

Vergaderjaar 2013–2014

**33 685**

**Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het vergroten van de mogelijkheden tot opsporing, vervolging, alsmede het voorkomen van financieel-economische criminaliteit (verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit)**

**Nr. 7**

**AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER STEUR**

Ontvangen 5 juni 2014

De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:

Artikel I, onderdeel K, komt te luiden:

K

Artikel 328ter komt te luiden:

**Artikel 328ter**

1. Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363, voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optredend als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optredend als lasthebber direct of indirect voor zichzelf of voor een derde een niet-gerechtigd voordeel opzettelijk aanneemt in verband met zijn functioneren als werknemer of lasthebber, alsook hij die in zodanig geval een niet-gerechtigd voordeel opzettelijk verleent, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

2. Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363, voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optredend als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optredend als lasthebber direct of indirect voor zichzelf of voor een derde een niet-gerechtigd voordeel opzettelijk aanneemt in verband met zijn functioneren als werknemer of lasthebber en naar aanleiding of in het vooruitzicht van zo'n voordeel in strijd met een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon, handelt of nalaat te handelen, alsook hij die in zodanig geval een niet-gerechtigd voordeel opzettelijk verleent, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

## Toelichting

### Artikel 328ter Wetboek van Strafrecht

Dit amendement zorgt ervoor dat ook omkoping die plaatsvindt voorafgaand aan de dienstbetrekking of omkoping waarvan de «afrekening» plaatsvindt na het aflopen van de dienstbetrekking, onder de werking van de wet wordt gebracht. Hiermee wordt voorkomen dat op een relatief eenvoudige manier de strafbepalingen kunnen worden omzeild.

*Aannemen of verlenen van voordelen voorafgaand aan en na de dienstbetrekking of optredend als lasthebber*

De formulering van het huidige artikel 328ter Wetboek van de zinsnede «werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber» staat effectieve strafrechtelijke vervolging en bestraffing in de weg. In het geval dat de niet-ambtenaar van functie wisselt nadat hij de gewenste handelingen/tegenprestaties heeft verricht en de beloning incasseert na functiewisseling. In dat geval kan niet meer gesteld worden dat hij voldoet aan het bestanddeel «werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber». Evenzo kan ook de voormalige, maar inmiddels gepensioneerde niet-ambtenaar bestraffing ontlopen wanneer hij de beloning pas ontvangt na zijn afscheid. Hij is immers op het moment van het aannemen van het voordeel niet meer werkzaam bij zijn oude werkgever. Vergelijkbare problemen doen zich voor bij toekomstige niet-ambtenaren die zich op voorhand kunnen laten omkopen, zonder dat zij strafbaar zijn, mits zij de beloning maar aannemen voordat zij als niet-ambtenaar in dienst treden. Het is derhalve opmerkelijk en strafrechtelijk ongewenst dat gedragingen waarbij voordelen die voorafgaande of na afloop van de dienstbetrekking of optredend als lasthebber worden aangenomen of verleend, in tegenstelling tot de ambtelijke omkopingsbepalingen (177, 177a, 362, 363 Wetboek van Strafrecht), niet onder de huidige strafbaarstelling vallen. Dit kan de effectieve vervolging en bestraffing van verdachten van bijvoorbeeld vastgoedfraudes of matchfixing op grond van het delict niet-ambtelijke omkoping belemmeren. Daarbij uitte eerder het College van Procureurs-Generaal (het Openbaar Ministerie) in 1998 bij de Wet Herziening Corruptiewetgeving zijn zorgen over de beperkte strekking van artikel 328ter Wetboek van Strafrecht, in de wet bleef dit echter ongewijzigd.

Een advies met deze strekking is ook opgenomen in het concept proefschrift van mr. drs. G.G. Vos getiteld «De strijd der plichten, een (internationale) rechtsvergelijkende juridische analyse van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel» te verdedigen begin 2015 te Rotterdam (zie blz. 79).

*Aansluiting bij aannemen of verlenen niet-gerechvaardigd voordeel in gronddelict artikel 328ter, eerste lid, Wetboek van Strafrecht*

De jurisprudentie met betrekking tot ambtelijke en niet-ambtelijke omkoping stelt steeds minder hoge eisen aan het «verband» tussen het voordeel en de tegenprestatie en aan de tegenprestatie sec. Daarentegen hecht de jurisprudentie tegenwoordig meer waarde aan het daadwerkelijk aannemen of verlenen van een gift, dienst of belofte om de strafbaarheid van de verdachte voor het feit niet-ambtelijke omkoping of ambtelijke omkoping aan te tonen. Daarbij is in de Deense strafbepaling, die legitiem verder gaat dan de internationale minimumvoorschriften, het enkel aannemen en verlenen van gunsten strafbaar gesteld. Dit heeft tot gevolg dat het verband tussen het voordeel en de tegenprestatie en de tegenprestatie sec niet hoeft te worden bewezen. De Deense strafbepaling, het

voorstel van enkele leden van de Vaste Commissie van Justitie uit 1966 en het initiatiefwetsvoorstel Van Oven/Van Heemst uit 1998 hebben aan de basis gestaan van het eerste lid van artikel 328ter Wetboek van Strafrecht. Daar komt nog bij dat Denemarken volgens Transparency International het best functionerende land met betrekking tot corruptiebestrijding is. Volgens de indiener is het onaanvaardbaar indien een «omgekochte» zich laat beïnvloeden door het aannemen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Dit geldt eveneens voor de «omkoper» die tracht een «omgekochte» te beïnvloeden door het verlenen van zo'n voordeel. De wettelijke constructie is daarbij in lijn met de minimumvoorschriften gesteld in de internationale wet- en regelgeving, aangezien de nationale wetgeving strafrechtelijk verder mag gaan dan deze minimumvoorschriften.

#### *Niet-gerechvaardigd voordeel*

De term «niet-gerechvaardigd» is opgenomen, omdat dit een vertaling is van het bestanddeel «undue» uit de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag, artikel 21 VN-verdrag tegen corruptie en artikel 2 EU-kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector. Deze verdragen roepen de lidstaten op dit bestanddeel over te nemen in hun wetgeving. Het opnemen van dit bestanddeel zorgt er eveneens voor dat rechters te allen tijde bagatelgunsten (bv. het geven van een fles wijn) kunnen uitsluiten van strafbaarheid als zij dat in het specifieke geval gerechvaardigd vinden. De keuze voor dit bestanddeel is dan ook te rechtvaardigen, aangezien het gekozen bestanddeel gebruikelijke (kleine) geschenken, fooien en giften, de zogenoemde bagateldelicten, moet uitzonderen van strafbaarheid om de strafbaarheid niet onrechtvaardig te verruimen zodat elk voordeel daaronder valt.

Het RvE-Corruptieverdrag, het VN-verdrag en het EU-kaderbesluit verwijzen allen in verband met de private corruptiewetgeving naar het bestanddeel «advantage» teneinde het omkopingsmiddel vorm te geven. In het huidige 328ter Wetboek van Strafrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen de gift, belofte en dienst. Het zou in het kader van de overzichtelijkheid en de eenvoud van wetgeving van belang zijn de voorkeur te geven aan het bestanddeel «voordeel», aangezien dit bestanddeel alle huidige drie omkopingsmiddelen insluit. Daarbij worden op deze wijze afbakingsperikelen tussen de gift, dienst en belofte ondervangen. Ook wordt op deze wijze aangesloten bij bovenstaande internationale verdragen en kaderbesluiten die oproepen dit bestanddeel op te nemen.

#### *Strafverzwarringsgrond artikel 328ter, tweede lid, Wetboek van Strafrecht*

De strafverzwarringsgrond, die is opgenomen in het voorgestelde tweede lid van artikel 328ter Sr, berust deels op het alternatieve wetsvoorstel van Smid inzake de ambtelijke omkopingsbepalingen. Daarbij is de keuze gevallen voor de zinsnede «in strijd met een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon» uit artikel 1 EU-kaderbesluit bestrijding corruptie in de privésector teneinde de negatieve bezwaren die het bestanddeel «in strijd met de plicht» in de ambtelijke omkopingsbepalingen teweegbrachten, te ondervangen. Op deze wijze kan een hoger maximum van vier jaar gevangenisstraf en een geldboete van de vijfde categorie worden opgelegd die gerechvaardigd worden door enerzijds het handelen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van de «omgekochte» en anderzijds dat een rechter het losse verband tussen de tegenprestatie en het omkopingsmiddel en de «concrete» tegenprestatie sec dient te bewijzen.

Daarbij hecht de huidige jurisprudentie met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping steeds meer waarde aan gedragscodes van ondernemingen om het strafbaar gedrag van werknemers af te bakenen, waardoor bovenstaande zinsnede te rechtvaardigen is.

*Anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363*

Het huidige wettelijke stelsel omtrent de niet-ambtelijke en ambtelijke omkopingsbepalingen is niet geheel duidelijk, aangezien het bestanddeel «anders dan als ambtenaar» in artikel 328ter Sr Wetboek van Strafrecht door de jurisprudentie (nationaal typische delictsbestanddelen) kan worden geïnterpreteerd als «anders dan als Nederlandse ambtenaar». Op deze wijze kan tevens worden geïnterpreteerd dat buitenlandse en internationale ambtenaren onder deze strafbepaling vallen. Een juridisch sluitende oplossing kan zijn het bestanddeel «anders dan als ambtenaar» te vervangen door het bestanddeel «anders dan als Nederlandse ambtenaar» met een toevoeging «anders dan als persoon in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie» om verzekerd te zijn dat buitenlandse en internationale ambtenaren niet onder zowel de ambtelijke als de niet-ambtelijke omkopingsbepalingen kunnen vallen. De bovenstaande oplossing kan sterk worden vereenvoudigd door te verwijzen naar artikel 363 Sr, waardoor het bestanddeel als volgt kan worden geformuleerd «hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363 Sr».

*Vragen en aanbieden van een voordeel*

Het vragen en aanbieden van een voordeel kan onder poging worden geschaard, nu blijkt kan worden gegeven van een begin van uitvoering en de dader op dat moment voornemens kan zijn het misdrijf te voltooien. Het enkel opnemen van het vragen en het aanbieden van een voordeel als zelfstandige delictsbestanddelen in artikel 328ter Sr gaat indiener strafrechtelijk bezien te ver.

Een advies met deze strekking is ook opgenomen in het concept proefschrift van mr. drs. G.G. Vos getiteld «De strijd der plichten een (internationale) rechtsvergelijkende juridische analyse van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel» te verdedigen begin 2015 te Rotterdam (zie blz. 121).

Van der Steur