besluit van 1 mei 2015 heeft zij aan PostNL een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van art. 9 Postwet. Hierin heeft zij PostNL gelast om – kort gezegd – niet langer een hoger tarief te rekenen of op andere manier onderscheid te maken jegens concurrenten die post met diverse afzenderadressen aanleveren bij PostNL.

Tegen deze last heeft PostNL, na bezwaar, beroep ingesteld. Op verzoek van de ACM is de behandeling van de zaak door de rechtbank aangehouden in afwachting van de uitspraak van het CbB in de zaak over een eerdere last van de ACM inzake de door PostNL gehanteerde voorwaarde Uniform Afzenderadres. Het CbB vernietigde de last met de reden dat de ACM gelet op het *bpost*-arrest onvoldoende onderzoek had gedaan naar mogelijke objectieve rechtvaardigingsgronden voor PostNL om die voorwaarde toe te passen.

Hierop heeft de ACM een nader onderzoek uitgevoerd naar objectieve rechtvaardigingsgronden voor de dienst DivA en is tot de conclusie gekomen dat er geen bewerkelijkheidsverschil is dat het tariefverschil rechtvaardigt. De resultaten heeft de ACM verwerkt in een gewijzigd besluit op 15 mei 2017. Dit besluit heeft het besluit op bezwaar d.d. 18 januari 2016 vervangen.

Inhoudelijk komt de rechtbank tot de conclusie dat PostNL geen objectieve rechtvaardigingsgrond om de dienst DivA in de huidige vorm aan te bieden. De rechtbank volgt het nadere onderzoek van de ACM waaruit blijkt dat geen verschil in bewerkelijkheid bestaat tussen partijen post met een uniform afzendadres en met diverse afzendadressen. De rechtbank oordeelt dat de ACM het nadere onderzoek naar objectieve rechtvaardigingsgronden die verwerkt zijn in het gewijzigde besluit, niet ingegaan is tegen de uitspraak van het CBB. Het CBB heeft geoordeeld dat de eerdere last onvoldoende gemotiveerd was ten aanzien van objectieve rechtvaardigingsgronden, maar heeft niet geoordeeld dat de voorwaarde UA objectief gerechtvaardigd is. De ACM was volgens de rechtbank vrij om in deze zaak nader onderzoek te doen naar de objectieve gerechtvaardigheid van de per sender voorwaarde van de dienst DivA.

Ook verzet de goede procesorde zich volgens de rechtbank niet tegen het inbrengen van het nadere onderzoek, omdat dit moet worden geplaatst in het voortschrijdende partijendebat over de objectieve rechtvaardigingsgronden die door PostNL zijn aangedragen. De rechtbank merkt hierbij op dat ook PostNL in de beroepsfase aanvullende stukken heeft ingediend, waarop de ACM moest reageren. Ook wijst de rechtbank de grond van PostNL af dat bewijs verkregen uit één bedrijfsbezoek dient te worden uitgesloten. De ACM had voldoende aanwijzingen voor het bedrijfsbezoek; er was niet sprake van een fishing expedition. Ook oordeelt de rechtbank dat de inwerkingtreding van de Beleidsregel ex-ante toezicht in december 2016, het vervallen van art. 9 Postwet per augustus 2017 en de inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit 24-uurs zakelijke post in augustus 2017 niet zou moeten hebben leiden tot een herroeping van de last inzake de dienst DivA. Het feit dat PostNL de last heeft opgevolgd is niet van belang, omdat PostNL hoopte de gevolgen van de last terug te draaien door in beroep te gaan.

Publicatiebesluiten

In een aparte uitspraak buigt de rechtbank zich over het beroep tegen het publicatiebesluit. Het eerste publicatiebesluit d.d. 21 juli 2015 zag op publicatie van het primaire besluit d.d. 1 mei 2015. Het tweede publicatiebesluit d.d. 2 februari 2016 zag op publicatie van het besluit op bezwaar d.d. 18 januari 2016. Het derde publicatiebesluit d.d. 7 juli 2017 zag op publicatie van het gewijzigde besluit op bezwaar d.d. 15 mei 2017.

De rechtbank overweegt dat een publicatiebesluit onderdeel is van het onderliggende materiële besluit. Dit betekent dat een besluit om een besluit op bezwaar te publiceren onderdeel is van het besluit op bezwaar. Om die reden staat geen bezwaar open en kan geen rechtstreeks beroep ingesteld worden tegen het publicatiebesluit, slechts 'normaal' beroep. Het beroep tegen het besluit op bezwaar inzake de last, richt zich daarom ook op het publicatiebesluit waarmee het besluit op bezwaar is gepubliceerd.

Nu het gewijzigde besluit op bezwaar d.d. 15 mei 2017 het besluit op bezwaar d.d. 18 januari 2016 heeft vervangen, is het publicatiebesluit van de eerste in de plaats getreden van het publicatiebesluit van de tweede. Het beroep tegen het publicatiebesluit d.d. 2 februari 2016 is daarom niet-ontvankelijk.

De rechtbank verwijst naar de uitspraak op 25 januari 2018 waarin de last inhoudelijk behandeld werd en stelt vast dat de last rechtmatig is geweest. Op grond van art. 12v Instellingswet ACM diende de ACM de last derhalve terecht te publiceren.

Wel wijst de rechtbank de grond van ACM toe dat enkele bedrijfsvertrouwelijke gegevens ten onrechte niet onleesbaar zijn gemaakt bij de publicatie van het gewijzigde besluit op bezwaar. De rechtbank vernietigt daarom het publicatiebesluit d.d. 7 juli 2017 en voorziet zelf in de zaak door te bepalen dat de ACM het gewijzigde besluit op bezwaar opnieuw openbaar maakt nadat de bedrijfsvertrouwelijke passages onleesbaar zijn gemaakt. De ACM wordt hierbij echter verboden om dit op een actieve manier bekend te maken.

Rechtbank Rotterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9657

Boete modewebwinkel overtredingen informatieverplichtingen koop op afstand. Terugzendkosten. Geen strijd met het gelijkheidsbeginsel

De wet biedt consumenten 'extra' bescherming bij koop op afstand. Van koop op afstand is sprake als een consument bijvoorbeeld iets koopt via internet. De consument mag de koop bijvoorbeeld binnen veertien dagen ontbinden en het product retourneren. De webwinkel moet de consument daar goed over informeren. De ACM heeft onderzoek gedaan naar de naleving van de regels op dit gebied door modewebwinkels. Een aantal van deze webwinkels is naar aanleiding van dit onderzoek beboet. Tegen deze boetebesluiten lopen een aantal beroepsprocedures. De rechtbank Rotterdam heeft de eerste uitspraken gedaan over het optreden van de ACM tegen de modewebwinkels (zie ook de hierna te bespreken uitspraak van 14 december 2017).

In deze zaak heeft de ACM vastgesteld dat de webwinkel op drie punten niet heeft voldaan aan de regels over informatieverstrekking over de ontbinding van overeenkomsten op afstand door consumenten. De ACM heeft de webwinkel voor deze drie overtredingen een boete opgelegd van € 72.000,-. De webwinkel vermeldde ten onrechte op haar site dat consumenten binnen 14 dagen de overeenkomst mogen ontbinden, maar ook binnen deze termijn de bestelling moet terugsturen. Dit is onjuist. Na ontbinding heeft de consument nog eens 14 dagen om de bestelling terug te sturen. Daarnaast vermeldde de webwinkel ten onrechte dat artikelen die met korting zijn gekocht niet teruggestuurd mogen worden. Deze twee overtredingen zijn door de webwinkel niet betwist. De webwinkel heeft bij de rechtbank alleen betoogt dat er geen sprake was van de derde door de ACM vastgestelde overtreding. De ACM heeft gesteld dat de webwinkel op haar site niet duidelijk heeft vermeld dat de consument de terugzendkosten moet dragen wanneer hij zijn

overeenkomst wil ontbinden. Volgens de webwinkel heeft zij wel aan deze informatieverplichting voldaan. Op de website werd immers vermeld dat de webwinkel een 'administratieve fee' van € 15,- in rekening brengt bij ontbinding. Volgens de webwinkel bevat de wet op dit punt een open norm en mocht zij daar invulling aan geven zoals zij heeft gedaan.

De rechtbank volgt de webwinkel niet in dit betoog. De rechtbank overweegt dat de webwinkel met de term 'administratieve fee' niet aan de gemiddelde consument duidelijk heeft gemaakt dat de consument de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak dient te betalen.

De webwinkel heeft daarnaast aangevoerd dat de boeteoplegging in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Volgens de webwinkel zouden vele webwinkels zich mogelijk niet aan de regels houden en zijn deze ten onrechte niet door de ACM beboet. De rechtbank stelt bij de beoordeling van dit betoog voorop dat de beperkte handhavingscapaciteit van de ACM met zich mee brengt dat niet kan worden verlangd dat ACM iedere overtreding opspoorst en daartegen handhavend optreedt. De ACM is niet gehouden om vooraf een (schriftelijke) waarschuwing te geven voordat zij een boete mag opleggen, tenzij er sprake is van beleid of gedragslijn van de toezichthouder. De rechtbank acht de wijze waarop de ACM heeft toegelicht waarom in het geval van deze webwinkel is overgegaan tot het opleggen van een boete begrijpelijk en toereikend. Van strijd met het gelijkheidsbeginsel is geen sprake.

De rechtbank acht tot slot de opgelegde boete evenredig. De rechtbank oordeelt dat de gedragingen ernstig zijn, omdat door de onjuiste of onvolledige mededelingen de gemiddelde consument in strijd met de uitdrukkelijke doelstellingen van de wet op het verkeerde been wordt gezet.

De webwinkel is tegen deze uitspraak van de rechtbank in hoger beroep gegaan.

Rechtbank Rotterdam 14 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9657

Boete modewebwinkel overtreding regels bij koop op afstand. Waarschuwing; Strijd met het gelijkheidsbeginsel

De ACM heeft aan de modewebwinkel die centraal staat in deze uitspraak twee boetes opgelegd van totaal € 198.000,- vanwege het niet naleven van de regels bij koop op afstand. De webwinkel gaf op de website onjuiste informatie over retournering van gekochte goederen (de eerste overtreding):

- op de website stond niet duidelijk vermeld dat de consument de terugzendkosten moet betalen wanneer hij de overeenkomst ontbindt.
- op de website stond dat de consument het Europese model-retourformulier moest gebruiken als hij de overeenkomst wil ontbinden. Dit is onjuist, want de wet bepaalt dat de ontbinding vormvrij is.

Daarnaast betaalde de webwinkel aan de consument die zijn aankoop retourneerde niet altijd de verzendkosten terug (de tweede overtreding). De wet schrijft voor dat de consument alle betalingen,

inclusief verzendkosten, moet terugkrijgen. De webwinkel was het niet eens met de opgelegde boetes en heeft beroep ingesteld.

De rechtbank is het met de ACM eens dat de webwinkel op de website niet duidelijk genoeg heeft vermeld dat de consument de terugzendkosten moet betalen. Dat op een andere plaats op de website de algemene voorwaarden staan en dat daarin wel de juiste informatie wordt vermeld, maakt voor de overtreding niets uit. Als de verplichte informatie in algemene voorwaarden staat is dat volgens de rechtbank nog steeds niet duidelijk genoeg voor de gemiddelde consument.

De webwinkel heeft zich in deze zaak met succes beroepen op het gelijkheidsbeginsel. De ACM heeft bij haar onderzoek 40 webwinkels – waaronder de webwinkel in de hiervoor besproken uitspraak – gewaarschuwd dat zij de informatieverplichtingen niet goed naleefden en dat zij boetes zou uitdelen als hun websites niet werden aangepast. Andere webwinkels – zoals de onderhavige – zijn niet door de ACM gewaarschuwd. Volgens de ACM waren die webwinkels al door de Consumentenbond gewaarschuwd dat zij de regels niet goed naleefden. De Consumentenbond onderzocht op eigen initiatief of deze webwinkels de terugbetalingsverplichtingen naleefden. Als dat niet zo was confronteerde de Consumentenbond hen met de onderzoeksresultaten.

De rechtbank gaat hier niet in mee. De rechtbank wijst er op dat de waarschuwing van de Consumentenbond niet kan worden gelijkgesteld met een waarschuwing van de ACM. Door deze webwinkel niet te waarschuwen en 40 andere modewebwinkels wel voordat overgegaan wordt tot boeteoplegging, heeft de ACM in strijd gehandeld met het gelijkheidsbeginsel. Gelet hierop had de ACM geen gebruik mogen maken van haar bevoegdheid om een boete op te leggen. De boete van € 90.000,- voor de eerste overtreding komt hiermee te vervallen. De boete voor de tweede overtreding blijft wel in stand. Voor deze overtreding is het geval van de webwinkel namelijk niet gelijk aan dat van de 40 door de ACM gewaarschuwde webwinkels. De waarschuwing zag immers niet op de terugbetaalverplichting, maar op de informatieplicht.

De webwinkel, evenals ACM zijn tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan.

Rechtbank Rotterdam 1 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9417

Rechtstreeks beroep afgewezen. Boetebesluit kartelverbod (art. 6 Mededingingswet en art. 101 Werkingverdrag EU)

De ACM heeft ingestemd met het verzoek van eiseres om rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter in te stellen tegen een boetebesluit. Ten onrechte, zo oordeelt de rechtbank. De ACM moet de zaak alsnog eerst in bezwaar behandelen. De rechtbank acht de zaak ongeschikt voor rechtstreeks beroep. Het twintig pagina's tellende bezwaarschrift en het veertig pagina's tellende besluit betreffen een zaak – een inbreuk op het kartelverbod – die naar haar aard complex is. Het bezwaarschrift bevat

argumenten waar de ACM volgens de rechtbank in haar primaire besluit nog niet op heeft gereageerd, met name over de hoogte van de opgelegde boete. Daarnaast heeft eiseres twaalf weken gedaan over het formuleren van beroepsgronden en heeft de ACM deze gronden pas acht weken daarna doorgezonden. Dergelijke termijnen wijzen er volgens de rechtbank op dat de zaak niet geschikt is voor rechtstreeks beroep.

Rechtbank Rotterdam 24 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:490

Wet Markt en Overheid. Afbakening van markten voor parkeergarages, parkeerterreinen en straat-parkeren. Spoedeisend belang. Zicht op legalisatie

Naar aanleiding van een handhavingsverzoek van Q-Park heeft de ACM vastgesteld dat de gemeente Veenendaal geen kostendekkende tarieven rekt in een aantal gemeentelijke parkeergarages en -terreinen. De ACM heeft de gemeente een last onder dwangsom opgelegd om de overtreding van art. 25i lid 1 Mededingingswet (Mw) binnen twaalf weken te beëindigen. De gemeente vraagt de voorzieningenrechter om de last te schorsen tot zes weken na de beslissing op bezwaar. Veenendaal stelt als spoedeisende belangen dat de tariefverhoging niet op korte termijn kan worden gerealiseerd en dat verhoging zou leiden tot leegstand van de parkeergarages en schade voor ondernemers en de gemeente. De rechtbank is hiervan niet overtuigd. Veenendaal kon al sinds het primaire besluit in september 2017 weten dat zij de tarieven zou moeten verhogen. Eventuele schade als gevolg van leegstand is een puur financieel belang en daarom niet spoedeisend. De rechtbank overweegt dat spoedeisend belang wel kan zijn gelegen in evidente onrechtmatigheid, bijvoorbeeld als de ACM ten onrechte straat- en vergunning-parkeren als een aparte markt van parkeren in parkeergarages en op terreinen heeft aangemerkt.

Veenendaal betoogt dat alle genoemde parkeermodaliteiten één markt vormen. De ACM had óf moeten beslissen dat de gehele markt onder het overheidsprerogatief van gemeenten vallen, waardoor de Mw niet van toepassing is, óf alle kosten en baten van alle parkeermodaliteiten moeten samenemen bij haar beoordeling. De ACM meent dat alleen het aanwijzen en aanbieden van straat- en vergunnings-parkeerplaatsen, in de openbare ruimte, overheidstaken zijn. De voorzieningenrechter stelt de ACM in het gelijk. Onder verwijzing naar Europese rechtspraak over de definitie van een economische activiteit overweegt de voorzieningenrechter dat straat- en vergunning-parkeren niet los kunnen worden gezien van de overheidstaken van de gemeente. De regulering van parkeren in de openbare ruimte is in art. 225 Gemeentewet voorbehouden aan gemeentes. Parkeren buiten de openbare ruimte kan wel worden losgekoppeld en dus apart als economische activiteit worden gezien. De gemeente vindt daarnaast dat zij een gedeelte van de kapitaallasten niet hoefde door te berekenen omdat de winkels ten behoeve waarvan de parkeergelegenheden zijn aangelegd nog niet af

zijn. De ACM stelt dat dit niet is toegestaan. De parkeerplaatsen zijn gerealiseerd en de daaruit voortvloeiende kosten zijn gemaakt. Die kosten moeten daarom integraal in de parkeertarieven worden verwerkt. De voorzieningenrechter is het met de ACM eens, art. 25i Mw biedt geen mogelijkheden om een deel van de kosten niet door te berekenen. Tot slot komt aan de orde dat de gemeente van plan is om de exploitatie van de betreffende parkeerplaatsen aan te merken als economische activiteit in het algemeen belang. De voorzieningenrechter gaat niet mee in het argument van de gemeente dat zicht op legalisatie met zich meebrengt dat de ACM geen last onder dwangsom mag opleggen. Daarbij weegt mee dat de ACM heeft toegezegd om de last op te schorten totdat het vaststellingsbesluit onherroepelijk of geschorst is. De voorzieningenrechter concludeert dat de besluiten van ACM naar verwachting in stand zullen blijven en wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

Deze rubriek wordt verzorgd door **mr. R. van der Hoeven, mr. J.F. Rense, mr. S. Allertz en mr. A. Werts**

Deze rubriek bevat enkele recente uitspraken over relevante aspecten ten aanzien van de strafbaarheid van witwassen. De rubriek eindigt met actualiteiten.

■ Jurisprudentie

Virtuele betaalmiddelen

Rechtbank Rotterdam 8 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8988 en ECLI:NL:RBROT:2017:8989

De Rechtbank Rotterdam heeft verschillende verdachten veroordeeld voor witwassen van bitcoins die zijn verkregen uit drugshandel op het dark web (een deel van het internet waar veel illegale producten en diensten worden verhandeld). De bitcoin kent een hoge mate van anonimiteit, omdat het bitcoinadres en de bitcoinwallet niet op naam staan, en er geen centrale autoriteit is die de wallets beheert. Echter, als men bitcoins koopt of verkoopt met giraal geld van een bankrekening, is er door de koppeling tussen de bitcoinwallet en de bankrekening geen sprake meer van anonimiteit. Om de anonimiteit toch te waarborgen zijn er bitcoinhandelaars, bij wie bitcoins kunnen worden ingewisseld tegen contant geld.

In ECLI:NL:RBROT:2017:8988 is de verdachte veroordeeld voor (onder meer) gewoontewitwassen. De verdachte had de beschikking over diverse bitcoinwallets, waarop bitcoins werden gestort vanuit marktplaatsen op het dark web. Verdachte heeft verklaard dat de bitcoins een tegenprestatie waren voor door hem geleverde legale diensten. Welke diensten dit waren, heeft hij echter niet nader kunnen specificeren, anders dan dat het om kennisoverdracht over bitcoins zou gaan. Daarnaast heeft de verdachte geen bewijs voor deze stelling geleverd, en zijn er bij de Belastingdienst geen legale inkomsten of vermogensbestanddelen bekend die een verklaring kunnen geven voor de bedragen die in de bitcoinwallets van verdachte zijn gestort. Gelet op het voorgaande is de rechtbank ervan uitgegaan dat de bitcoins in de bitcoinwallets van de verdachte afkomstig zijn van enig misdrijf.

Om de bitcoins op anonieme wijze te kunnen inwisselen tegen contant geld heeft verdachte gebruik gemaakt van bitcoinhandelaars. Door de bitcoins op deze manier om te zetten, is de criminele herkomst van de bitcoins verhuuld. De rechtbank concludeert dat de verdachte grote hoeveelheden bitcoins (en geldbedragen) heeft witgewassen. De duur en de intensiteit daarvan maakt dat de verdachte van dat witwassen een gewoonte heeft gemaakt.

In ECLI:NL:RBROT:2017:8989 was tevens sprake van een verdachte met diverse bitcoinwallets waarop bitcoins werden gestort vanuit marktplaatsen op het dark web. De verdachte heeft grote hoeveelheden

den bitcoins ingewisseld tegen contanten bij een bitcoinhandelaar die daarvoor een commissietarief van 5-7% hanteerde. De verdachte heeft zich op zijn zwijgrecht beroepen, en heeft niets over de herkomst van de bitcoins in zijn bitcoinwallets willen verklaren. Hierdoor oordeelt de rechtbank dat het niet anders kan dan dat de bitcoins uit enig misdrijf afkomstig zijn.

Dat de verdachte wist van de illegale herkomst van de bitcoins kan volgens de rechtbank tevens worden afgeleid uit een telefoongesprek waarin de verdachte heeft gezegd de omgewisselde bitcoins niet op zijn bankrekening te willen hebben. Daarnaast duidt het feit dat de verdachte ervoor heeft gekozen om bitcoins om te wisselen voor contanten bij een bitcoinhandelaar, die zijn klanten anonimiteit garandeert en daarvoor een veel hogere commissie vraagt dan bij reguliere wisselkantoren, volgens de rechtbank op wetenschap van de criminele herkomst van de bitcoins. Aldus acht de rechtbank opzet bewezen. Nu het handelen van verdachte zich over een lange periode heeft voorgedaan, concludeert de rechtbank dat de verdachte van dit witwassen een gewoonte heeft gemaakt.

Rechtbank Midden-Nederland 17 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5716

Op 17 november 2017 heeft de Rechtbank Midden-Nederland twee verdachten uit Amsterdam en Utrecht veroordeeld voor grootschalige drugshandel, het witwassen van bitcoins uit eigen drugshandel en het witwassen van bitcoins uit bitcoinhandel. De verdachten verhandelden de harddrugs op het dark web in ruil voor bitcoins. De herkomst van de bitcoins uit de drugshandel werd verhuuld door het gebruik van Bitcoin Fog (een bitcoinmixer), een service waarbij bitcoins van verschillende herkomst door elkaar worden gemixt en vervolgens weer worden uitgedeeld.

Over de criminele herkomst van de bitcoins uit de bitcoinhandel stelt de rechtbank vast dat uit onderzoek is gebleken dat op darknet markets vrijwel uitsluitend in illegale goederen wordt gehandeld, en dat op die markets een betaling in bitcoins is vereist. Hieruit volgt dat nagenoeg alle bitcoins die van darknet markets afkomstig zijn, een criminele herkomst hebben. Ten aanzien van de verdachten concludeert de rechtbank dat uit de bewijsvoering volgt dat in ieder geval een groot deel van de verzilverde bitcoins een criminele herkomst heeft. Dat de bitcoins met een criminele herkomst zijn gemixt met bitcoins met een mogelijk legale herkomst doet hier niet aan af:

‘De rechtbank wijst verder op het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2010 (NJ 2011, 44). Hieruit volgt dat uit de wetgeschiedenis bij artikel 420bis en 420quater van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) als bedoeling van de wetgever moet worden afgeleid dat deze met het oog op een effectieve bestrijding van het witwassen het noodzakelijk achtte om niet alleen voorwerpen onder het bereik van de witwasbepalingen te brengen die onmiddellijk of middellijk van

misdrijf afkomstig zijn, maar ook voorwerpen die gedeeltelijk van misdrijf afkomstig zijn. Voorts kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat in het geval dat van misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen zijn vermengd met vermogensbestanddelen die zijn verkregen door middel van legale activiteiten, het aldus vermengde vermogen kan worden aangemerkt als mede of deels uit misdrijf afkomstig.'

De verdachte uit Utrecht wordt door de rechtbank aangemerkt als de drijvende kracht die het grootste aandeel had in het witwassen van bitcoins uit de bitcoinhandel. De verdachte uit Amsterdam heeft zijn bankpas en pincode aan de verdachte uit Utrecht ter beschikking gesteld, terwijl hij wist dat zijn bankrekening zou worden gebruikt om daar een groot geldbedrag afkomstig uit de bitcoinhandel op te storten. Gelet op het voorgaande, het feit dat de verdachte uit Amsterdam heeft nagelaten een onderzoek in te stellen naar de herkomst van de geldbedragen, en tevens niet alles in het werk heeft gesteld om zijn bankpasje terug te krijgen (zelfs na een brief van en twee gesprekken met ABN Amro bank) stelt de rechtbank vast dat het voor hem kenbaar moest zijn geweest dat zijn bankrekening werd gebruikt om meermalen (grote) geldbedragen op te storten, en heeft hij naar het oordeel van de rechtbank daarbij willen en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat die bedragen van misdrijf afkomstig waren.

Bewijsoverweging inzake witwassen

Conclusie A-G A.E. Hartevelt 21 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1379, bij HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3207

Verdachte wordt verweten dat zij gedurende een periode van ongeveer vijf jaar meerdere voorwerpen heeft witgewassen, waaronder een of meer auto's, meubels en diverse geldbedragen ten behoeve van (contante) betalingen en stortingen. Verdachte heeft hiervan een gewoonte gemaakt.

In hoger beroep heeft de advocaat-generaal bepleit dat gewoontewitwassen kan worden bewezen, aangezien uit het financieel onderzoek is gebleken dat de verdachte een zeer laag inkomen en haar voormalige partner geen legale inkomstenbronnen had. De advocaat-generaal doet daarmee kennelijk een beroep op de vaste lijn in de rechtspraak die inhoudt dat uit de bewijsmiddelen niet hoeft te kunnen worden afgeleid dat het betreffende voorwerp afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf, mits op grond van de vastgestelde feiten en omstandigheden het niet anders kan zijn dan dat het voorwerp uit *enig* misdrijf afkomstig is (zie onder meer HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787). Indien de feiten en omstandigheden (naar voren gebracht door het OM) een vermoeden van een criminele herkomst rechtvaardigen, mag van de verdachte worden verlangd dat hij of zij een verklaring geeft die concreet en verifieerbaar is en niet op voorhand onwaarschijnlijk (zie onder meer HR 14 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1197).

Het hof spreekt de verdachte echter vrij. Voor wat betreft het ten laste gelegde voorhanden hebben van de personenauto's en de stortingen op verdachtes eigen bankrekening, meent het hof dat er geen feiten en omstandigheden zijn die een vermoeden van een criminele herkomst rechtvaardigen. Het hof neemt daarbij de waarde van de personenauto's, de hoogte van de stortingen en de (contante) inkomsten van verdachte in aanmerking. Een vermoeden van een criminele herkomst acht het hof in beginsel wel aanwezig ten aanzien van de meubels ter waarde van ongeveer EUR 53.000, mede gelet op het feit dat deze contant zijn betaald. Maar verdachte heeft daarvoor een aannemelijke verklaring gegeven, waarnaar het OM geen of onvoldoende nader onderzoek heeft gedaan, aldus het hof.

In cassatie klaagt het OM over deze vrijspraak. A-G Hartevelt stelt voorop dat de beslissing inzake de selectie en waardering van bewijs aan de feitenrechter is voorbehouden, welke niet in cassatie kan worden getoetst. Er wordt wel gekeken of de bewijsmotivering van het hof niet onbegrijpelijk en daarom ontoereikend is. In de onderhavige zaak heeft het hof gebruik gemaakt van de vrijheid in de selectie en waardering van het bewijs, en de vrijspraak conform het hiervoor besproken, geldende stramen gemotiveerd. De A-G concludeert dat de bewijsmotivering van het hof niet innerlijk tegenstrijdig is en ook niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van art. 81 lid 1 RO.

Gerechtshof Amsterdam 27 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5402

In een bestelbus bij de Beverwijkse Bazaar wordt een bedrag van EUR 152.200 aangetroffen, waarvan een groot deel niet door verkoopbonnen wordt gedekt. Verdachte verklaart dat EUR 100.000 daarvan van hem was, en dat hij dat bedrag bij de kraam op de Beverwijkse markt heeft laten afleveren om te kunnen deelnemen aan een actie met telefoonkaarten.

Het hof licht toe waarom het deze verklaring ongelooftwaardig acht. Vervolgens overweegt het hof dat de feiten en omstandigheden van dien aard zijn dat zonder meer sprake is van een vermoeden van witwassen. Er is door de verdachte slechts een volstrekt ongelooftwaardige verklaring gegeven voor de legale herkomst van het geld, zodat het hof bewezen acht dat het bedrag van EUR 115.817 – zijnde het aangetroffen bedrag dat niet door verkoopbonnen wordt gedekt – uit misdrijf afkomstig is.

Het medeplegen van de ten laste gelegde witwashandelingen ex art. 420bis/quater lid 1 sub b Sr – verwerven, voorhanden hebben, etc. – kan volgens het hof echter niet bewezen worden verklaard. Het hof is van oordeel dat op basis van het dossier en het onderzoek ter zitting niet kan worden vastgesteld dat de verdachte het bedrag zelf persoonlijk voorhanden heeft gehad. Volgens het hof fungeert de verdachte als persoon die achteraf wordt gebruikt om via zijn verklaringen het geld alsnog van een (ogenschijnlijk) legale herkomst te voorzien. Dat kan er wellicht toe dienen om de werkelijke her-

komst van het geld te verhullen ex art. 420bis/quarter lid 1 sub a Sr, maar dat is niet ten laste gelegd. Bovendien leveren deze gedragingen niet een significante bijdrage op in de zin van medeplegen. Het hof spreekt de verdachte derhalve van dit feit vrij.

Rechtbank Rotterdam 13 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9028

De rechtbank acht bewezen dat de verdachte een geldbedrag van EUR 12.630 voorhanden heeft gehad en daarvan de herkomst heeft verhuld, terwijl hij wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat dat geldbedrag afkomstig was uit enig misdrijf. De politie heeft waargenomen dat de verdachte 's nachts rondreed in een auto die in verband werd gebracht met drugsrunnerpraktijken en dat er vanuit deze auto contacten waren met een bestuurder van een andere auto (met een Franse kentekenplaat). Naar aanleiding hiervan heeft de politie de auto van verdachte aan de kant gezet en ontdekt dat een grote hoeveelheid geld in kleine coupures verstopt zat achter de handremconsole.

Naar het oordeel van de rechtbank is, mede gelet op de hoogte van het geldbedrag (EUR 12.630), de aanwezigheid van hoeveelheden kleine coupures en de plaats waarop het geldbedrag werd aangetroffen, het vermoeden gerechtvaardigd dat het geldbedrag uit enig misdrijf afkomstig is. Derhalve mag van de verdachte worden verlangd dat hij een verklaring geeft over de herkomst van het geld, die concreet en verifieerbaar is en niet op voorhand onwaarschijnlijk (zie onder meer HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787). De verdachte is er onvoldoende in geslaagd om een dergelijke verklaring te geven. Ter zitting heeft de verdachte verklaard dat hij EUR 4.000 heeft gespaard van zijn Wajong-uitkering, welk bedrag hij contant heeft opgenomen met zijn creditcard, en dat hij EUR 7500 van zijn broer heeft geleend. Om die laatste verklaring te onderbouwen heeft hij (ter zitting) een bankafschrift ingebracht, dat vervalst bleek. Het werkelijke overschrijvingsbedrag betrof EUR 750,00. De verdachte wordt ook voor deze valsheid in geschrifte veroordeeld. Ook de verklaring dat verdachte EUR 4.000 zou hebben gespaard acht de rechtbank ongeloofwaardig, aangezien dit erop neerkomt dat hij in tweeënhalve maand (daarvoor bevond de verdachte zich in detentie en ontving hij dus geen uitkering) dit relatief grote bedrag uit die uitkering zou hebben gespaard. Verdachte heeft dat bovendien niet onderbouwd met behulp van financiële stukken. Naar het oordeel van de rechtbank kan het dus niet anders zijn dan dat het bedrag van EUR 12.630 onmiddellijk of middellijk van misdrijf afkomstig is.

Afkomstig uit enig misdrijf?

Hoge Raad 16 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:37

De Hoge Raad herhaalt in dit arrest de rechtsregel dat een voorwerp in beginsel slechts kan worden aangemerkt als 'uit enig misdrijf afkomstig' indien dit afkomstig is uit een misdrijf gepleegd *voorafgaand* aan de in art. 420bis Sr genoemde delictsgedragingen. De Hoge Raad overwoog dat eerder in

de arresten over witwassen en hawala-bankieren (zie onder meer HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3046): het geld waarmee in die casus zonder vergunning geldtransacties werden verricht, werd 'gebankierd', was daarmee niet 'afkomstig uit' misdrijf.

In de onderhavige casus merkt het hof ten onrechte acht schilderijen aan als voorwerpen afkomstig uit misdrijf. De houder van een kunstgalerie heeft de diefstal van deze schilderijen in scène gezet om van de verzekeringsmaatschappij een schade-uitkering te ontvangen. De schilderijen zijn opgehaald en ondergebracht bij een van de verdachten. Dit komt aan het licht doordat de verdachten, meer dan twintig jaar later, proberen deze schilderijen aan te bieden bij een verzekeringsmaatschappij ter verkrijging van een vindersloon. Het hof oordeelt dat de verdachte die de schilderijen onder zich heeft gehad, wetenschap had van de verzekeringsfraude door de galerijhouder. En:

'De aanwezigheid van de schilderijen bij [medeverdachte 3] stond aldus van meet af aan in zodanig direct causaal verband met de verzekeringsoplichting dat gezegd kan worden dat de schilderijen van misdrijf afkomstig waren.

Naar het oordeel van het hof is niet relevant dat de verzekeringsfraude pas is gepleegd (kort) na de overdracht van de schilderijen aan [medeverdachte 3]. Evenmin is relevant dat strikt genomen slechts de schade-uitkering het product van de verzekeringsfraude is.'

Het kenniselement van witwassen (en heling) impliceert dat er niet alleen in de subjectieve beleving van de verdachte een causaal verband moet bestaan tussen het gronddelict en de verkrijging van het goed door de witwasser (of heler). Zo'n causaal verband moet er ook in werkelijkheid zijn. Het gronddelict moet de verkrijging mogelijk gemaakt hebben en derhalve noodzakelijkerwijs aan de verkrijging zijn voorafgegaan. Aldus de A-G (ECLI:NL:PHR:2017:1450, sub 10, met verwijzing naar rechtspraak en wetsgeschiedenis). De Hoge Raad casseert en volgt daarmee de A-G.

Voorwerp van witwassen

Rechtbank Overijssel 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4058

De tenlastelegging in deze zaak blinkt niet uit in duidelijkheid en de vrijspraak wordt door de rechtbank karig gemotiveerd. Zonder kennis van het dossier is de uitspraak dan ook moeilijk te duiden. Volgens de officier van justitie heeft de verdachte grote coupures van uit misdrijf afkomstig geld tegen kleine coupures geld willen wisselen, waarvoor hij een vergoeding zou krijgen. Volgens de tenlastelegging zou de verdachte, samen met mededaders, op die manier hebben gepoogd een bedrag van rond de EUR 100.000 te *'verwerven en/of voorhanden te hebben en/of van voornoemd(e) voorwerp(en) gebruik te maken'*. Het betreffende bedrag bestond uit coupu-

res van EUR 500 die omgewisseld moesten worden in coupures van niet groter dan EUR 50. De coupures van EUR 500 bleken echter vals. De pogingshandelingen zouden hebben bestaan uit het zoeken van contact met een persoon (die de omwisseling moest uitvoeren), het maken van de afspraak tot omwisseling met die persoon en/of het ter beschikking stellen van de coupures van EUR 500 aan medeverdachten van de beoogde omwisselaar. De tenlastelegging spreekt ten aanzien van het om te wisselen bedrag steeds van 'een hoeveelheid geld'. Als er ten laste gelegd zou zijn dat het ging om een voorwerp (bankbiljetten) in plaats van een 'hoeveelheid geld' uit misdrijf afkomstig, dan zou de bewijslast van de officier van justitie waarschijnlijk minder zwaar zijn geweest. De verdachte voert het verweer dat niet te bewijzen is dat het om te wisselen geld van misdrijf afkomstig is. De officier van justitie voert aan dat de verdachte niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Of hieruit moet worden afgeleid dat de verdachte op het moment van verkrijgen niet wist dat het om valse coupures ging, wordt uit het vonnis niet duidelijk, maar lijkt aannemelijk.

De rechtbank overweegt: 'Aangezien de biljetten van € 500,- die verdachte bij deze transactie heeft ontvangen vals bleken te zijn, zou het, in deze transactie en met deze biljetten, nooit tot witwassen hebben kunnen komen. Daarom komt de rechtbank tot de conclusie dat, wat er ook zij van de bedoelingen van de verdachte, derhalve sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging zodat enkel al om die reden niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen', en spreekt vrij.

Kennelijk kon de officier van justitie niet bewijzen dat de verdachte het oogmerk had gehad om (te pogen) de valse coupures als echt en onvervalst uit te geven (art. 209 Sr) en had hij om deze reden zijn toevlucht gezocht tot het ten laste leggen van een poging tot witwassen. De rechtbank haalt daar een streep door, waarbij haar motivering de suggestie kan wekken dat witwassen ten aanzien van valse coupures niet mogelijk zou zijn, namelijk een absoluut ondeugdelijke poging. Die suggestie lijkt ons niet juist: valse coupures zijn bij uitstek voorwerpen afkomstig uit een misdrijf en het (pogen tot) omwisselen van die voorwerpen in 'echte' coupures is dan een witwashandeling ('omzetten'), uiteraard mits sprake is van vereiste wetenschap of een redelijk vermoeden dat het afkomstig is van een misdrijf (namelijk het vervalsen van bankbiljetten).

Diverse witwashandelingen

Gerechtshof Amsterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3631

Het gaat in deze zaak om één van de witwashandelingen ex art. 420bis Sr e.v., namelijk het 'verwerpen' van een voorwerp.

Verdachte wordt door het hof in hoger beroep vrijgesproken van het primair ten laste gelegde, te weten het medeplegen van (schuld)witwassen van een auto. De witwashandelingen betroffen blijkens de tenlastelegging het verwerven, voorhanden hebben, overdragen en/of omzetten, althans gebruik maken van die auto. Verdachte had de auto gekocht

en de koopsom betaald, maar had de auto nog niet geleverd gekregen. Naar het oordeel van het hof was er daarom nog géén sprake van 'verwerven', aangezien dat feitelijke zeggenschap ten aanzien van het voorwerp in kwestie veronderstelt. Nu uit het dossier evenmin blijkt dat de verdachte een van de andere ten laste gelegde witwashandelingen heeft gepleegd, spreekt het hof de verdachte van dit feit vrij.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9714

Verdachte heeft met gebruikmaking/op grond van valse/vervalste werkgeversverklaringen hypothecaire leningen verkregen. Voor wat betreft één werkgeversverklaring geldt dat de verdachte niet werkzaam is geweest bij dat bedrijf. Ten aanzien van de andere werkgeversverklaring oordeelt het hof dat dat dienstverband ook niet heeft bestaan, althans niet in de gestelde periode en vorm. Tevens wordt de verdachte verweten dat hij (middels de aldus verkregen leningen) een of meerdere woningen heeft verworven, voorhanden heeft gehad, heeft overgedragen, omgezet en/of daarvan gebruik heeft gemaakt, terwijl hij wist dat die voorwerpen (middellijk) afkomstig waren uit enig misdrijf.

Naar het oordeel van het hof heeft verdachte hypothecaire leningen verkregen door het plegen van een misdrijf. De gelden heeft de verdachte aangewend om de koopsom van het pand/de panden te betalen. Verdachte heeft van één pand gebruik gemaakt door daarin te wonen. Aangezien er sprake is van een middellijke verkrijging, is de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet aan de orde.

Gerechtshof Den Haag 15 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2649

In het zogenaamde onderzoek Budget is de verdenking ontstaan dat een criminele organisatie, onder meer bestaande uit zorgaanbieders en aandeelhouders/bestuurders van die zorgaanbieders, zich schuldig heeft gemaakt aan fraude met Zorg In Natura. Door deze criminele organisatie zijn valse facturen opgemaakt waarop meer uren in rekening werden gebracht dan dat er zorg was verleend. Dat werd mede onderbouwd met behulp van valse zorgroosters. Hierdoor heeft het (regionale) zorgkantoor teveel gelden op grond van de AWBZ aan de zorgaanbieders uitgekeerd. De aldus verkregen geldbedragen zijn (in elk geval deels) van misdrijf afkomstig.

Het hof oordeelt dat er onder meer sprake is van witwassen. Om te beginnen zijn er vanaf de rekening van een van de zorgaanbieders waarop teveel AWBZ-gelden zijn gestort, betalingen gedaan ten behoeve van de aankoop van een woning en een auto op naam van verdachte (de aandeelhouder/bestuurder van die zorgaanbieder). Het hof stelt vast dat die betalingen dus deels zijn gefinancierd met uit misdrijf verkregen gelden en dat er derhalve is witgewassen. De fiscale opgave van de inkomsten die (deels) van misdrijf afkomstig zijn, is naar het oordeel van het hof óók aan te merken als een wit-

washandeling, doordat de ware herkomst van die inkomsten door de opgave wordt verhuld.

Motivering van de kwalificatiebeslissing

Hoge Raad 21 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2962

Bovenstaande zaak komt, na een eerdere cassatie-procedure (aan bod gekomen in de reeds verschenen rubriek van juli 2016), opnieuw bij de Hoge Raad terecht. Aan de verdachte is (onder meer) ten laste gelegd dat hij van een contant geldbedrag van ongeveer EUR 93.000 de herkomst en/of vindplaats heeft verhuld, althans dat geldbedrag voorhanden heeft gehad, terwijl hij wist dat dat onmiddellijk of middellijk afkomstig was uit enig misdrijf.

In ECLI:NL:GHDHA:2014:1377 heeft het Gerechtshof Den Haag geoordeeld dat er onvoldoende bewijs bestond dat de verdachte de herkomst of vindplaats van het geld heeft willen verhullen. Van dit onderdeel is de verdachte daarom vrijgesproken. Voor het wel bewezen verklaarde voorhanden hebben van het geldbedrag heeft het hof de verdachte vervolgens ontslagen van alle rechtsvervolging, na een geslaagd beroep op de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Aangevoerd was dat het aangetroffen geldbedrag afkomstig was uit door de verdachte zelf gepleegde misdrijven.

Volgens de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:3028) is die beslissing van het hof niet zonder meer begrijpelijk. De Hoge Raad zet uiteen in welke situaties het oordeel dat er géén sprake is van een onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp (en een beroep op de kwalificatie-uitsluitingsgrond in beginsel dus moet worden afgewezen) niet begrijpelijk zal kunnen zijn. Dat is onder meer het geval indien de verdachte met voldoende concretisering heeft aangevoerd dat het gaat om verwerven of voorhanden hebben door eigen misdrijf, en de feitenrechter de juistheid daarvan in het midden heeft gelaten. Indien de feitenrechter meegaat in verdachtes verklaring, geldt net zo goed dat er sprake moet zijn van voldoende concretisering. In het onderhavige geval ontbrak die concretisering van de door verdachte naar verluidt zelf gepleegde misdrijven, en van het verband tussen die misdrijven en het aangetroffen geldbedrag.

Na terugwijzing heeft de verdachte ten overstaan van het hof aanvullend verklaard dat het geldbedrag afkomstig was uit de eigen verkoop van een partij hennep, waarvan nog een restant in de woning was aangetroffen (voor welk aanwezig hebben verdachte in eerste aanleg is veroordeeld). De verdachte heeft over de herkomst van het geldbedrag geen verdere vragen willen beantwoorden. Dit volstaat volgens het hof niet; de verdachte heeft aldus niet met voldoende concretisering aangevoerd dat het geldbedrag afkomstig was uit een door hem zelf begaan misdrijf.

In cassatie wordt door de verdediging opnieuw een beroep gedaan op de kwalificatie-uitsluitingsgrond. De beslissing van het hof is echter conform het geldende beoordelingskader (zie ook het overzichtsarrest HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:

2016:2842, onder meer besproken in de reeds verschenen rubriek van februari 2017), dat in dit arrest opnieuw door de Hoge Raad wordt aangehaald. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

■ **Overige actualiteiten**

Vierde anti-witwasrichtlijn moet voor 7 februari 2018 zijn geïmplementeerd

De implementatietermijn voor de vierde anti-witwasrichtlijn van 26 juni 2017 is inmiddels ruimschoots overschreden. Op 19 juli 2017 heeft de Europese Commissie (onder meer) Nederland op grond van art. 258 VWEU in gebreke gesteld, en om opheldering over de termijnoverschrijding gevraagd. Nu Nederland hier niet op heeft gereageerd, heeft de Europese Commissie (onder meer) Nederland op 7 december 2017 gesommeerd de richtlijn binnen twee maanden te implementeren. Als Nederland hier wederom geen gehoor aan geeft en de wetgeving niet in lijn brengt met de richtlijn, dreigt de Europese Commissie Nederland voor het EU-Hof van Justitie te dagen.

Op 13 oktober 2017 is het wetsvoorstel ter implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn bij de Tweede Kamer ingediend. Op dit moment is het voorstel nog in behandeling bij de Tweede Kamer. De sommatietermijn zal niet gehaald worden.

UBO-register

Ter implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn dient in de lidstaten tevens een centraal register te worden opgezet waarin informatie over uiteindelijk belanghebbenden kan worden geregistreerd (het UBO-register). In maart 2017 is een concept van de implementatiewet Registratie uiteindelijk belanghebbende ter consultatie voorgelegd. De Nederlandse wetgever maakte op 23 juni 2017 bekend dat het wetsvoorstel ter implementatie van het UBO-register in de tweede helft van 2017 kan worden verwacht. In een latere brief van de Minister van Financiën van september 2017 wordt echter aangegeven dat het conceptwetsvoorstel begin 2018 aan de Tweede Kamer zal worden toegestuurd. De bepalingen omtrent het UBO-register zullen in de Handelsregisterwet worden opgenomen, omdat de UBO-gegevens onderdeel zullen uitmaken van het Handelsregister. Het streven is om het UBO-register in de zomer van 2018 operationeel te hebben, maar op 15 februari was het voorstel nog altijd niet ingediend.

Ontwerp Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 in consultatie

Op 31 januari 2018 is het ontwerp Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 ter consultatie gepubliceerd. De consultatietermijn sluit op 28 februari 2018. Het concept besluit geeft ter uitvoering van het implementatiewetsvoorstel vierde anti-witwas richtlijn nadere regels over de definitie van de politically exposed person (pep), de uiteindelijk belanghebbende (ubo) en wijzigt onder meer het Besluit bestuurlijke boete financiële sector (met betrekking tot overtredingen van de Wwft).

'Vijfde' anti-witwasrichtlijn

Nog voor de implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn waren er al plannen tot aanpassing van die richtlijn. Die plannen worden de 'vijfde' anti-witwasrichtlijn genoemd. De plannen werden in juli 2016 gepresenteerd maar pas op 15 december 2017 kon de Europese Commissie een persbericht publiceren waaruit volgt dat het Europees Parlement en de Europese Raad overeenstemming hebben bereikt over een voorstel voor de vijfde anti-witwasrichtlijn. Aanleiding voor de aanscherping van regelgeving zijn onder meer de Panama Papers en recente terroristische aanslagen.

De vijfde anti-witwasrichtlijn ziet voornamelijk op:

1. het vergroten van de transparantie over uiteindelijk belanghebbenden van entiteiten door de UBO-registers openbaar te maken (met uitzondering van trusts). Voor trusts en met trusts vergelijkbare juridische entiteiten zal het UBO-register openbaar zijn voor een ieder met een legitiem belang;
2. het voorkomen van risico's op terrorismefinanciering met virtuele betaalmiddelen door het anonieme karakter van de betaalmiddelen, door virtuele betaalplatformen en aanbieders van *cryptocurrency wallets* een cliëntenonderzoek te laten verrichten, en het beperken van het gebruik van pre-paid cards;
3. het verbeteren van de waarborgen voor financiële transacties van en naar derde landen met een hoog risico;
4. het vergroten van de toegang van de FIU's tot informatie, waaronder centrale bankenregisters.

De overeenstemming moet nog formeel worden bekrachtigd door het Europees Parlement en de Europese Raad. Uit een persbericht van 29 januari 2018 op de website van het Europees Parlement volgt dat de leden van de Economics Committee en de Home Affairs Committee van het Europees Parlement het voorstel steunen. Vervolgens hebben de lidstaten 18 maanden om de nieuwe regelgeving in de nationale regelgeving te implementeren.

Virtuele betaalmiddelen

Virtuele betaalmiddelen, zoals de bitcoin, vallen tot op heden niet onder de reikwijdte van de financiële toezichtwetgeving. Het anonieme karakter van de bitcoin maakt de virtuele munt aantrekkelijk voor criminele activiteiten. In het rapport 'The Internet Organised Crime Threat Assessment 2015' van Europol wordt aangegeven dat, naast systemen als PayPal, ook de bitcoin een steeds populairder betaalmiddel wordt tussen criminelen onderling. Schatting is dat in 2015 ongeveer 40% van het betaalverkeer tussen criminelen plaatsvond in bitcoins.

Op 15 augustus 2017 heeft de FIU nieuwe witwasprototypologieën vastgesteld naar aanleiding van een onderzoek van de Anti Money Laundering Centre van augustus 2017 naar de aankoop en verkoop van virtuele betaalmiddelen:

'1. Het meermalen binnen een relatief korte periode vanaf bankrekening(en) opnemen

van aanzienlijke contante bedragen, geheel of in delen, zonder een kennelijke economische noodzaak en in combinatie met het meermalen giraal ontvangen van bedragen (waarbij die bedragen in geval van de handelaar in virtuele betaalmiddelen kennelijk afkomstig zijn uit de verkoop van virtuele betaalmiddelen).

2. De aankoop van virtuele betaalmiddelen waarbij aan ten minste twee van de volgende kenmerken is voldaan:

a. de koper biedt zijn diensten aan via internet middels vraag- en aanbodsites;

b. de koper stelt geen identiteit van de verkoper vast;

c. de koper schermt de eigen identiteit af;

d. de koper rekent in contanten af;

e. de koper brengt een ongewoon hoog percentage wisselcommissie in rekening;

f. de transactie vindt plaats in een (openbare) omgeving waar veel publiek aanwezig is waardoor het veiligheidsrisico voor de koper vermindert;

g. een legale economische verklaring voor de wijze van omwisseling is niet aannemelijk;

h. de omvang van de aangekochte virtuele betaalmiddelen is niet aannemelijk in relatie tot gemiddeld particulier gebruik;

i. de koper is niet bij de Kamer van Koophandel en niet bij de Belastingdienst bekend voor het zijn van wisselinstelling.

3. De koper en/of verkoper maakt/maken bij de verkoop van virtuele betaalmiddelen gebruik van een zogenaamde mixer.'

In november heeft het Openbaar Ministerie aangegeven dat het vreest dat criminelen contact geld, verkregen uit illegale transacties via bitcoin-structuren, witwassen. Deze bitcoin-structuren accepteren grote hoeveelheden cash geld, in ruil waarvoor bitcoins worden verkregen. Tot EUR 5.000 kan worden gestort zonder dat de betrokkene een identiteitsbewijs hoeft te tonen. Alleen transacties van boven de EUR 15.000 hoeven te worden gemeld, omdat de virtuele betaalmiddelen worden aangemerkt als goederen in plaats van geld.

Mr. S. Visser bespreekt in haar artikel van december onder meer het anonieme karakter van de bitcoin, maar ook de manier waarop via de blockchain alle bitcoin-transacties zichtbaar en (in theorie) herleidbaar zijn. Daarnaast is voor de aan- en verkoop van bitcoin via bitcoinwisselkantoren of bitcoin exchanges een bankrekening nodig. De identiteit van een rekeninghouder is bij een bankinstelling be-

kend. De combinatie van de bankgegevens van een betrokkene, en de herleidbaarheid van alle financiële transacties middels blockchain, geven een duidelijk beeld over de duur en de omvang van de handel door de betrokkene. Het gebrek aan anonimiteit heeft een markt gecreëerd voor bitcoinhandelaren die de aan- en verkoop van bitcoins tegen hoge wisselkosten als tussenpersoon voor hun rekening nemen. Uit onderzoek volgt dat veelal criminelen hun bitcoins via bitcoinhandelaren omwisselen. Deze bitcoins zijn doorgaans verdiend door middel van illegale activiteiten op het dark web. In deze onderzoeken fungeerde de bitcoinhandelaar als een schakel in het witwasproces van criminelen.

Daarnaast is de bitcoinmixer een middel om de anonimiteit bij gebruikmaking van de bitcoin te waarborgen. Een bitcoinmixer is een service waarbij, tegen betaling van een commissie, bitcoins worden gewisseld tegen andere bitcoins. Deze bitcoins zijn afkomstig van personen die ook gebruikmaken van een bitcoinmixer. Door de bitcoins te mixen is de transactiegeschiedenis niet meer te zien, en ook niet te reconstrueren. Het verhullende karakter van de bitcoinmixers brengt grote risico's op witwassen met zich mee.

Money mules

In een gezamenlijk internationale actie van 24 Europese landen, Australië en de Verenigde Staten naar witwassen van 20 tot en met 24 november 2017 hebben Europese opsporingsautoriteiten 766 'money mules' opgespoord, waarvan 97 in Nederland. Money mules zijn personen die hun bankrekeningnummer beschikbaar stellen aan criminelen om (crimineel) geld wit te wassen.

In totaal zijn er 159 personen aangehouden, 409 verdachten ondervraagd, en 59 organisaties voor het witwassen via geldezels geïdentificeerd. De actie was naast het opsporen van money mules, ook gericht op het bewust maken van mensen voor de gevaren van money muling.