

Rubriek Financieel-economisch strafrecht

De Deelredactie

De laatste rubriek Financieel-economisch strafrecht in dit tijdschrift dateert van mei 2006. De radiostilte sindsdien is niet veroorzaakt door een gebrek aan meldenswaardige ontwikkelingen, wij zouden haast zeggen integendeel, maar door de drukte van alledag waardoor de deelredactie in haar advocatenpraktijk wordt geteisterd (overigens zonder de illusie te koesteren dat het er in andere beroepen rustiger aan toe gaat). Wij stonden eigenlijk op het punt ons onvermogen als een pijnlijke realiteit te erkennen en de hoofdredactie van dit tijdschrift dat te laten weten, toen Lydia Backx, een ambitieuze (net benoemde) partner bij De Roos & Pen Advocaten, meldde dat zij de deelredactie Financieel-economisch strafrecht graag wilde komen versterken. Dat aanbod konden wij niet weerstaan en met deze nieuwe impuls pakken wij de draad weer op, met het vaste voornemen de lezers van dit tijdschrift twee maal per jaar te berichten over de ontwikkelingen in onze prachtige niche van het strafrecht. De onderhavige rubriek, opgesteld door Backx en Van der Landen, bestaat uit een terugblik en een voorbeschouwing. Daartussen wordt een aantal ontwikkelingen geschetst die in de toekomstige afleveringen verder zullen worden uitgediept. Daarbij zal -zonder onheus te worden- een soms enigszins polemische toonzetting niet worden geschuwd. Dat houdt het debat scherp en de lezer alert. In deze aflevering krijgt de rechterlijke macht (vooral de Rechtbank Rotterdam) en een 11-tal advocaten stevig de wind van voren.

Witwassen

Onze laatste rubriek eindigde in mineur. Van der Landen besprak de derde witwasrichtlijn (Richtlijn 2005/60/EG) als gevolg waarvan zo'n beetje elke beroepsgroep in de financiële en juridische dienstverlening is ingeschakeld als hulpsheriff dan wel tenminste als poortwachter in de alomvattende strijd tegen het witwassen. Waar gehakt wordt vallen spaanders en dus moesten enkele oude taboes er aan geloven waaronder het verschoningsrecht (behoorlijk ingeperkt, maar niet zo erg als het zich aanvankelijk liet aanzien), de goede trouw als basis voor dienstverlening (door de introductie van meld- en klikplichten) alsmede een verdere uitholling van de bewijslast. Die laatste ontwikkeling is een reële bedreiging voor de rechtsstaat. Wie ons kent, weet dat we dat niet zomaar roepen. Van der Landen illustreerde het niet denkbeeldige risico dat onschuldigen worden veroordeeld aan de hand van een overzicht van de vereenvoudigde indicatoren voor de melding van ongebruikelijke transacties, guidelines die zijn ontwikkeld om die indicatoren te interpreteren en typologieën in de aanwijzing witwassen van het College van Procureurs-Generaal (Staatscourant 18 oktober 2005) waaraan 'het vermoeden van witwassen kan worden ontleend' en die door rechters (soms ogenschijnlijk kritiekloos) voor het bewijs van witwassen worden gebruikt. Zijn slotconclusie luidde:

“Het zal de oplettende lezer zijn opgevallen dat de inhoud van deze typologieën grote gelijkenis vertoont met de indicatoren en de guidelines. Zulks impliceert dat met dezelfde maatstaven die zijn aangelegd om verdachte transacties uit ongebruikelijke te selecteren, bewezen wordt verklaard dat de verdachte transactie daadwerkelijk witwassen van criminele gelden behelst. Op deze manier is er nauwelijks nog verschil tussen verdenking en bewezenverklaring. Dat lijkt mij reden tot zorg”.

Die zorg bleek niet onterecht. De grote reikwijdte van art. 420bis WvSr waarin witwassen strafbaar is gesteld en de lage bewijsdrempel, hebben van deze bepaling een absolute “prosecutor’s darling” gemaakt. Art. 420bis WvSr kan wat dat betreft wedijveren met art. 140 dat al jaren geldt als een bewijsversneller (het is gemakkelijker iemand veroordeeld te krijgen wegens lidmaatschap van een criminele organisatie gericht op het plegen van een bepaald misdrijf dan voor dat misdrijf zelf). Dat zouden ook rechters zich moeten aantrekken. Wij verbazen ons regelmatig over de enigszins wereldvreemde redeneringen op basis waarvan mensen tot soms pittige gevangenisstraffen worden veroordeeld. Zo zijn er zelfs rechters die menen dat biljetten van 500 Euro per definitie uit misdrijf afkomstig zijn. Wij verwijzen bijvoorbeeld naar Rb Rotterdam (LJN BG7861, 10/690388-08). In dit vonnis overweegt de rechtbank onder meer: het is “een feit van algemene bekendheid dat -gelet op de omstandigheid dat na een kortstondige uitgifte in 2002 de banken geen coupures van € 500,00 meer uitgeven- deze coupures nagenoeg uitsluitend (nog) in het criminele circuit worden gebruikt.” Wij hebben nagezocht op de website van de Europese Centrale Bank (www.ecb.int/stats/euro/production/html/index.en.html) of de stelling van de rechtbank over de gestaakte productie klopt. Wat blijkt: er worden nog steeds biljetten van 500 Euro uitgegeven: dit jaar rollen 240 miljoen fraaie paarse 500-biljetten van de drukpers en volgend jaar nog eens 100 miljoen exemplaren. In 2007, het jaar vóór de Rotterdamse uitspraak waren dat er 190 miljoen. Wij kennen de Rotterdamse zaak niet inhoudelijk, maar constateren dat met één minuut surfen op Internet een dragende overweging in de bewezenverklaring finaal onderuit wordt gehaald. Het is te hopen dat dit Rotterdamse vonnis niet illustratief is voor het gemak waarmee mensen voor witwassen worden veroordeeld, maar we zijn er niet gerust op. Het zal ons niet populair maken, maar we vragen ons af het niveau (of zo u wilt, het gebrek daaraan) van de rechtspraak (vooral in de eerste aanleg) niet zodanig is dat daaraan een zelfstandig argument kan worden ontleend tegen de combinatie van de zeer ruime delictsomschrijving van art. 420bis WvSr en de lage bewijsdrempel. De combinatie vormt een zeer gevaarlijk wapen en het is de vraag of dat bij onze rechters in goede handen is.

Intussen lezen vonnissen steeds vaker als getuigenissen van een beperkt maatschappelijk inzicht. Het mankeert er nog maar aan dat het enkele bezit van contant geld als bewijs van witwassen wordt gezien. Hoewel, wij citeren uit hetzelfde Rotterdamse vonnis: “De geldbedragen bestaan uit coupures van 50, 100, 200 en 500 euro en biljetten van 100 dollar, terwijl de dollarbiljetten vrijwel nieuw zijn en waarschijnlijk slechts kort in omloop zijn

geweest. Het is een feit van algemene bekendheid dat diverse vormen van criminaliteit gepaard gaan met grote hoeveelheden contant geld in diverse valuta.” Het gaat nu nog om forse bedragen, maar er is geen enkele garantie dat een rechtbank hetzelfde standpunt ten aanzien van bescheidener geldsommen zal aannemen. Wie zijn kinderen zakgeld geeft, en dat niet giraal overmaakt, moet dankbaar zijn dat die kinderen nog geen meldplicht hebben. Technisch gezien is er geen enkele belemmering voor zo’n meldplicht. Immers de gemiddelde 10-jarige draait zijn of haar hand niet om voor een mailtje aan het FIU-Nederland (vroeger het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties). Dat is overigens niet alleen maar een cynisch grapje. We hebben wat dat betreft geleerd voorzichtig te zijn: wat vandaag nog toelaatbaar is, kan morgen zomaar strafbaar zijn. Het is de Hoge Raad zelf die de deur heeft opgezet voor deze ontwikkeling in de rechtspraak door zijn arrest van 28 september 2004, *NJ* 2004, 611 waarin is bepaald dat voor bewijs van het in art. 420bis eerste lid onder b WvSr opgenomen bestanddeel ‘afkomstig uit enig misdrijf’ niet is vereist dat uit de bewijsmiddelen moet kunnen afgeleid dat het desbetreffende voorwerp afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf. Dat betekent ook dat uit de bewijsmiddelen niet hoeft te kunnen worden afgeleid door wie, wanneer en waar dit misdrijf is gepleegd. Wel is voor een veroordeling terzake van art. 420bis en 420quater WvSr vereist dat vaststaat dat het voorwerp afkomstig is uit enig misdrijf (zie HR 27 september 2005, *LJN* AT4094, Hoge Raad, 02850/04). Sinds onze laatste rubriek heeft ons hoogste rechtscollege de piketplaatjes nog een paar keer verzet. In HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 is bepaald dat herkomst van het voorwerp uit eigen misdrijf niet aan een veroordeling wegens witwassen in de weg staat. Het enkele voorhanden hebben van een voorwerp is voldoende om dat als witwassen aan te merken. Met zijn arrest van 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94 heeft de Hoge Raad ook nog eens de hele belastingwetgeving onder het bereik van art. 420bis WvSr gebracht door te oordelen dat “vermogensbestanddelen waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken, kunnen in zoverre worden aangemerkt als voorwerpen afkomstig [...] uit enig misdrijf” in de zin van art. 420bis en 420quater Sr”.

Naast deze ontwikkelingen in de jurisprudentie zijn er talloze andere vermeldenswaardige initiatieven op het terrein van de witwasbestrijding. Wij hopen u in het volgende jaar daarover uitvoerig te berichten. We melden er hier alvast één: Van der Landen vroeg zich in een eerdere aflevering van deze rubriek (naar aanleiding van de invoering van de meldplicht van ongebruikelijke transacties voor advocaten) ongelovig af of er daadwerkelijk confrères zouden zijn die hun cliënt aanmelden. Het antwoord is: Ja!, die zijn er! Het FIU ontving in 2007 11 meldingen van advocaten (jaaroverzicht FIU-Nederland 2007, Zoetermeer, juni 2008). Het is tegenwoordig *bon ton* om te spreken over foute advocaten, maar dan wordt doorgaans niet bedoeld op deze Quislings. De landelijke deken van de Orde van Advocaten zou er goed aan doen te onderzoeken wat deze advocaten heeft bewogen hun eigen cliënten aan te melden. Dat is pas echt schadelijk voor het aanzien van de advocatuur. De vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt is immers de pijler waarop ons beroep rust. Voor zo’n onderzoek is te meer reden nu de helft van die meldingen (5 stuks) na onderzoek door

het FIU-Nederland niet leiden tot een verdenking (en dus onterecht bleken). (Jaaroverzicht FIU-Nederland 2007, Zoetermeer, juni 2008, p. 69)

Wij besluiten dit onderdeel van onze rubriek met een optimistische noot. Na het omvallen van Bank Van Der Hoop, IceSave-Bank en DSB-bank kunnen mensen die hun bezit van contant geld verklaren met wantrouwen tegen het reguliere bankenwezen niet meer worden weggehoond

Faillissementsfraude

De malaise van de economische crises heeft het onderwerp faillissementsfraude volop in de schijnwerpers gezet. Tot recent was dit een deelterrein van het strafrecht waar met doorgaans stokoude jurisprudentie werd gewerkt en waar overigens weinig belangstelling voor bestond. Dat beeld is grondig veranderd. Advocaten gespecialiseerd in faillissementen maken nu een lange neus naar collega's in de M&A-praktijk; het onderwerp 'orderly winddown' waar tot voorkort niemand in de polder van had gehoord, staat nu volop in de belangstelling. Wij hopen u in één van onze volgende rubrieken hieromtrent nader te berichten.

Inkeerregeling

Een andere groep die het zwaar te verduren heeft zijn landgenoten met een 'zwarte spaarrekening' in het buitenland. In het kielzog van de huidige pogrom tegen iedereen met een enigszins bovenmodaal inkomen (door politiek en media gewoonlijk aangeduid als 'graaiers') worden zwartsparenders door de staatssecretaris van Financiën bedreigd met hel en verdoemenis en dat niet zonder resultaat. Dit jaar alleen al hebben 2625 inkeerders zich gemeld met een totaal vermogen van € 593 miljoen (Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31066, nr. 76). Opmerkelijk is dat de Tweede Kamer ondanks dit succes de inkeerregeling (mensen die zich vrijwillig melden en alsnog de verschuldigde belasting betalen worden verder ongemoeid gelaten) op de helling heeft gezet. In het debat over de verhoging van de fiscale boete tot 300% heeft de Tweede Kamer de termijn waarbinnen straffeloos kan worden ingekeerd beperkt tot 2 jaar. Aangezien het in de praktijk vrijwel altijd om oudere vermogens gaat, is daarmee een uiterst effectief middel in de strijd tegen zwart geld geëlimineerd. Een typisch voorbeeld van het paard achter de wagen spannen, maar dat inzicht is aan een meerderheid van de volksvertegenwoordigers anno 2009 niet besteed.

Voorkennis

In eerdere afleveringen van deze rubriek schetste Doorenbos de stand van zaken met betrekking tot de voorkenniswetgeving. In DD 2002, p. 620-627 werd de stand van de jurisprudentie tot dat moment in kaart gebracht. In DD 2003, p. 1121-1125 gaf Doorenbos een voorbeschouwing van de implementatie van de richtlijn marktmisbruik (Richtlijn nr. 2003/6/EG, PbWEG 2003). Die implementatie heeft inmiddels zijn beslag gekregen met de

invoering van de Wet financieel toezicht op 1 januari 2007. In de Wte 1995 was de definitie van voorwetenschap en de verbodsbepaling in één artikel (art. 46a Wte) opgenomen. In de Wft zijn deze in twee afzonderlijke artikelen onder gebracht: de definitie van het gebruik van voorwetenschap in art. 5:53 en de verbodsbepaling in art. 5:56. De wijzigingen in de definitie van voorwetenschap zijn voornamelijk tekstueel van aard en beogen geen inhoudelijke wijzigingen tot stand te brengen. De verbodsbepaling is wel veranderd. Onder de vigeur van art. 46a Wte was alleen al het hebben van voorkennis bij een transactie strafbaar, terwijl onder de nieuwe verbodsbepaling bewezen moet worden dat de verdachte ook daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van voorkennis. Althans dat zou kunnen worden afgeleid uit de formulering ‘gebruik van voorwetenschap’. In de parlementaire stukken (Nota n.a.v. het eindverslag, Kamerstukken II, 2004-2005, 29827, nr 7) wordt in dit verband echter gesproken over een bewustheidsvereiste dat -eufemistisch uitgedrukt- niet helemaal helder is. Wij citeren uit de Nota n.a.v. het eindverslag: *“Een persoon die een transactie pleegt, maakt gebruik van voorwetenschap indien deze zich bewust is of behoort te zijn van het feit dat er sprake is van een niet openbare bijzonderheid die bij openbaarmaking een significante invloed zou kunnen hebben op de koers van de effecten of op de koers van daarvan afgeleide effecten. Uitgangspunt is derhalve dat met het bewijs van «bewustheid» het bestanddeel «gebruik maken van» bewezen kan worden verklaard, maar daarmee wordt niet bedoeld op een causaal verband. Er hoeft derhalve niet bewezen te worden dat de transactie voorkomt uit de betreffende voorwetenschap. Tot slot kan nog vermeld worden dat het vereiste van «bewustheid» de facto thans ook wordt gehanteerd in de strafrechtpraktijk. Iemand die een transactie verricht zonder zich er bewust van te zijn dat hij over voorwetenschap beschikt, zou zich immers onder de huidige wetgeving kunnen beroepen op een strafuitsluitingsgrond (denk aan avas) en daarmee eveneens straffeloos blijven”.*

Het blijft derhalve de vraag of er sprake moet zijn van een causale relatie tussen de voorwetenschap en het handelen of dat een zekere bewustheid bij de verdachte omtrent de voorwetenschap voldoende is om tot een veroordeling te komen. In een volgende aflevering zal Doorenbos uitvoeriger ingaan op de reikwijdte en de verbodsbepaling. Intussen blijven veroordelingen terzake van gebruik van voorwetenschap uitermate schaars, terwijl het niet onze indruk is dat in de praktijk altijd even prudent met het verbod wordt omgegaan. Opvallende koersbewegingen op de beurs zijn in ieder geval geen zeldzaamheid. Dat is overigens op een streng gereguleerde markt als die in de Verenigde Staten naar verluidt niet anders: Bloomberg signaleert in de dagen voor aankondiging van een fusie of overname gemiddeld drie keer zo grote handelsomzetten dan normaal (Hans Crooijmans, Handel met voorkennis wordt heel gewoon, Management Scope, 15 januari 2008).

Verschuiving naar bestuursrechtelijke afdoening

Zoals bekend geldt de bestuurlijke afdoening al jaren als een veelbelovend alternatief voor strafrechtelijke handhaving. Op dit moment lijkt de belofte een realiteit te worden.

Sinds de invoering van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht op 1 juli 2009 is het mogelijk dat medeplegers, feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers fiscaal kunnen worden beboet als deelnemer aan een beboetbaar feit. Daarmee is het mogelijk om een adviseur te beboeten die samen met de belastingplichtige vermogen buiten het zicht van de Belastingdienst tracht te houden. Ons zijn hiervan nog geen voorbeelden in de praktijk bekend.

Recent (op 1 augustus 2009) is ook de reeds lang voorbereide wet tot wijziging van het boetestelsel in de financiële wetgeving in werking getreden. Deze wet voorziet in nieuwe, sterk verhoogde boetemaxima. Als basis(boete)bedragen voor zogenoemde middelzware en zware overtredingen heeft de wetgever bedragen van € 500.000 en € 2.000.000 voorgeschreven, die nog kunnen worden verhoogd op grond van ernst en verwijtbaarheid tot maximaal € 1.000.000 en € 4.000.000. Daarenboven geldt dan nog een verplichte (!) verdubbeling bij recidive. Voor zeer lucratieve overtredingen geldt zelfs een onbeperkt boetemaximum. Voor een nadere bespreking van dit boetestelsel verwijzen wij naar D.R. Doorenbos, Nieuw boetestelsel financiële wetgeving, Ondernemingsrecht 2009, p. 538-545. Het nieuwe boetestelsel biedt de toezichthouders bij de bestuurlijke handhaving zoveel meer mogelijkheden en "gebruiksgemak" dan het financieel-economisch strafrecht, dat de bestuurlijke boete in de handhavingspraktijk op dit terrein zonder enige twijfel de boventoon zal gaan voeren.

Ook de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering kent naast een strafrechtelijk handhavingregime een bestuursrechtelijke afdoeningmogelijkheid. Op basis van deze wet zijn de meldplichten van ongebruikelijke transacties gebaseerd voor uiteenlopende beroepsgroepen. Een meldingsplichtige die verzuimt een melding te doen bij het FIU-Nederland begaat een economisch delict, waarvoor hij strafrechtelijk kan worden vervolgd. Dit feit kan echter ook worden afgedaan door het Bureau Financieel Toezicht (BFT) met het opleggen van een bestuurlijke boete. In de praktijk blijkt het BFT echter niet optimaal te functioneren. Wij verwijzen geïnteresseerden naar het zeer lezenswaardige rapport van de Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, getiteld: Toezicht en inzicht, een helder denkraam, van augustus 2009. Wij zijn voornemens in onze toekomstige berichten meer gedetailleerd in te gaan op de verschuiving naar bestuursrechtelijke afdoening.

Tenslotte

Er valt nog veel meer te bespreken: de onroerend goed-fraude, allerhande beleidsafspraken op het gebied van fraudebestrijding, convenanten, handhavingsarrangementen, memoranda of understanding, informatie-uitwisseling tussen diensten en staten, experimenten met joint investigation teams binnen de Europese Unie etc. Ons vakgebied is volop in beweging en wij gaan u (weer) tweemaal per jaar trakteren op een overzicht daarvan.

26 oktober 2009

DE ROOS & PEN

Lydia Backx
Dirk van der Landen

**CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS**

Keizersgracht 332
1016 EZ Amsterdam

T +31 (0)20 627 5411
F +31 (0)20 622 6577

E info@deroosenpen.nl
I www.deroosenpen.nl