

De strijd der plichten

*Een (internationale) rechtsvergelijkende juridische analyse
van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel*

Guido Gabriël Vos

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Nadruk verboden Erasmus School of Law

Proefschrift Rechtsgeleerdheid (Strafrecht)

De strijd der plichten

Een (internationale) rechtsvergelijkende juridische analyse van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel

Naam: mr. dr. drs. G.G. Vos
Promotor: Prof. mr. H. de Doelder
Plaats: Rotterdam
Datum: 1 januari 2015

De strijd der plichten

*Een (internationale) rechtsvergelijkende juridische analyse
van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel*

The Battle of Duties

(International) comparative legal analysis of the Dutch non-public official bribery article

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof. dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 1 oktober 2015 om 15.30 uur

door

Guido Gabriël Vos
geboren te Voorburg

Erasmus University Rotterdam

The logo of Erasmus University Rotterdam, featuring the word "Erasmus" in a stylized, cursive script.

Promotiecommissie

Promotor: Prof. mr. H. de Doelder

Overige leden: Prof. mr. T. Blom
Prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut
Prof. mr. P.A.M. Mevis

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1	Inleiding en vraagstelling	13
Hoofdstuk 2	Internationale regelingen met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping	35
Hoofdstuk 3	Strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving	75
Hoofdstuk 4	Internationale monitoring van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel en enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsartikelen	185
Hoofdstuk 5	Vergelijking met ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving	229
Hoofdstuk 6	Voorstel tot herformulering van het niet-ambtelijke omkopingsartikel	263
Hoofdstuk 7	Algemene conclusie	305
	Samenvatting	313
	Literatuurlijst	323
	Jurisprudentieregister	335
	Lijst van afkortingen	343
	Bijlage	347

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1	Inleiding en vraagstelling	13
1.1	Aanleiding tot het onderzoek en de relevantie van het onderzoek	15
1.1.1	Nationaal perspectief	15
1.1.2	Internationaal perspectief	19
1.1.3	Economisch perspectief (kosten en effecten van corruptie)	21
1.2	Definitie corruptie	25
1.2.1	Corruptie in 'ruime' zin	25
1.2.2	Corruptie in 'enge' zin	28
1.3	Afbakening en onderzoeksvraag	29
1.4	Deelvragen en onderzoeksplan	31
Hoofdstuk 2	Internationale regelingen met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping	35
2.1	Inleiding	37
2.2	De Raad van Europa	37
2.2.1	Achtergrond	37
2.2.2	Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie	38
2.2.3	Monitoring	46
2.3	Europese Unie	49
2.3.1	Achtergrond	49
2.3.2	Gemeenschappelijk Optreden inzake corruptie in de privésector	51
2.3.3	Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector	54
2.3.4	Monitoring	61
2.4	De Verenigde Naties	63
2.4.1	Achtergrond	63
2.4.2	Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie	64
2.4.3	Monitoring	71
2.5	Conclusie van hoofdstuk 2	72
Hoofdstuk 3	Strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving	75
3.1	Inleiding	75
3.2	Karakter, doelstelling(en) wetgever en afbakening	79
3.3	Bestanddelen van niet-ambtelijke omkoping	82
3.3.1	Algemeen	82
3.3.2	Anders dan als ambtenaar	82
3.3.3	Dienstbetrekking en lastgeving	90
3.3.4	In zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last	91
3.3.5	Omkopingsmiddelen	92
3.3.6	Tijdstip van omkoping (voor- of achteraf in de dienstbetrekking)	96
3.3.7	Tijdstip van omkoping (voor of na de dienstbetrekking)	96
3.3.8	Doen of nalaten	98
3.3.9	Aannemen, verlenen, vragen en aanbieden	99

3.3.10	Naar aanleiding van	103
3.3.11	Opzet en schuld	105
3.4	Verzwijgen in strijd met de goede trouw	108
3.4.1	Inleiding	108
3.4.2	Wetsgeschiedenis	109
3.4.3	Jurisprudentie	122
3.4.4	Tijd(stip) mededeling	127
3.4.5	Aan wie mededelen?	127
3.4.6	Literatuur	128
3.4.7	Enquêtecommissie Bouwnijverheid	131
3.4.8	Openbaar Ministerie: College van Procureurs-Generaal	132
3.4.9	Tussenconclusie	133
3.5	Wanneer is het delict voltooid?; literatuur	133
3.6	Voltooid delict en verjaring	135
3.6.1	Algemeen	135
3.6.2	Passieve niet-ambtelijke omkoping	136
3.6.3	Actieve niet-ambtelijke omkoping	139
3.7	Rechtsmacht	141
3.7.1	Algemeen	141
3.7.2	Passieve niet-ambtelijke omkoping	142
3.7.3	Actieve niet-ambtelijke omkoping	144
3.8	Deelneming	146
3.8.1	Algemeen	146
3.8.2	Doen plegen	147
3.8.3	Uitlokken	147
3.8.4	Medeplegen	149
3.8.5	Medeplichtigheid	152
3.8.6	Functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven	153
3.8.7	Deelneming criminele organisatie	154
3.9	Poging tot niet-ambtelijke omkoping	156
3.9.1	Algemeen	156
3.9.2	Passieve niet-ambtelijke omkoping	157
3.9.3	Actieve niet-ambtelijke omkoping	158
3.10	Samenloop	160
3.10.1	Algemeen	160
3.10.2	Samenloop extern	161
3.10.3	Samenloop intern	166
3.11	Ne bis in idem	167
3.11.1	Algemeen	167
3.11.2	Ne bis in idem intern	167
3.12	Sancties	168
3.13	Strafvorderlijke aspecten	170
3.14	Wet 'verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'	172

3.14.1	Algemeen	172
3.14.2	Juridische aanleidingen	172
3.14.3	Wetswijziging	173
3.14.4	Adviezen en reacties	176
3.15	Conclusie van hoofdstuk 3	180
Hoofdstuk 4	Internationale monitoring van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel en enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsartikelen	185
4.1	Inleiding	187
4.2	Relevante rapportage over Nederland	190
4.2.1	Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie	190
4.2.2	Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector	194
4.2.3	Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie	195
4.3	Enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsbepalingen en zijn monitoring	196
4.3.1	Duitsland	196
4.3.2	België	201
4.3.3	Frankrijk	206
4.3.4	Denemarken	210
4.3.5	Moldavië	214
4.3.6	Rusland	218
4.4	Conclusie van hoofdstuk 4	227
Hoofdstuk 5	Vergelijking met ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving	229
5.1	Inleiding	231
5.2	Strafbaarstellingen	231
5.3	Kenmerkende verschillen	232
5.3.1	Algemeen	232
5.3.2	Zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen	232
5.3.3	(On)gelijktijdigheid	233
5.3.4	Wetende of redelijkerwijs vermoedende dat	234
5.3.5	Sancties	235
5.4	In strijd met zijn plicht; zonder in strijd met zijn plicht	236
5.4.1	Algemeen	236
5.4.2	Wetsgeschiedenis	236
5.4.3	Internationale invloeden	237
5.4.4	Literatuur	239
5.4.5	Jurisprudentie	241
5.5	Wet 'verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'	245
5.5.1	Algemeen	245

5.5.2	Juridische aanleiding	246
5.5.3	Wetswijziging	248
5.5.4	Advies Raad van State	248
5.5.5	Reacties Sikkema, Roomen en De Roos	249
5.6	Voorstellen	250
5.6.1	Voorstel Pereira	250
5.6.2	Voorstel Smid	250
5.7	Bespreking van voorstellen	252
5.7.1	Bespreking voorstel Sikkema	252
5.7.2	Bespreking voorstel Smid	256
5.7.3	Strafverhoging	257
5.8	Aanbeveling	258
5.9	Conclusie van hoofdstuk 5	260
Hoofdstuk 6	Voorstel tot herformulering van het niet-ambtelijke omkopingsartikel	263
6.1	Inleiding	265
6.2	Voorwaarden voor verantwoorde strafbaarstelling	265
6.2.1	Verantwoording voorwaarden	265
6.2.2	Effectiviteit	265
6.2.3	Samenhang	266
6.2.4	Rechtszekerheid	266
6.2.5	Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	266
6.2.6	Proportionaliteit	267
6.2.7	Subsidiariteit	267
6.3	Alternatieven	267
6.3.1	Alternatief Van Bemmelen: oplichting	267
6.3.2	Alternatief Van Oven en Van Heemst	275
6.3.3	Alternatief Boek	281
6.3.4	Alternatief De Doelder en Smid	282
6.3.5	Aanvulling ongeoorloofde verrijking	283
6.3.6	Aanvulling of alternatief civielrechtelijke mogelijkheden	289
6.4	Aanbeveling	293
6.4.1	Strafbaarstelling	293
6.4.2	Motivering	294
Hoofdstuk 7	Algemene conclusie	305
7.1	Onderzoeksvraag	307
7.2	Beantwoording onderzoeksvraag	307
Samenvatting		313
	Hoofdstuk 1	315
	Hoofdstuk 2	315
	Hoofdstuk 3	316

Hoofdstuk 4	318
Hoofdstuk 5	319
Hoofdstuk 6	320
Literatuurlijst	323
Boeken	325
Juridische vakliteratuur	327
Nederlandstalig	327
Engelstalig	329
Dissertaties/scripties	330
Artikelsgewijs commentaar	331
Kamerstukken	331
Staatsblad/Tractatenblad	332
Verdragen	332
Besluiten	333
Rapporten	333
Europese Commissiedocumenten	334
Europees Publicatieblad	334
Jurisprudentieregister	335
Hoge Raad	337
Gerechtshoven	340
Rechtbanken	341
Europese jurisprudentie	342
Lijst van afkortingen	343
Bijlage	347
1. Strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping	349
2. Strafbaarstelling van ambtelijke omkoping	350
3. RvE-Corruptieverdrag	352
4. Gemeenschappelijk Optreden en EU-kaderbesluit	353
5. VN-Corruptieverdrag	355
6. Instroom Openbaar Ministerie 328ter Sr over de jaren 1992 tot en met 2014	358
7. Zaken + afdoeningsprofiel/uitkomst over de jaren 1993 tot en met 2013	359
8. Eindvonnissen over de jaren 1993 tot en met 2012	360
9. Duitsland	361
10. Frankrijk	361
11. Denemarken	362
12. Moldavië	362

Hoofdstuk 1

Inleiding en vraagstelling

*Wie woekerwinst najaagt, richt zijn huis te gronde,
wie steekpenningen haat, zal leven.*

Spreuken 15:27¹

1 Spreuken 15:27, De Nieuwe Bijbelvertaling en Vulgata, 4e-5e eeuw (gereconstrueerd), bron: www.biblija.net.

1.1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK EN DE RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK

1.1.1 Nationaal perspectief

Op 13 november 2007 deed de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst - Economische controledienst (FIOD-ECD) invallen op meer dan vijftig adressen in Nederland, België en Zwitserland.² Deze actie was onderdeel van het omvangrijkste onderzoek in Nederland naar bedrijfsfraude ooit en was tot stand gekomen door een oplettende ambtenaar van de Belastingdienst.³ Het Openbaar Ministerie (hierna: OM) heeft 270.000 manuren in het onderzoek naar deze vastgoedfraude gestoken. Het aantal verdachten liep hierbij op tot 50 personen en 75 bedrijven.⁴ In deze zaak gaat het om vastgoedfraude, waarbij het Bouwfonds en het Philips pensioenfonds door frauduleuze transacties van grotendeels (voormalige) werknemers en zakenrelaties voor naar schatting 250 miljoen euro werden benadeeld. In een 86 pagina's tellend vonnis is de hoofdverdachte in eerste aanleg veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar voor onder andere actieve niet-ambtelijke omkoping, valsheid in geschrifte, (schuld)witwassen en het leiding geven aan twee criminele organisaties.⁵ In hoger beroep kreeg de verdachte zelfs zeven jaar gevangenisstraf opgelegd.⁶

Een eerder financieel-economisch strafrechtelijk onderzoek, de zogenoemde Clickfondszaak, was een van de eerste zaken waarin na een groot fraudeonderzoek het feit niet-ambtelijke omkoping als een van de hoofdverwijten is vervolgd.⁷ In deze strafzaak werd een crimineel samenwerkingsverband ontdekt rond een effectenbemiddelaar uit Londen, die van de overige deelnemers inlichtingen en adviezen kocht die kennelijk het reguliere advieswerk van deze handelaren te buiten gingen.⁸ Deze effectenbemiddelaars en andere deelnemers werden door de rechtbank Amsterdam veroordeeld tot geldboetes en werkstraffen voor het delict niet-ambtelijke omkoping.⁹

2 V. van der Boon, G. van der Marel, *De vastgoedfraude, miljoenenzwendel aan de top van het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2013, p. 19.

3 Het bovenstaande onderzoek krijgt vanwege het grootschalige blootgelegde netwerk de codenaam Klimop.

4 V. van der Boon, G. van der Marel, *De ontknoping, de vastgoedfraude voor de rechter*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2012, p. 8.

5 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194. Respectievelijk de artikelen 328ter Sr (niet-ambtelijke omkoping), 225 Sr (valsheid in geschrifte), 420bis/420quater Sr (witwassen) en 140 Sr (deelname aan een misdadige organisatie).

6 Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:631.

7 J.H. Tonino, 'Enkele opmerkingen over de vervolging van niet-ambtelijke corruptie in de huidige praktijk van fraudebestrijding', *Strafblad* 2009, p. 25.

8 Tonino (2009), p. 25.

9 HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8470 en Opnieuw veroordelingen in Clickfondszaak, 4 april 2003, bron: www.om.nl.

1 Het delict niet-ambtelijke omkoping staat de laatste jaren ook in de aandacht door het fenomeen ‘matchfixing’, oftewel de manipulatie van sportwedstrijden.¹⁰ In een aantal Europese landen, zoals Italië, Duitsland en Finland, hebben zich ernstige gevallen van matchfixing voorgedaan.¹¹ Daarbij ging het om situaties waarbij criminele netwerken door omkoping en bedreiging spelers en officials ertoe bewogen om wedstrijden te vervalsen. Door op de vervalste wedstrijden te gokken, behaalden de criminele netwerken grote financiële winsten. In België is in juni 2014 Laurent Delorge, oud-speler van voetbalclub Lierse SK, veroordeeld tot een voorwaardelijke celstraf van tien maanden en een geldboete van 5500 euro, waarvan de helft voorwaardelijk, omdat hij geld heeft aangenomen om op oneigenlijke wijze wedstrijden te beïnvloeden.¹² De eindconclusie van het onderzoek van T. Spapens en M. Olfers uit 2013 is dat matchfixing zich ook in Nederland kan voordoen. Bovendien kan volgens deze onderzoekers een klein aantal fixers grote schade aan competities toebrengen. Ze menen daarom dat wedstrijdvervalsing blijvende aandacht van alle relevante private en publieke partijen verdient.¹³ In juni 2014 is een rapport uitgekomen van Federbet, een Belgische organisatie die verdachte weddenschappen onder de loep neemt. Volgens dit rapport zijn er sterke aanwijzingen dat de wedstrijden PSV - Lokomotiv Plovdiv van 9 januari 2014 (3-0) en Achilles '29 - Willem II van 20 oktober 2013 (1-5) zijn gemanipuleerd.¹⁴ In dit verband is het niet onbelangrijk om te vermelden dat de Britse krant *The Sunday Times* heeft onthuld dat er ook bij de toewijzing van het WK van 2022 aan Qatar sprake is geweest van omkoping.¹⁵ De oud-vicevoorzitter van de Golfstaat, Mohamed Bin Hammam, zou ongeveer 5 miljoen dollar (ruim 3 miljoen euro) hebben betaald aan Afrikaanse FIFA-functionarissen in ruil voor hun steun aan Qatar als gastland.¹⁶

Terug naar de juridische wereld: De Roos (strafrechtgeleerde) constateerde in 1987 dat het niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr sinds de invoering in 1967 zelden was toegepast.¹⁷ Vervolgens merkte Tonino in 2009 op dat tot het einde van de vorige eeuw het

10 E.I. Schippers, I.W. Opstelten, Kamerbrief, Rapport matchfixing met beleidsreactie, 1 oktober 2013, p. 1 en zie bijv. *De Telegraaf*, 2 november 2013. Nederland sluit zijn ogen voor matchfixing. Paul Rooij, die wordt gezien als de grootste matchfixer van het westelijk halfmond en voor berechting wacht in Duitsland, gaf aan dat matchfixing in Nederland evenveel voorkomt als in onze omringende landen.

11 CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v/ UEFA en CAS 2010/A/2172 Mr Oleg Oriekhov v/ UEFA. Zie voor enkele zaken in het voetbal: T. Spapens, M. Olfers, *Matchfixing in Nederland, De aard en reikwijdte van het probleem, risico's en de aanpak*, Tilburg/Amsterdam: 2 september 2013, p. 140-145.

12 Zie bijv. *AD*, 13 juni 2014.

13 T. Spapens, M. Olfers, *Matchfixing in Nederland, De aard en reikwijdte van het probleem, risico's en de aanpak*, Tilburg/Amsterdam: 2 september 2013, p. 11.

14 Zie rapport http://federbet.com/media/Federbet_report_v3.pdf en zie bijv. *AD* van 4 juni 2014.

15 Zie bijv. *NOS*, 2 juni 2014, zie bron: <http://nos.nl/wk2014/artikel/655589-qatar-2022-niks-wekt-nog-verbazing.html>.

16 Zie bijv. *De Telegraaf*, 1 juni 2014.

17 Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 130.

niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr weinig werd gebruikt, maar in de periode 1999-2009 juist heel veel in stelling is gebracht. Deze toename is volgens hem goed te verklaren uit de verhoogde aandacht voor het bestrijden van financieel-economische fraude en de aanzienlijke vergroting van de capaciteit en de prioriteit voor de bestrijding hiervan.¹⁸ Zo heeft het OM de vervolging van niet-ambtelijke omkoping tot prioriteit verheven.

Ook de ambtelijke omkopingsdelicten¹⁹ staan de afgelopen jaren nadrukkelijk in de publieke belangstelling, onder andere vanwege de bouwfraudezaak, de zaak-Hooijmaijers²⁰, de zaak-Offermanns²¹ en het havenbedrijfschandaal, waarbij zakenman Van den Nieuwenhuyzen oud-directeur van het Rotterdamse havenbedrijf Scholten zou hebben omgekocht door hem een vakantiewoning te geven in ruil voor 103 miljoen gulden aan bankgaranties.²² Ook in de bouwfraudezaak, waarbij door middel van bouwkartels de grootste Nederlandse bouwbedrijven, Rijkswaterstaat en andere opdrachtgevers voor vele honderden miljoenen guldens zijn opgelicht, heeft de strafbaarstelling van ambtelijke omkoping zijn waarde bewezen. In deze zaak werden 31 personen gehoord in verband met strafbare feiten zoals ambtelijke omkoping en verduistering. Het OM besloot in 2004 de vervolging van zeven ambtenaren voort te zetten en de zaken van vijf andere verdachten te seponeren wegens gebrek aan bewijs.²³ De rechtbank Rotterdam heeft uiteindelijk vier veroordelingen voor ambtelijke omkoping uitgesproken en heeft één ambtenaar vrijgesproken.²⁴

Ook klokkenluider Bos werd in eerste aanleg veroordeeld voor (het feitelijk leiding geven aan) het omkopen van een ambtenaar van Rijkswaterstaat, zij het dat hij geen straf kreeg opgelegd.²⁵ Op 2 december 2013 besloot het Hof Amsterdam in de verwijzingszaak²⁶ dat het

18 Tonino (2009), p. 23.

19 De artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr.

20 Zie bron: <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Drie-jaar-cel-voor-oud-gedeputeerde.aspx>. Hooijmaijers is op 3 december 2013 door Rechtbank Haarlem in eerste aanleg veroordeeld tot drie jaar gevangenisstraf voor ambtelijke omkoping en valsheid in geschrifte. Hooijmaijers heeft, aldus de rechtbank, vele malen grote geldbedragen van bedrijven ontvangen, bedoeld om hem gunstig te stemmen en over te halen om zaken in een voor hun gunstige richting te laten lopen.

21 Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:354.

22 Zie bron: http://www.eenvandaag.nl/criminaliteit/46571/joep_van_den_nieuwenhuyzen_krijgt_2_5_jaar_cel. Zie ook Rb. Rotterdam 15 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO0530. Het Openbaar Ministerie heeft besloten om in hoger beroep te gaan, bron: <http://www.nu.nl/binnenland/3541500/in-hoger-beroep-in-zaak-van-nieuwenhuijzen.html>.

23 *Kamerstukken II* 2002/2002, 28 093 (Bouwfraude en corruptie bij ambtenaren), nrs. 7 en 8.

24 Rb. Rotterdam 14 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7472; Rb. Rotterdam 15 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7631 en AR7633; Rb. Rotterdam 16 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7706, AR7707 en AR7711, Hof 's-Gravenhage 5 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG6141.

25 E. Sikkema, 'De strafbaarstelling van ambtelijke omkoping: niet verruimen, wel vereenvoudigen', *Openbaar Bestuur* 2006, p. 1.

26 HR 6 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6346 verwijst de zaak naar (ander) Hof Amsterdam 2 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4214.

1 OM in de zaak Bos wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk was in de strafvervolgung.²⁷ De juridische afloop van de bouwfraudezaak leidde enerzijds tot tevredenheid, maar anderzijds viel in de commentaren en de reacties van het publiek enige ontevredenheid te bespeuren over de relatief lage straffen die de rechters hadden opgelegd: geen enkele verdachte in de bouwfraudeaffaire werd veroordeeld tot een vrijheidsstraf, zelfs niet voorwaardelijk.²⁸ Een werkstraf en/of geldboete bleek het maximaal haalbare.²⁹

Deze complexe fraudezaken hebben onder andere aan de basis gestaan van het wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit' (hierna: het wetsvoorstel) dat op 1 juli 2014 door de Tweede Kamer is aangenomen.³⁰ Volgens voormalig minister van Veiligheid en Justitie Ivo Opstelten zijn de belangrijkste redenen om financieel-economische misdrijven te plegen de hoge winsten, de geringe pakkans en verhoudingsgewijs lage straffen.³¹ Bovendien merkte de minister op dat omvangrijke fraudezaken, zoals de bouwfraudezaak en de Clickfondszaak, grote maatschappelijke en economische schade veroorzaken.³² Immers, onder invloed van fraude, omkoping en witwassen wordt het functioneren van de op marktwerking berustende, economie belemmerd.

De minister wilde een einde maken aan deze situatie en hoopte met deze inmiddels in werking getreden wet een aanscherping van de strafposities bij financieel-economische criminaliteit, alsmede een verruiming van de mogelijkheden voor opsporing, vervolging en adequate bestraffing van dit soort feiten te bewerkstelligen.³³

De minister zag aanleiding om artikel 328ter Sr op een aantal punten te wijzigen. Ten eerste is het voormalige kernbestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' onder internationale druk vervangen door het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. Desalniettemin wordt in artikel 328ter, derde lid Sr onder het handelen in strijd met zijn plicht "*in elk geval*" begrepen het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel het vragen van een gift, belofte of dienst. Ten tweede wordt in artikel 328ter, vierde en vijfde lid Sr een oplossing geboden voor de zogenoemde (on)gelijktijdigheidsproblematiek, waardoor giften, beloften of diensten die zijn verkregen of verleend voorafgaand aan of na afloop van de dienstbetrekking of de

27 Hof Amsterdam 2 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4214.

28 J.M. Nelen, 'De strafrechtelijke afdoening van ambtelijke corruptie', *Justitiële Verkenningen* 2005, p. 1.

29 Idem.

30 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 2, p. 1 (Wetsvoorstel), *Stb.* 2014, 445 en 513.

31 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 1 (MvT).

32 Idem.

33 Idem.

lastgevingsovereenkomst nu wel onder de strafbaarstelling vallen. Ten derde wordt de strafmaat verhoogd van twee naar vier jaar gevangenisstraf. Later wordt op deze wijziging uitgebreid teruggekomen.

1.1.2 Internationaal perspectief

Ook op internationaal niveau is de belangstelling voor financieel-economische criminaliteit, en in het bijzonder voor niet-ambtelijke en ambtelijke omkoping, toegenomen. Hieronder volgt een opsomming van enkele internationale omkopingszaken. In 2008 gaf een oud-bestuurslid van Siemens toe smeergeld te hebben betaald aan het hoofd van de werknemersorganisatie AUB, opdat deze organisatie vriendelijker zou staan tegenover reorganisaties en bezuinigingen bij Siemens.³⁴ In 2007 kwam al naar buiten dat het bij Siemens gebruikelijk was om voor buitenlandse opdrachten smeergeld te betalen. Het concern hield speciaal voor dat doel een 'zwarte kas' van honderden miljoenen euro's aan. Intussen constateerde de Duitse justitie dubieuze betalingen van in totaal 1,3 miljard euro.³⁵ De Duitse bankier Gerhard Gribkowsky werd in 2012 tot acht en een half jaar gevangenisstraf veroordeeld voor het aannemen van smeergeld en het manipuleren van de verkoop van de Formule 1-rechten.³⁶

In België werden door het Openbaar Ministerie zeven verdachten en vijf bedrijven vervolgd in een private omkoopzaak in verband met de supermarktketen Delhaize.³⁷ De hoofdverdachte was als manager bij Delhaize verantwoordelijk voor het sluiten van contracten met aannemers die bouw- en onderhoudswerken aan de vele gebouwen van Delhaize zouden verrichten. De man liet zich door aannemers betalen in de vorm van contant geld of andere voordelen, zoals reizen.³⁸ De aannemers kregen op deze wijze werk van de manager. De daarbij betaalde steekpenningen werden door de aannemers doorberekend in de aannemersfacturen, waardoor Delhaize 'extra' werd benadeeld.

Het Nederlandse bedrijf Boskalis heeft toegegeven ambtenaren van de havenautoriteit op het Afrikaanse eiland Mauritius omgekocht te hebben. Het bedrijf is veroordeeld tot een boete van 1000 euro voor het beramen van een complot voor het betalen van steekpenningen aan een voormalig voorzitter van de havenautoriteit.³⁹

34 Zie bijv. *De Volkskrant*, 14 september 2008.

35 Zie bijv. *NRC*, 2 december 2009.

36 Zie bron: <http://www.f1today.net/nl/nieuws/aanklager-noemt-bernie-ecclestone-medeplechtig-aan-omkoping> en *De accountant*, 27 juni 2012.

37 Zie bijv. *TIJD* (België), 24 september 2013.

38 Idem.

39 Zie bijv. *De Telegraaf*, 1 oktober 2013. Het Openbaar Ministerie van Mauritius is in hoger beroep gegaan tegen deze geringe straf.

Ook waren er corruptiezaken rondom het Nederlandse bedrijf Philips in Polen, waarbij Philips Polska in 2009 Poolse ziekenhuisdirecteuren zouden hebben omgekocht.⁴⁰ In een aantal West-Afrikaanse landen en Brazilië hebben de vermeende omkopingspraktijken van SBM Offshore omkoping in de publieke belangstelling geplaatst.⁴¹

Op internationaal politiek niveau hebben landen als Frankrijk, Duitsland, Italië en de Europese Unie te maken gehad met omkooptschandalen. In Frankrijk is voor het eerst een voormalig president veroordeeld voor omkoping voor de periode waarin hij burgemeester van Parijs was. Deze voormalige president, Jacques Chirac, is uiteindelijk veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee jaar.⁴² Om verdere reputatieschade door een lopende rechtszaak te voorkomen, aanvaardde Chirac het oordeel van de rechter in eerste aanleg en heeft hij besloten om niet in hoger beroep te gaan. Ook ex-premier Edouard Balladur werd in verband gebracht met omkoping. In de Affaire Karachi werd bij de verkoop van duikboten aan Pakistan in de jaren negentig smeergeld betaald, en dit smeergeld zou deels in de campagnekas van Balladur terecht zijn gekomen.⁴³ In Duitsland was bondskanselier Kohl als verdachte betrokken bij illegale partijfinanciering van zijn partij, het CDU. Uiteindelijk werd hij niet strafrechtelijk vervolgd.⁴⁴ In Italië leidde de operatie 'Schone handen', in 1992 begonnen door officier van justitie Di Pietro, tot aanklachten tegen minstens drieduizend personen.^{45,46} Ook ex-premier Berlusconi werd opnieuw aangeklaagd voor het delict omkoping, naast zijn reeds opgelegde gevangenisstraf van vier jaar wegens belastingfraude van zijn onderneming Mediaset. Hij zou in 2006 senator De Gregorio hebben omgekocht om zijn politieke rivaal Romano Prodi te verzwakken.⁴⁷ Ironisch genoeg deed de senator dit door over te stappen van de anticorruptiepartij Italia dei Valori naar Il Popolo della Libertà van Berlusconi.

Ook de Europese Commissie bleek niet gevrijwaard van corruptie, zo bleek onder meer uit een kritisch rapport van het Comité van Wijzen over de vriendjespolitiek van de Franse Eurocommissaris. Deze commissie trad in 1999 af.⁴⁸ Aangezien corruptie (internationaal)

40 Zie bijv. *NU*, 9 april 2013.

41 Zie bijv. *NRC*, 7 februari 2014.

42 Zie bijv. *De Volkskrant*, 15 december 2012.

43 Idem.

44 Kohl betaalde 300.000 mark in ruil voor stopzetting van het onderzoek naar fraude door het Duitse OM in Bonn. Zie bron: *De Standaard*, 19 maart 2002.

45 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht, een studie over omkoping en andere ambtsdelicten* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 2.

46 Zie bijv. *De Volkskrant*, 20 februari 1999.

47 Zie bijv. *De Volkskrant*, 9 mei 2013.

48 Sikkema (2005), p. 2. Zie ook *De Volkskrant*, 16, 17 en 18 maart 1999.

concurrentievervalsend werkt, economisch en sociaal ontwrichtende invloed kan uitoefenen de integriteit van het openbaar bestuur kan aantasten, zijn binnen verschillende internationale gouvernementele organisaties, zoals de Europese Unie, de Raad van Europa en de Verenigde Naties, anticorruptieverdragen gesloten.⁴⁹ De totstandkoming van deze anticorruptieverdragen heeft het belang van een internationale aanpak van corruptie onderstreept. In hoofdstuk 2 wordt hier uitgebreid op teruggekomen.

1.1.3 Economisch perspectief (kosten en effecten van corruptie)

Het is van belang om niet alleen de inhoudelijke juridische aspecten van corruptie te onderzoeken; er moet ook aandacht worden besteed aan de redenen waarom corruptie strafbaar is gesteld en aan de vraag waarom corruptie economisch gezien nu zo slecht is. Dit zou eveneens het draagvlak voor de inbedding van zo'n strafbaarstelling in de strafwet en het belang voor de vervolging van dit feit beter rechtvaardigen. Het is belangrijk om te beseffen dat de hieronder aangehaalde literatuur geen onderscheid maakt tussen niet-ambtelijke en ambtelijke omkoping. De kernproblematiek blijft echter hetzelfde.

Het hoge 'darknumber'- gehalte⁵⁰ van corruptie enerzijds en de complexiteit van het calculeren van de geleden (economisch en/of sociale) schade⁵¹ van corruptie anderzijds, zorgen ervoor dat een valide berekening van de economische en sociale effecten van corruptie nagenoeg ondoenlijk is. Deze complexiteit bestaat uit de moeilijk te berekenen kosten van marktverstoringen, nepotisme en het nemen van verkeerde beslissingen, oftewel 'Fehl-Investitionen'.⁵² Desondanks hebben diverse instellingen en personen zich aan dit vraagstuk gewaagd.

49 Zie verder hoofdstuk 2.

50 Het delict omkoping is een 'slachtofferloos'-delict, dat weinig (financiële) sporen nalaat en waarbij geheimhouding essentieel is voor het uitsluiten van strafbaarheid voor de verdachten.

51 Bijvoorbeeld: Een kerncentrale wordt gebouwd ergens in de wereld, voor een bedrag van \$ 100 miljoen. Er kan worden betoogd dat – ware er geen corruptie – de kosten maar \$ 80 miljoen zouden moeten zijn. De financiële schade aan de maatschappij wordt dan \$ 20 miljoen. In de praktijk worden projecten vaak simpelweg zo gepland dat degenen die betrokken zijn grote privéwinsten kunnen maken. Ervan uitgaande dat de kerncentrale overbodig was, zou de financiële schade moeten worden vastgesteld op \$ 100 miljoen. Daarnaast geldt dat geen enkel groot bouwproject het milieu onaangestaan laat. De resultaten hiervan kunnen zijn: meer verontreiniging, vermindering van de waarde van de grond, hervestiging van de inwoners, een toename van de schuldenlast van het land, enz. Deze berekening – waarschijnlijk het dichtst bij de werkelijkheid – is enorm complex. Op wereldwijde schaal lijkt het bijna onmogelijk zo'n berekening te maken. Maar zelfs indien men in staat zou zijn een berekening te maken van de schade aan het milieu, de toename van de schuldenlast en andere factoren, dan nog zou het onmogelijk zijn een meting te doen van de afbrokkeling van het vertrouwen van het publiek en de afbrokkeling van legitimiteit van een overheid. Want ook dit zijn directe gevolgen van corruptie. Zie bron: <http://www.transparency.nl/over-corruptie/veelgestelde-vragen/>.

52 Zie M. van Hulst, *Corruptie, Handel in macht en invloed*, Den Haag: Sdu Uitgever 2011, p. 53. Onder invloed van de betaling van smeergelden, nemen de kopers niet het beste, maar een inferieur besluit. Dat leidt tot wat de Duitsers noemen 'Fehl-Investitionen'.

De Wereldbank schatte in december 2011 de totale kosten van corruptie wereldwijd op zo'n 1000 miljard dollar per jaar.⁵³ Daniel Kauffman, beleidsonderzoeker van de Wereldbank⁵⁴, schatte in 2004 het bedrag dat aan steekpenningen betaald wordt op 1000 miljard dollar en de totale kosten van wereldwijde corruptie om en nabij de 2600 miljard dollar per jaar, oftewel 5% van het wereldwijde bruto nationaal product (BNP).⁵⁵ Kaufmann merkte daarbij op dat deze calculatie geen recht doet aan de werkelijke kosten van corruptie, aangezien corruptie onder andere het terugdringen van armoede, economische ongelijkheid en kindersterfte in opkomende economieën belemmert.⁵⁶

De Europese Unie heeft in 2012 en in 2014 gesteld dat de totale kosten van corruptie in de EU-zone rond de 120 miljard euro per jaar liggen.⁵⁷ In april 2013 heeft Alina Mungliu-Pippidi, professor aan de Hertie School of Governance in Berlijn, in een rapport betoogd dat in de EU-landen jaarlijks ruim 320 miljard euro verloren gaat aan corruptie, grotendeels veroorzaakt door misgelopen belastingopbrengsten.⁵⁸ Hiermee zou de jaarlijkse schade van corruptie ongeveer drie keer het voorgestelde EU-budget van 2014-2020 bedragen.

De Nederlandse tak van Transparency International, een organisatie die zich inzet voor de strijd tegen corruptie, schat de totale kosten van corruptie voor Nederland op circa 12 miljard euro, oftewel 2% van het Nederlandse BNP.⁵⁹ Deze bedragen laten zien hoe ernstig corruptie is, maar niet wat de negatieve effecten van corruptie zijn. De onderkenning van deze effecten is van essentieel belang voor de vraag waarom corruptie op basis van de strafwet bestreden dient te worden.

Ten eerste heeft corruptie een negatief effect op de economische ontwikkeling van landen. De relatie tussen corruptie en economische groei is onder andere onderzocht in

53 Zie bron: <http://www.cipe.org/blog/2011/12/09/the-true-costs-of-corruption/#.UjaTTsblaYF>.

54 Kaufmann, 8 april 2004, World Bank Institute (WBI). Zie bron: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20190187~menuPK:3567536~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>.

55 Gross domestic product (GDP) oftewel bruto binnenlands product (bbp). Het bruto binnenlands product is de totale geldwaarde, meestal gebaseerd op de marktwaarde, van alle in een land geproduceerde finale goederen en diensten gedurende een bepaalde periode.

56 D. Kaufmann, A. Kraay, P. Zoido-Lobaton, 'Governance Matters', *World Bank, Policy Research* (2196) 1999.

57 Rapport van de Europese Unie: *Special Eurobarometer 374, corruption*, februari 2012, p. 4 en Rapport van de Europese Unie, EU anti-corruption report, februari 2014, p. 3, COM(2014)38 final. Zie bron: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_374_en.pdf en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.

58 Alina Mungliu-Pippidi, 'The Good, the Bad and the Ugly: Controlling corruption in the European Union', *Hertie School of Governance* 2013, p. 15. Zie bron: http://www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2013/03/ANTICORRP-Policy-Paper-on-Lessons-Learnt-1_protected1.pdf.

59 Zie bron: <http://www.transparency.nl/2012/09/corruptiebestrijding-in-crisistijd-vergt-daadkracht-en-samenwerking-bedrijfsleven-en-overheid/>.

de papers van Mauro⁶⁰, Brunetti⁶¹, Poirson⁶², Li, Xu & Zou⁶³ en Mo & Gyimah-Brempong⁶⁴. Deze onderzoekers constateren allen een negatieve relatie tussen corruptie en economische groei. Ook merken Méon & Sekkat⁶⁵ op dat corruptie nog schadelijker is voor de groei van de economie in landen waar de 'rule of law' onder druk staat. Bovendien toont onderzoek van de Wereldbank aan dat landen die vasthouden aan de 'rule of law'⁶⁶ hun nationaal inkomen op de langere termijn met 400% kunnen zien stijgen.⁶⁷ Dreher, Kotsogiannis & McCorrison hebben vastgesteld dat corruptie in het midden en zuiden van Afrika extreem veel voorkomt.

Het meest corrupte land is Guinee-Bissau, waar in de periode 1991-1997 70% van het (potentiële) BNP verloren ging door corruptie.⁶⁸ Dreher & Herzfeld⁶⁹ concludeerden een jaar later dat corruptie de economische groei aantast en het BNP per capita drukt: "een toename van één corruptie-indexpunt⁷⁰ verlaagt de groei van het BNP met 0.13 percentagepunten⁷¹ en het BNP per capita met 425 US\$".

Ten tweede merken Mauro⁷², Pellegrini & Gerlagh⁷³ en Brunetti, Kisunko & Weder⁷⁴ op dat corruptie een negatief effect heeft op het investeringsklimaat in de onderzochte landen.

-
- 60 P. Mauro, 'Corruption and Growth', *Quarterly Journal of Economics* (60) 1995, p. 681-712. P. Mauro, 'The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure', *International Monetary Fund* 1996.
- 61 A. Brunetti, 'Political Variables in Cross-Country Growth Analysis', *Journal of Economic Surveys* (11) 1997, p. 163-190.
- 62 H. Poirson, 'Economic Security, Private Investment, and Growth in Developing Countries', *International Monetary Fund* 1998.
- 63 H. Li, C. Lixin, H. Zou, 'Corruption, Income Distribution, and Growth', *Economics and Politics* (12) 2000, p. 155-182.
- 64 K. Gyimah-Brempong, 'Corruption, Economic Growth, and Income Inequality in Africa', *Economics of Governance*, (3) 2002, p. 183-209.
- 65 P. Méon, K. Sekkat, 'Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth?', *Public Choice* (22) 2005, p. 69-97.
- 66 Handhaving van wettelijke (corruptie)regels door de overheid en de burgers.
- 67 Kaufmann, 8 april 2004, World Bank Institute (WBI). 'A country with an income per capita of US\$2000 that addresses corruption, improves its governance and the rule of law could expect to see its income rise to US\$8000 in the long run'.
- 68 A. Dreher, C. Kotsogiannis, S. Mccorrison, 'Corruption Around the World: Evidence from a Structural Model', 2004. Zie bron: <http://ideas.repec.org/a/eee/jcecon/v35y2007i3p443-466.html>.
- 69 A. Dreher, T. Herzfeld, 'The Economic Costs of Corruption: A Survey and New Evidence', 2005, p. 1. Zie bron: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=734184.
- 70 Een rekenkundig model met verschillende variabelen omtrent corruptie.
- 71 Bijvoorbeeld als de economische groei toeneemt met 6,00%, groeit de economie door toedoen van corruptie met slechts 5,87%.
- 72 P. Mauro, 'Corruption and Growth', *Quarterly Journal of Economics* (60) 1995, p. 681-712.
- 73 L. Pellegrini, R. Gerlagh, 'Corruption's Effect on Growth and its Transmission Channels' (57) 2004, p. 429-456. Zie bron: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.0023-5962.2004.00261.x/abstract>.
- 74 A. Brunetti, G. Kisunko, B. Weder, 'Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector', *The World Bank Economic Review* (12) 1998, p. 353-384.

Daarbij kan volgens Smarzynska & Wei⁷⁵ corruptie worden gezien als een soort belasting, waardoor het aantal buitenlandse investeringen in een corrupt land afneemt. Wei stelt dat wanneer de corruptie in Singapore zou toenemen tot het niveau van Mexico, het belastingtarief voor buitenlandse investeerders maar liefst 21% zou bedragen.⁷⁶

Ten derde heeft de internationale handel hinder van corrupte landen. Landen met weinig corruptie ondervinden volgens Lambsdorff⁷⁷ behoorlijk veel nadeel bij het exporteren van producten naar landen met veel corruptie, hetgeen volgens hem economische schade toebrengt aan de wereldeconomie.

Ten slotte vergroot corruptie armoede en inkomensongelijkheid. Gupta, Davoodi & Alonso-Therme⁷⁸, Barreto⁷⁹ en Foellmi & Oechslin⁸⁰ hebben aangetoond dat een toename van corruptie gerelateerd is aan de inkomensverdeling van de welvarendste 20% van de bevolking van een land. De rijkste 20% profiteert het meest van corruptie, waardoor de inkomensongelijkheid toeneemt. Welsch⁸¹ ontdekte daarbij dat corruptie positief gerelateerd is aan milieuvervuiling, afgemeten aan indicatoren als de concentratie CO² en NO² in de lucht. Bovendien bleek volgens Johnson, Kaufmann & Shleifer⁸² corruptie de zwarte economie te bevorderen. Hierop moet worden aangevuld dat de verborgen kosten van de verstoring van de zakelijke besluitvorming niet onderschat mogen worden. Zoals Van Hulst heeft opgemerkt: *“Niet de beste producent wint, niet het beste product wint, maar degene die bereid is het meeste ‘af te schuiven’ en onder invloed van de betaling van smeergelden nemen de kopers niet het beste, maar een inferieur besluit.”*⁸³ Het is derhalve niet zozeer de omkoping op zichzelf die schadelijk is, maar de verkeerde economische beslissingen die daarvan het gevolg zijn. Er zijn nog andere kostencalculaties over negatieve

75 B. Smarzynska, S. Wei, 'Corruption and Composition of Foreign Direct Investment: Firm Level Evidence', *National Bureau of Economic Research* (7969) 2000.

76 Van Hulst (2011), p. 54 en geciteerd uit SMVP Nieuws, Stichting Maatschappij, Veiligheid en Justitie en Politie, nr. 14, nov. 1997, p. 4.

77 J. Lambsdorff, 'An Empirical Investigation of Bribery in International Trade', *European Journal of Development Research* (10) 1998, p. 40-59.

78 S. Gupta, H. Davoodi, R. Alonso-Therme, 'Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty?', *Governance, Corruption, & Economic Performance, International Monetary Fund, Publication Services* 2002, p. 458-486.

79 R. Barreto, 'Endogenous Corruption, Inequality and Growth, Econometric Evidence', *School of Economics Adelaide University* 2001.

80 R. Foellmi, M. Oechslin, 'Who Gains from Non-Collusive Corruption?', *Institute for Empirical Research in Economics, University of Zürich* (142) 2003.

81 H. Welsch, 'Corruption, Growth, and the Environment: a Cross-Country Analysis', *Environment and Development Economics* (9) 2004, p. 663-693.

82 S. Johnson, D. Kaufmann, A. Shleifer, 'The Unofficial Economy in Transition', *Brookings Papers on Economic Activity* (27) 1997, p. 159-239.

83 Van Hulst (2011), p. 53.

effecten van corruptie, maar de in deze paragraaf besproken voorbeelden tonen duidelijk de relevantie van de bestrijding van corruptie aan.

1.2 DEFINITIE CORRUPTIE

1.2.1 Corruptie in 'ruime' zin

Corruptie is als zodanig niet strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.⁸⁴ Volgens Smid is corruptie niet strafbaar gesteld omdat het een te ruim begrip is en daardoor niet goed bruikbaar is voor het strafrecht.⁸⁵

Op de website www.corruptie.org wordt corruptie als volgt omschreven: *"Corruptie is misbruik maken van toevertrouwde macht voor privaat gewin (dan dus niet alleen de macht verkregen door verkiezingen of door een ambtelijke benoeming, maar ook de macht van de bedrijfsdirecteur, de makelaar of notaris, de uitvoerder van werk op straat, de trainer van een sportteam, enzovoorts in een private relatie)."* Deze definitie wordt uitgebreid door te vermelden dat omkoping een vervuiling is in het beslissingsproces, waarbij een beslisser instemt af te wijken, of een afwijking vraagt van het criterium dat zijn of haar besluitvorming zou moeten bepalen, dit in ruil voor een beloning of de belofte of de verwachting van een beloning, terwijl deze motivatie die zijn of haar beslissing zou moeten beïnvloeden geen deel kan uitmaken van de rechtvaardiging van de beslissing.

In de Nederlandse literatuur worden veel verschillende definities van corruptie gegeven. Niettemin zijn er drie elementen die steeds terugkomen, namelijk omkoping, zelfverrijking en machtsbederf.⁸⁶ Omkoping wordt daarin beschouwd als corruptie in enge zin en zelfverrijking en machtsbederf als corruptie in ruime zin.⁸⁷ Om corruptie in enge zin te kunnen verklaren, is het van belang om eerst in te gaan op corruptie in ruime zin.

84 A.F.M. Dorresteyn, *Corruptie en privaatrecht*, Arnhem 1994, p. 18 en B.W.M. van der Lugt, 'Actieve en passieve ambtelijke omkoping', *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2003, p. 77.

85 G. Smid, *Omkoping bestraft? Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van (buitenlandse) omkoping*, WLP 2012, p. 2.

86 P.C. Pereira, *Omkoping van buitenlandse ambtenaren, Waarom wordt de Nederlandse rechtsmacht niet benut?*, Masterscriptie 30 september 2011, Sikkema (2005), p. 3 e.v., W.E.C.A. Valkenburg en A.A.G.J.M. de Weert (red.), *'Corruptie; verschijningsvormen, opsporing, bestrijding en voorkoming'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, D.P.C.M. Hellegers en J. van Dijk (red.), *'De praktijk van een preventief en repressief fraudebeleid'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

87 Sikkema (2005), p. 4.

Volgens Van der Lugt is *“corruptie nog ouder dan de weg naar Rome”*.⁸⁸ Corruptie is een probleem dat inherent is aan de menselijke drang om zich van oudsher te organiseren.⁸⁹ Waar organisatie is, is macht en waar macht is, is machtsmisbruik ten behoeve van het eigenbelang.⁹⁰ Corruptie onderscheidt zich van het begrip fraude, doordat er een win-win situatie voor beide betrokken partijen ontstaat.⁹¹

Onder de invloed van de globalisering zijn de onderlinge verschillen tussen culturen en economieën zichtbaarder geworden, waardoor het moeilijk is om een voor alle culturen geldende definitie van het begrip ‘corruptie’ te geven. Daarom is de invulling van het begrip ‘corruptie’ afhankelijk van culturele en economische verschillen; wat in het ene land als integer wordt beschouwd, wordt in het andere land als corruptie bestempeld. Anders gezegd: wat in de ene cultuur als een toegestane gift en een teken van wederzijds respect wordt beschouwd, beschouwt men in een andere cultuur als oneerlijke concurrentie en omkoping.⁹² In sommige culturen zijn persoonlijke giften een onderdeel van de zakelijke normen en waarden en geven ze blijk van respect en dankbaarheid of vertegenwoordigen deze een legitieme portie van het salaris (fooi).

Voorals in culturen waar ruilhandel nog relatief kort geleden een belangrijke component van de economie vormde, ziet men persoonlijke giften als een respectabele gewoonte.⁹³ Met betrekking tot de invulling van het begrip corruptie wordt er dan ook vaak een onderscheid gemaakt tussen ‘noord’ en ‘zuid’, waaruit blijkt dat het geven van giften of diensten in ‘armere’ zuidelijke landen gebruikelijker is dan in noordelijk gelegen, ‘rijkere’, westerse landen.⁹⁴

Ondanks de definitieproblematiek wordt hieronder een opsomming gegeven van definities van corruptie die cultuuroverschrijdend kunnen zijn. Transparency International houdt de volgende definitie van corruptie aan: *“misbruik van een toevertrouwde bevoegdheid voor persoonlijk gewin. Het schaadt een ieder wiens leven, levensonderhoud of geluk afhankelijk is*

88 B.W.M. van der Lugt, ‘Actieve en passieve ambtelijke omkoping’, *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2003, nr. 3, p. 77.

89 Pereira (2011), p. 4.

90 S. Rose-Ackerman, *‘Corruption and Government’*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, p. 2: ‘there is one human motivator that is both universal and central to explaining the divergent experiences of different countries. That motivator is self-interest, including an interest in the well-being of one’s family and peer group. Critics call it greed. Economists call it utility maximization’.

91 Zie Van Hulst (2011), p. 37. Bij fraude wint de ene partij, terwijl de andere, mogelijk onwetend, verliest.

92 S. Eicher, *‘Corruption in International Business’*, Gower Publishing Company, Burlington 2009, p. 6.

93 G. Davies, *‘A History of Money from Ancient Times to the Present Day’*, University of Wales Press, Cardiff 2002.

94 D. Pijl, ‘Corruptiebestrijding dient serieus genomen te worden’, in: W.E.C.A. Valkenburg, A.A.G.J.M. de Weert, *Corruptie*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 3.

van de integriteit van personen in een autoriteitspositie”⁹⁵ Eicher stelt dat “*corruption is a term that encompasses a wide variety of illicit behaviours. Some of these are illegal, and others are not. All could at least arguably be unethical*”⁹⁶ Het kan volgens Eicher een kwestie van ethiek zijn of een handeling als corrupt kan worden beschouwd.

Volgens Jansman is er sprake van corruptie als er misbruik wordt gemaakt van posities en kennis van functionarissen in zowel de publieke als de private sector met het doel daaruit persoonlijk voordeel te behalen.⁹⁷ Ook Blaauw en Munneke hebben oog voor dit persoonlijk voordeel als onderdeel van corruptie.⁹⁸ Roording en Dorresteyn hebben ook oog voor dit persoonlijk voordeel en opperen daarbij dat delicten als knevelarij (artikel 366 Sr), het laten ontsnappen van gedetineerden (artikel 367 Sr) en verduistering, al dan niet in dienstbetrekking gepleegd (artikel 321/322 Sr), ook als corruptie kunnen worden beschouwd.⁹⁹ Het persoonlijk gewin staat bij bovenstaande organisaties en auteurs voorop bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van corruptie. Het paraplubegrip ‘corruptie’ omvat derhalve veel meer handelingen dan alleen omkoping en hoeft volgens sommige auteurs zelfs niet strafbaar te zijn.

De culturele verschillen tussen landen hebben jarenlang een obstakel gevormd voor brede internationale samenwerking op het gebied van corruptie.¹⁰⁰ De laatste decennia is mede door de invloed van de globalisering en het daarmee samenhangende ontwrichtende effect van corruptie op overheden en bedrijven een stortvloed aan internationale verdragen en besluiten op het gebied van (anti)corruptie ontstaan. De verschillende cultureel bepaalde interpretaties van het begrip corruptie werken door in deze internationale regelgeving, waardoor de invulling van het begrip ‘corruptie’ een gecompliceerde aangelegenheid is bij zowel de implementatie als de toepassing van deze internationale regelgeving.

De reikwijdte van het begrip ‘corruptie’ heeft er volgens Smid voor gezorgd dat de verschillende verdragen en besluiten omtrent anticorruptie wel het fenomeen corruptie benoemen en het belang van de aanpak aankaarten, maar geen strafrechtelijke definitie van

95 Transparency International, zie bron: http://www.transparency.org/news_room/faq/corruption_faqs.

96 Eicher (2009), p. 4.

97 A.J.E. Jansman, ‘De bijdrage van de accountant aan het voorkomen en bestrijden van corruptie’, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 1995, nr. 1, p. 29-36.

98 J.A. Blaauw, ‘Een corrupte diener is de pest voor het hele korps’, *Justitiële Verkenningen* 1991, nr. 4, p. 35 en H.F. Munneke, ‘de begiftigde ambtsdragers buiten het strafrecht?’, *NJB* 1998, afl. 37, p. 1686-1687.

99 Roording (2002), p. 106-107 en Dorresteyn (1994), p. 18.

100 W. Sandholtz, W. Koetzle, ‘Accounting for Corruption: Economic Structure, Democratic Norms, and Trade’, *Center for the Study of Democracy* 1998.

het begrip corruptie geven.¹⁰¹ Dit zou ook ondoenlijk zijn in het kader van de hoeveelheid landen waarmee rekening moet worden gehouden. Internationale gouvernementele organisaties, zoals de Verenigde Naties, de Europese Unie en de Raad van Europa, hebben wel bepaalde specifieke gedragingen onder de noemer van het begrip 'corruptie' gebracht om dit fenomeen effectief te kunnen bestrijden. Een definitie van corruptie is in de verdragen en besluiten echter niet te vinden.

1.2.2 Corruptie in 'enge' zin

In de Nederlandse strafrechtelijke literatuur wordt onder corruptie meestal verstaan de delicten niet-ambtelijke en ambtelijke omkoping.¹⁰² Volgens het woordenboek Van Dale wordt onder omkoping verstaan het *“door geld, geschenken enz. laten afwijken van een zienswijze, partij, plicht”*.¹⁰³ Wertheim merkt op dat corruptie door de samenleving vooral wordt gezien in samenhang met de ambtenarij. *“Corrupt noemen wij een ambtenaar, die van particulieren giften aanvaardt, welke worden gedaan in de veronderstelling dat hij daardoor geneigd zal zijn aan de belangen van de gever bij zijn ambtsuitoefening bijzondere aandacht te schenken.”*¹⁰⁴ Brasz stelt een ruimere definitie van het begrip corruptie voor, waarbij ook het handelen van niet-ambtenaren wordt betrokken: *“Men doet alsof men nog volkomen loyaal is ten opzichte van de principaal, terwijl men in werkelijkheid uit is op het bevoordelen van zichzelf en/of derden.”*¹⁰⁵ Aldus schendt volgens Brasz de omgekochte het door de principaal in hem gestelde vertrouwen en maakt hij misbruik van zijn gezag en bevoegdheden.¹⁰⁶ Ruimschotel veronderstelt dat omkoping pas voorkomt als iemand zijn of haar positie binnen een organisatie misbruikt teneinde een voordeel aan zichzelf en/of aan een derde te verschaffen.¹⁰⁷ Hoetjes stelt, in tegenstelling tot Brasz, die uitgaat van het geschonden vertrouwen als essentieel kenmerk van omkoping, dat er meer aandacht aan de wederkerigheid van de handelingen in verband met omkoping moet worden besteed: *“Er is sprake van een transactie of ruilrelatie, van een quid pro quo. (...) Bij omkoping verplicht de omgekochte zich tot het verrichten of nalaten van een handeling als tegenprestatie voor de steekpenningen, immateriële gunsten, beloningen of toezeggingen.”*¹⁰⁸ Van den Heuvel en Huberts noemen drie kenmerken waar omkoping aan moet voldoen: *“een interne en externe*

101 Smid (2012), p. 4-5.

102 Roording (2002), p. 106-107 en H.A. Brasz, 'Enkele aantekeningen over de sociologie van de corruptie' in: W.F. Wertheim 1960.

103 Zie woordenboek Van Dale. Zie bron: www.vandale.nl.

104 W.F. Wertheim, 'Corruptie als sociologisch studieobject', in: W.F. Wertheim 1960, p. 6-7.

105 Brasz (1960), p. 42-45.

106 Idem.

107 D.Ruimschotel, 'Corruptie als combinatie van irreguliere bevoordelingen in faamverraad', *NJB* 1994, p. 1554-1555.

108 B.J.S. Hoetjes, *Corruptie bij de overheid*, 's-Gravenhage, 1982, p. 43-44.

*actor, een ruilverhouding tussen deze actoren en een oogmerk op een persoonlijk voordeel.*¹⁰⁹ Pijl voegt daaraan toe dat de handelingen van de omgekochte in strijd zijn met zijn of haar plicht of met het belang van de organisatie.¹¹⁰ Eveneens neemt Van Duyne in navolging van Hoetjes aan dat omkoping zich pas voordoet als een verboden en verborgen ruilverhouding tot stand is gekomen tussen de omkoper en de omgekochte.¹¹¹ Van de Bunt merkt daarbij op dat er sprake moet zijn van een heimelijke samenspanning tussen de omgekochte en de omkoper teneinde voordeel te behalen, waarbij de werkgever wordt benadeeld.¹¹²

De voorwaarde van de benadeling van de werkgever hoeft niet gesteld te worden, aangezien een omkoopsituatie niet hoeft uit te monden in een - al dan niet gepoogde - benadeling van de werkgever.¹¹³ Als voorbeeld kan worden aangehaald een casus waarin een malafide koppelbaas een inkoopmanager personeel van een onderneming omkoopt, waardoor de werkgever voordeel behaalt. Het personeel kan tegen lagere tarieven worden ingehuurd. De bevoordeling van de werkgever weegt op tegen de - niet in de prijs van dit ingehuurde personeel meegenomen - gift die de werkgever is misgelopen. Zonder deze gift had de koppelbaas aan de werkgever een minder hoge prijs voor de uitzendkrachten kunnen doorberekenen. De werkgever wordt aldus benadeeld, maar in zijn totaliteit bevoordeeld. Een ander voorbeeld is de situatie waarin een bijna failliete bouwonderneming als laatste redmiddel een inkoopmanager omkoopt om de opdracht te verkrijgen, terwijl de verkoopprijs van de opdracht ver onder de marktprijs ligt.¹¹⁴ De onderneming wil immers blijven voortbestaan. De werkgever wordt, als de gift aan de inkoopmanager niet al te hoog is, in zijn totaliteit bevoordeeld. Het is daarom ook goed dat de wetgever geen bestanddeel in de vorm van een benadeling van de werkgever in het niet-ambtelijke omkopingsartikel heeft opgenomen.

109 J.H.J. van den Heuvel, L.W.J.C. Huberts, S. Verberk, *Integriteit in drieboud*, Utrecht: Lemma BV1999, p. 20.

110 Pijl (1998), p. 66.

111 P.C. Van Duyne, 'Corruptie, bestuur en georganiseerde misdaad', in W.E.C.A. Valkenburg, A.A.G.J.M. de Weert (red.), *Corruptie*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 34.

112 H.G. van de Bunt, 'Het bederf komt van binnenuit', *NJB* 1994, p. 1576 en H.G. van de Bunt, 'Corruptie straf en code', *Maandblad voor accountancy en Bedrijfseconomie* 1995, p. 7.

113 Het kan voorkomen dat een bijna failliete onderaannemer smeekt om een laatste opdracht tegen een zeer lage vergoeding en daarbij een inkoopmanager omkoopt. Zie ook Hof 's-Gravenhage 21 september 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB5890 waarin is bepaald dat een - geen directe financiële benadeling voor de werkgever - geen reden is tot het niet verlenen van een ontslag op staande voet in verband met een niet-ambtelijk omkopingsgeval.

114 Idem.

1.3 AFBAKENING EN ONDERZOEKSVRAAG

De nadruk wordt in dit proefschrift gelegd op de *wetssystematieke aspecten* van omkoping en niet op de motieven die ten grondslag liggen aan het handelen van personen die zich schuldig maken aan financieel-economische criminaliteit. Voor geïnteresseerden in de criminologische achtergrond van dit soort criminaliteit wordt verwezen naar bijvoorbeeld de studie 'Bestuurlijke rapportage vastgoedfraudezaak 'Klimop''¹¹⁵, die is uitgevoerd door de Erasmus School of Law, sectie Criminologie. In deze bestuurlijke rapportage worden de mogelijke oorzaken en achtergronden van de vastgoedfraudezaak besproken. Voor een algemene nationale en internationale maatschappelijke beschouwing van het fenomeen corruptie kan de belangstellende lezer terecht bij het werk van Van Hulten.¹¹⁶

Verder wordt in de komende hoofdstukken vooral aandacht besteed aan *niet-ambtelijke omkoping* in de zin van het Wetboek van Strafrecht, aangezien over dit delict op juridisch-strafrechtelijk terrein weinig bekend is, terwijl men zowel in maatschappelijk opzicht als op gerechtelijk niveau de laatste jaren steeds meer met deze strafbare gedraging van doen heeft. Het laatste juridische strafrechtelijke proefschrift over private steekpenningen dateert uit 1925. In dit proefschrift pleitte L. Salomonson voor een strafbaarstelling van private omkoping.¹¹⁷ In 1967 is uiteindelijk de gedraging niet-ambtelijke omkoping strafbaar gesteld in artikel 328ter Sr. In 1987 constateerde De Roos in zijn proefschrift over onder andere de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping dat het artikel tot op dat moment zelden werd toegepast.¹¹⁸ Tonino merkte vervolgens op dat het artikel tot het einde van de vorige eeuw weinig werd gebruikt, maar dat er in de periode 1999-2009 juist erg vaak een beroep op dit artikel is gedaan.¹¹⁹

Men kan zich afvragen of dit artikel na zijn slapende bestaan in zijn huidige 'ontwaakte' vorm nog wel geschikt is voor de vervolging en bestraffing van niet-ambtelijke omkoping. Welke knelpunten zitten er in de huidige wet- en regelgeving en hoe kunnen we deze ondervangen? Gezien de eerder besproken negatieve economische effecten van corruptie en het huidige politieke klimaat, met als uitvloeisel de Wet financieel-economische criminaliteit, waarin een aanpassing van artikel 328ter Sr per 1 januari 2015 is ingevoerd, is dit onderwerp uitermate interessant om te onderzoeken. Op deze wijze kan dit proefschrift bijdragen aan de maatschappelijke en juridische kennisbehoefte met betrekking tot het

115 Erasmus School of Law, sectie Criminologie, *Bestuurlijke rapportage vastgoedfraudezaak 'Klimop'*, Utrecht: Verwey-jonkers Instituut 2012.

116 Van Hulten (2011).

117 L. Salomonson, *Steekpenningen*, (diss. Leiden), Leiden: Vilders 1925, p. 8-9.

118 De Roos analyseert in zijn proefschrift op dertien pagina's het niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr. Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 130.

119 Tonino (2009), p. 23, zie verder paragraaf 3.1 en bijlage 6 t/m 8 voor cijfermatige onderbouwing.

fenomeen niet-ambtelijke omkoping. Het wordt tijd dat dit onderwerp zorgvuldig wordt uitgeplozen.

Aldus heeft de toegenomen maatschappelijke en gerechtelijke belangstelling voor het 'in het duister afspelende' delict niet-ambtelijke omkoping en corruptie in het algemeen, de economische negatieve effecten van omkoping en het wetsvoorstel financieel-economische criminaliteit aan de basis gestaan van de volgende onderzoeksvraag.

Hoe kan naar aanleiding van een juridische analyse van het voormalige en huidige Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel, de nationaal en internationaal vergelijkbare strafbaarstelling(en) en de van toepassing zijnde internationale verdragen en kaderbesluiten, de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving worden aangepast teneinde niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen?

1.4 DEELVRAGEN EN ONDERZOEKSPLAN

Een antwoord op de bovenstaande onderzoeksvraag wordt gegeven aan de hand van de volgende deelvragen:

- Welke internationale verdragen en kaderbesluiten zijn van toepassing op het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel (artikel 328ter Sr), hoe worden deze internationale regelingen vormgegeven en op welke wijze worden deze regelingen gemonitord?
- Wat waren de aanleidingen en beweegredenen van de wetgever om de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in te voeren, hoe heeft deze strafbaarstelling zich sinds haar ontstaan ontwikkeld en wat is momenteel de inhoud van deze wettelijke bepaling?
- Hoe heeft daarbij het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever' zich in de wetsgeschiedenis ontwikkeld en hoe wordt dit bestanddeel in de huidige literatuur, jurisprudentie en onder de internationale regelingen vormgegeven?
- Op welke wijze zijn het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel en enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsartikelen door de internationale gouvernementele organisaties¹²⁰ geëvalueerd en welke aanbevelingen zijn daarbij gegeven?

¹²⁰ Raad van Europa, Europese Unie, Verenigde Naties.

- Hoe verhouden de huidige niet-ambtelijke en ambtelijke omkopingsartikelen zich tot elkaar en in welke opzichten verschillen ze van elkaar? Welke aspecten zijn daarbij relevant voor een eventuele wijziging van de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping?
- Zijn er aan de hand van de evaluaties van enkele voorstellen aanbevelingen aan de wetgever te doen teneinde niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen?

In hoofdstuk 2 worden de door Nederland getekende internationale verdragen en kaderbesluiten in verband met het delict *niet-ambtelijke omkoping*¹²¹ descriptief toegelicht en besproken. Ook wordt ingegaan op de eisen die deze internationale instrumenten stellen aan de Nederlandse regelgeving omtrent niet-ambtelijke omkoping en op de wijze waarop intergouvernementele organisaties toezicht houden op deze regelgeving. Het primaire onderzoeksdoel van de hoofdstukken 2, 3 en 4 is om vast te stellen of - en zo ja, in hoeverre - de Nederlandse strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping - met daarbij in ogenschouw genomen de inwerking getreden wet per 1 januari 2015 - aansluit bij de internationale niet-ambtelijke omkopingsstandaarden. Deze kennis is van belang voor de onderzoeksvraag, omdat de mate waarin de Nederlandse wetgeving voldoet aan de internationale wetgeving een van indicatoren is van de kwaliteit van die wetgeving. Om deze vraag te beantwoorden, wordt eerst in hoofdstuk 2 een stevig fundament gelegd voor een verdere analyse van het niet-ambtelijke omkopingsartikel. Dit fundament heeft de vorm van een beschrijvende uiteenzetting van de toepasselijke internationale wet- en regelgeving op het gebied van niet-ambtelijke omkoping.

Daarna wordt in hoofdstuk 3 het omkopingsartikel 328ter Sr met al zijn bestanddelen behandeld om een uitvoerig beeld te geven van de Nederlandse wet- en regelgeving inzake niet-ambtelijke omkoping. Daarbij wordt in dit hoofdstuk specifiek ingegaan op het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever'.

In hoofdstuk 4 worden de evaluaties van Nederland door de Europese Commissie en de Raad van Europa behandeld, aangezien inhoudelijke kennis van artikel 328ter Sr noodzakelijk is om de evaluaties en de aanbevelingen van deze internationale gouvernementele organisaties te kunnen begrijpen.

121 Zie voor eenzelfde internationale uiteenzetting/structuur voor het delict ambtelijke omkoping, G. Smid, *Omkoping bestraft? Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van (buitenlandse) omkoping*, WLP 2012, p. 11-149.

Daarna wordt in hoofdstuk 5 geanalyseerd hoe de huidige niet-ambtelijke en ambtelijke omkopingsartikelen zich tot elkaar verhouden en in welke opzichten deze artikelen van elkaar verschillen. Om het betoog overzichtelijk te houden en om analyse en toetsing gescheiden te houden, is ervoor gekozen de Nederlandse situatie in twee hoofdstukken te beschrijven. Het onderzoeksdoel van hoofdstuk 5 is onder andere om vast te stellen in hoeverre het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel past bij de vergelijkbare ambtelijke omkopingsartikelen in de Nederlandse wet. Eveneens kunnen de formuleringen van de ambtelijke omkopingsbepalingen wellicht de tekortkomingen in het huidige niet-ambtelijke omkopingsartikel ondervangen.

Vervolgens worden in hoofdstuk 6, na een evaluatie van verschillende voorstellen, aanbevelingen gedaan die kunnen leiden tot een betere formulering van niet-ambtelijke omkoping, met daarbij in ogenschouw genomen de op 1 januari 2015 ingevoerde wet.

In hoofdstuk 7 wordt een algemene conclusie geformuleerd en wordt daarin een antwoord op de onderzoeksvraag gegeven.

Ten slotte volgt in hoofdstuk 8 een samenvatting.

Dit manuscript is gesloten op 1 januari 2015.

Hoofdstuk 2

Internationale regelingen met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de internationale verdragen en kaderbesluiten over niet-ambtelijke omkoping beschreven. Daarbij wordt ingegaan op de eisen die deze internationale instrumenten stellen aan de Nederlandse regelgeving en op de manier waarop de Raad van Europa, de Europese Unie en de Verenigde Naties op deze regelgeving toezicht houden. Het doel is om een volledige beschrijving te geven van de voor Nederland toepasselijke internationale wet- en regelgeving op het gebied van niet-ambtelijke omkoping. Hiermee wordt een fundament gelegd voor de analyse van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel in de vervolghoofdstukken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 DE RAAD VAN EUROPA

2.2.1 Achtergrond

De Raad van Europa is op 5 mei 1949 opgericht en heeft als primaire doelstelling de democratie, de rechtsstaat en de mensenrechten te beschermen. In de Raad zijn thans 47 landen met in totaal ruim 800 miljoen inwoners vertegenwoordigd. Het bereik en het draagvlak van wet- en regelgeving is dus groot. Het doel van de Raad is verwoord in artikel 1 onder a van het Statuut van de Raad van Europa: *“het bevorderen van een grotere eenheid tussen zijn leden, teneinde aldus de idealen en beginselen, welke hun gemeenschappelijk erfdeel zijn, veilig te stellen en te verwezenlijken en hun economische en sociale vooruitgang te bevorderen.”*¹²²

In 1981 heeft de Raad van Europa zich voor het eerst ingezet voor het bestrijden van corruptie. De Raad nam toen een aanbeveling van het Comité van Ministers aan.^{123,124} Deze aanbeveling had als doel economische delicten te bestrijden met behulp van een lijst met strafbare bepalingen opdat oneerlijke concurrentie zou worden vermeden. In 1994 besloten de Ministers van Justitie van de aangesloten landen dat corruptie op internationaal niveau en in samenhang met andere rechtsdisciplines bestreden dient te worden, aangezien corruptie een gevaar vormt voor de democratie, de rechtsstaat en de mensenrechten.¹²⁵ Het Comité van Ministers riep daarom de Multidisciplinary Group on Corruption (GMC) in het leven.¹²⁶

122 Stb. 1949, J 341.

123 Hoogste wetgevingsorgaan van de Raad van Europa.

124 G. Smid, *Omkoping bestraft? Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van (buitenlandse) omkoping*, WLP 2012, p. 44.

125 19the Conference of European Ministers of Justice, 14 -15 juni 1994, Valleta (Malta).

126 Zie G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National en Supranational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003, p. 568.

Na een algemene multidisciplinaire analyse van de GMC in het Actieprogramma tegen corruptie¹²⁷, waarin geen strafrechtelijke, wetstechnische aanbevelingen werden gedaan, nam het Comité van Ministers op 6 november 1997 op initiatief van het GMC twintig leidende beginselen voor de bestrijding van corruptie aan.¹²⁸ In deze resolutie werd wederom benadrukt dat de aanpak van corruptie een multidisciplinaire globale aanpak vergt en dat de bestrijding van corruptie essentieel is: corruptie is een serieuze bedreiging voor de basisprincipes en waarden van de Raad van Europa, ondermijnt het vertrouwen in de democratie, erodeert de rechtsstaat en belemmert sociale en economische ontwikkeling.¹²⁹ De resolutie bleef echter algemeen en open. Zo beval het comité aan dat er effectieve, gecoördineerde en specifieke maatregelen moesten worden genomen ter bestrijding van corruptie, dat de aangesloten landen meer financiële middelen moesten inzetten om strafrechtelijk en wetenschappelijk onderzoek te kunnen doen en dat opsporingsbeambten beter moesten worden getraind om hun taken met betrekking tot corruptie effectiever te kunnen uitvoeren. Op 27 januari 1999, achttien jaar na het aannemen van deze aanbeveling uit 1981, ging het GMC voor het eerst verder door het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie aan de lidstaten voor te leggen.¹³⁰ Dit verdrag is voor Nederland in werking getreden op 1 augustus 2002.¹³¹ Het bijbehorende protocol is op 1 maart 2006 in werking getreden.¹³²

2.2.2 Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie

2.2.2.1 Doel en achtergrond

Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie¹³³ (hierna: RvE-Corruptieverdrag), voorgesteld door de GMC in 1999 en voor Nederland in werking getreden op 1 augustus 2002, heeft als belangrijkste doelstelling het vertrouwen van de burgers in de democratie, de rechtsstaat en het behoorlijk bestuur te waarborgen.¹³⁴

127 Multidisciplinary Group on Corruption (GMC) (96) 95, *Programme of Action against Corruption (PAC)*, overgenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003, p. 569.

128 Resolutie (97) 24 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (6 november 1997), *on the twenty guiding principles for the fight against corruption*. Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003, p. 569 en 572.

129 Idem, zie aanhef Resolutie (97) 24.

130 Criminal Law Convention on Corruption (CETS No, 173) en in de Nederlandse wetgeving vastgelegd in *Trb.* 2000, 130.

131 *Trb.* 2002, 109.

132 *Kamerstukken I/II* 2004/05, 30 156 (R 1791), nr. 1-2.

133 Zie bijlage 3.

134 Zie aanhef *Trb.* 2000, 130: 'onderstrepd dat corruptie een bedreiging vormt voor de rechtsstaat, de democratie en de rechten van de mens, de principes van behoorlijk bestuur, billijkheid en sociale rechtvaardigheid ondermijnt, concurrentie vervalst, economische ontwikkeling belemmert en de stabiliteit van democratische instellingen en de zedelijke grondslagen van de maatschappij in gevaar brengt'.

Dit kan volgens de lidstaten mede worden bereikt door bijvoorbeeld een nauwere, snellere en beter functionerende internationale samenwerking in strafzaken met betrekking tot corruptie, door bepalingen over corruptie te harmoniseren en door de samenwerking bij de vervolging van strafbare feiten op het gebied van corruptie te versterken.¹³⁵ De bepalingen van dit verdrag zijn in beginsel dwingend van aard, tenzij lidstaten op grond van de artikelen 36 en 37 van het RvE-Corruptieverdrag een voorbehoud hebben gemaakt.¹³⁶ Voor de bepalingen van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping kan op grond van artikel 37 lid 1 RvE-Corruptieverdrag een voorbehoud worden gemaakt. Nederland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

2.2.2.2 Bepalingen

2.2.2.2.1 Actieve en passieve omkoping in de particuliere sector

In de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag¹³⁷ worden de bepalingen van actieve en passieve omkoping in de particuliere sector weergegeven. Op deze wijze wordt een volledig beeld gegeven van de inbedding van het niet-ambtelijke omkopingsartikel in het RvE-Corruptieverdrag. De Nederlandse vertalingen zijn opgenomen in bijlage 3.

Artikel 7

Active bribery in the private sector

“Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties.”

Artikel 8

Passive bribery in the private sector

“Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties.”

135 Zie aanhef *Trb.* 2000, 130.

136 Op grond van artikel 38 RvE-Corruptieverdrag zijn de verklaringen, bedoeld in artikel 36 RvE-Corruptieverdrag, en de voorbehouden in artikel 37 RvE-Corruptieverdrag, drie jaar geldig gerekend vanaf de eerste dag van de inwerkingtreding van dit Verdrag ten aanzien van de betrokken Staat. De verklaringen en voorbehouden kunnen evenwel worden verlengd met tijdvakken van dezelfde duur.

137 Het verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130. (authentieke versie)

2

Allereerst wordt in deze paragraaf ingegaan op een aantal motieven die aan de basis hebben gestaan voor het opnemen van de bepaling over niet-ambtelijke omkoping in het RvE-Corruptieverdrag. De GMC merkte ten eerste op dat de problematiek inzake corruptie in de particuliere sector in de vorige eeuw is ondervangen door civiele en arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving, waardoor het opnemen van een bepaling van niet-ambtelijke omkoping een strafrechtelijke aanvulling kan zijn in het geval deze wet- en regelgeving niet kan worden toegepast of onvoldoende afschrikwekkend werkt.¹³⁸ De bepaling van niet-ambtelijke omkoping is ten tweede noodzakelijk, aangezien corruptie schade toebrengt aan vertrouwen en loyaliteit, twee zaken die juist nodig zijn voor de ontwikkeling van sociale en economische relaties. Als derde aandachtspunt wordt opgemerkt dat niet-ambtelijke omkoping schade kan toebrengen aan de gehele gemeenschap, waardoor het contrast tussen het wel strafbaar stellen van ambtelijke omkoping en het niet strafbaar stellen van niet-ambtelijke omkoping niet (meer) uit te leggen is. De bepaling van niet-ambtelijke omkoping is ten vierde noodzakelijk in verband met het waarborgen van de eerlijke concurrentie. Als vijfde aandachtspunt wordt genoemd dat de bepaling essentieel is in verband met de grootschalige privatiseringsgolf van overheidsbedrijven, waardoor publieke belangen tegenwoordig eveneens kunnen worden vertegenwoordigd door private partijen.

In de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag is strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping beperkt blijft tot bedrijfsactiviteiten om het delict af te bakenen van ambtelijke omkoping in de publieke sector. Het bestanddeel 'bedrijfsactiviteit' dient volgens het GMC echter ruim te worden geïnterpreteerd: *"it means any kind of commercial activity, in particular trading in goods and delivering services, including services to the public (transport, telecommunication etc.)"*¹³⁹ Daarnaast vallen niet op winst gerichte personen en organisaties niet onder de strafbaarstelling.¹⁴⁰ De reden om het bestanddeel 'bedrijfsactiviteit' op te nemen was volgens het GMC dat daarmee de focus kwam te liggen op de meest vervuilde sector, het bedrijfsleven.¹⁴¹

138 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 53. Zie ook de Nederlandse toelichting op dit verdrag *Kamerstukken II 2000/01, 27 509 (R1671)*, nr. 3, p. 16-17. Een juridische analyse van het bestaan van civielrechtelijke en/of arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving inzake niet-ambtelijke omkoping voor de Nederlandse situatie en de vraag of een strafrechtelijke bepaling noodzakelijk is dan wel complementair dient te zijn wordt verder in paragraaf 6.3.6 behandeld.

139 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 53. Zie ook de Nederlandse toelichting op dit verdrag *Kamerstukken II 2000/01, 27 509 (R1671)*, nr. 3, p. 16-17.

140 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 53.

141 Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 579: 'The scope of private bribery is restricted tot the business area. Only in business relations is bribery an offence.'

Het GMC merkt vervolgens op dat niets de lidstaten kan verhinderen dit bestanddeel niet op te nemen in hun strafwetgeving, waardoor de strafwetgeving in hun bereik door de lidstaten zelfstandig kan worden verruimd. Op deze manier kunnen ook entiteiten zonder winstoogmerk onder de strafbepaling vallen. De reikwijdte van het werknemerschap is zeer ruim: *“it covers the employer-employee relationship but also other types of relationships such as partners, lawyer and client and others in which there is no contract of employment”*.¹⁴²

Het GMC constateert dat private bedrijven steeds vaker gedragscodes opstellen om de gewoontes tussen werknemers en werkgevers vast te leggen. Het Explanatory Report stelt expliciet vast dat het bestanddeel *“in breach of their duties does not aim only at ensuring respect for specific contractual obligations but rather to guarantee that there will be no breach of the general duty of loyalty in relation to the principal's affairs or business”*.¹⁴³

Het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ heeft volgens G. Heine, B. Huber en T. Rose, die zich baseren op het rapport van de GMC, een ruime reikwijdte en heeft niet alleen betrekking op het handelen in strijd met contractuele overeenkomsten tussen werkgever en werknemer. Ook de algemene vertrouwensrelatie tussen beide partijen valt onder dit bestanddeel.¹⁴⁴

Het bestanddeel kan volgens hen worden ingevuld in samenhang met de nationale wetgeving van de lidstaten en de professionele beroepsregels en -instructies die van toepassing zijn in de sector.¹⁴⁵ De GMC voegt daaraan toe dat het strijdig handelen met de plicht ook kan worden gevonden in de geheimhouding van de gift of belofte van de werknemer jegens de werkgever: *“the notion of ‘breach of duty’ can also be linked to that of ‘secrecy’, that is the acceptance of the gift to the detriment of the employer or principal and without obtaining his authorisation or approval.”*¹⁴⁶ *“It is the secrecy of the benefit rather than the benefit itself that is the essence of the offence.”* *“Such a secret behaviour threatens the interests of the private sector entity and makes it dangerous.”*¹⁴⁷ *“The secrecy under which the undue benefit is agreed upon or accepted causes the offence to be a grave threat to the principal's interests.”*¹⁴⁸

142 Ibid, paragraaf 54. Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 582.

143 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 55. Zie ook Nederlandse toelichting op dit verdrag *Kamerstukken II 2000/01, 27 509 (R1671)*, nr. 3, p. 16-17.

144 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 577.

145 Ibid, p. 580.

146 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 53.

147 Idem.

148 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 579.

Het RvE-Corruptieverdrag noemt, in tegenstelling tot de Nederlandse corruptiebepalingen, niet specifiek bepaalde omkopingsmiddelen, bijvoorbeeld giften, diensten of beloftes, maar hanteert de term 'voordeel'. Het voordeel kan materieel en immaterieel van aard zijn: *"Such advantages may consist in, for instance, money, holidays, loans, food and drink, a case handled within a swifter time, better career prospects, etc."*¹⁴⁹ Dit impliceert dat de omgekochte persoon direct of indirect in een betere positie is gebracht.¹⁵⁰ Het bestanddeel 'undue' wordt volgens het Explanatory Report geïnterpreteerd als *"something that the recipient is not lawfully entitled to accept or receive"*.¹⁵¹ Het bestanddeel 'onverschuldigd voordeel' in de Nederlandse vertaling van het RvE-Corruptieverdrag is daarom in dit verband een ongelukkige vertaling van 'undue advantage', aangezien 'onverschuldigd' ieder voordeel om niet kan zijn, terwijl de uitleg in het Explanatory Report uitgaat van *"not lawfully entitled to accept or receive"*. Daarbij heeft het GMC het bestanddeel 'undue' opgenomen om voordelen die toegestaan zijn bij de wet of volgens administratieve regels en sociaal geaccepteerde giften van een (lage) waarde uit te sluiten van strafbaarheid.¹⁵² De term 'niet-gerechvaardigd' is in die zin dan uiteindelijk een betere vertaling om in de Nederlandse vertaling van het RvE-Corruptieverdrag gebruikelijke giften, diensten of beloften uit te sluiten van strafbaarheid.

De artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag geven daarnaast aan dat de gedraging opzettelijk gepleegd moet zijn; dit wil zeggen dat de omgekochte en de omkoper willens en wetens moeten hebben gehandeld.

Daarbij is het verrassend - in tegenstelling tot het Nederlandse omkopingsartikel 328ter Sr - dat omkoping achteraf niet in de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag wordt genoemd. Het artikel spreekt immers over *"for them to act, or refrain from acting"* en niet over bijvoorbeeld *'indien hij een handeling (naar aanleiding van een onverschuldigd voordeel) had verricht of naliet te verrichten'*. Deze vergissing in het RvE-Corruptieverdrag is waarschijnlijk niet met opzet gemaakt, waardoor omkoping achteraf eveneens strafbaar is. Op deze wijze zou immers al te gemakkelijk de wetgeving kunnen worden omzeild door het onverschuldigd voordeel na de tegenprestatie aan te nemen of te verlenen.

149 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 57: 'Such advantages may consist in, for instance, money, holidays, loans, food and drink, a case handled within a swifter time, better career prospects, etc'.

150 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 578.

151 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 38.

152 Idem. Het bestanddeel 'onverschuldigd voordeel' is in dit verband een verkeerde vertaling van de Engelse term 'undue advantage', aangezien 'onverschuldigd' een ieder voordeel om niet weergeeft. Daarentegen is het opnemen van de term niet-gerechvaardigd een betere vertaling teneinde gebruikelijke giften, diensten of beloften uit te sluiten van strafbaarheid. Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 579: 'Thus, there is a bottom-line under which advantages would not contravene the law'.

2.2.2.2.2 Ongeoorloofde beïnvloeding

Lidstaten dienen volgens de Raad van Europa tevens te overwegen¹⁵³ om 'ongeoorloofde beïnvloeding' strafbaar te stellen in hun nationale wetgeving. In artikel 12 RvE-Corruptieverdrag wordt gesproken van 'ongeoorloofde beïnvloeding' ('trading in influence'). Het is van belang artikel 12 RvE-Corruptieverdrag te evalueren, aangezien deze bepaling 'fris' en 'nieuw' is en wellicht voor alternatieven naast de bepaling van omkoping in de particuliere sector van belang kan zijn. Voor de Nederlandse vertaling wordt verwezen naar bijlage 3.

Artikel 12

Trading in influence

"Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result."

In de artikelsgewijze toelichting van het RvE-Corruptieverdrag staat dat artikel 12 RvE-Corruptieverdrag de lidstaten opdraagt om te overwegen om straffen op te leggen voor het beloven, geven of aanbieden van onverschuldigde voordelen aan personen die beweren of bevestigen dat zij in staat zijn om ongeoorloofde invloed uit te oefenen op de besluitvorming van nationale of internationale ambtenaren.¹⁵⁴ Eveneens kan strafbaar worden gesteld het vragen, ontvangen of aanvaarden van onverschuldigde voordelen.

Het doel van deze bepaling is de kring rond een ambtenaar te bereiken die door middel van corrupt gedrag invloed meent te kunnen uitoefenen op de beslissingen van deze ambtenaar.¹⁵⁵ Dit corrupte gedrag bestaat dan volgens Smid uit het 'te koop' aanbieden van die vermeende invloed.¹⁵⁶ Op deze wijze wordt volgens het GMC getracht om 'background corruption' te bestrijden.¹⁵⁷ De formulering van actieve en passieve ongeoorloofde

153 De bepalingen uit het RvE-Corruptieverdrag zijn veelal 'soft law', waardoor lidstaten moeten overwegen deze bepalingen in hun nationale wetgeving strafbaar te stellen. Deze bepalingen zijn derhalve niet juridisch bindend voor de lidstaten.

154 *Kamerstukken II 2000/01, 27 509-(R1671), nr. 32.*

155 Smid (2012), p. 128.

156 Idem.

157 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), Explanatory Report (1 december 2009), paragraaf 64.

beïnvloeding hangt niet af van de invloed die daadwerkelijk is uitgeoefend op de beslisser¹⁵⁸ en ook niet van de mate waarin de veronderstelde invloed leidt tot het beoogde resultaat. Diegene die uiteindelijk de beslissing heeft genomen, valt niet onder de huidige formulering. Ook is het voor de formulering niet relevant of de 'beslisser' op de hoogte was van de onderlinge afspraak tussen de betrokkenen. Indien de gift is ontvangen door bijvoorbeeld de partner van de minister, de minister hiervan op de hoogte was en de gift in het gemeenschappelijk vermogen belandt, dan kan er onder omstandigheden sprake zijn van indirecte ambtelijke omkoping door de omkoper en de beslisser met de partner als tussenpersoon. De partner kan dan worden aangesproken als deelnemer aan indirecte passieve ambtelijke omkoping. Zij heeft immers de gift aangenomen. Op deze wijze kan een samenloop ontstaan tussen deelneming aan indirecte passieve ambtelijke omkoping en passieve ongeoorloofde beïnvloeding van de partner en actieve (indirecte) ambtelijke omkoping en actieve ongeoorloofde beïnvloeding voor de omkoper. De bepaling van directe passieve niet-ambtelijke omkoping is voor de partner niet van toepassing, aangezien de partner van de minister niet is omgekocht 'zijnde in dienstbetrekking' en dit niet heeft 'verzwegen in strijd met de goede trouw' jegens haar werkgever.

Nederland heeft op grond van artikel 37 lid 1 RvE-Corruptieverdrag wel een voorbehoud met betrekking tot artikel 12 RvE-Corruptieverdrag gemaakt. Dit artikel biedt namelijk geen duidelijkheid over welke manieren van het uitoefenen van invloed als ongeoorloofd moeten worden beschouwd.¹⁵⁹ Eveneens zijn volgens de regering in het Nederlands strafrecht weinig aanknopingspunten te vinden voor zo'n brede bepaling als in dit artikel is gegeven.¹⁶⁰ De centrale delictsbestanddelen in de Nederlandse strafbaarstellingen van actieve en passieve private en ambtelijke omkoping zijn *"het verzwijgen in strijd met de goede trouw"* en *"het handelen in strijd met zijn plicht"*, terwijl artikel 12 RvE-Corruptieverdrag aansluit op de begunstiging van diegenen die verzekeren invloed te kunnen uitoefenen op het ambtelijk handelen van een ander.¹⁶¹ De wetgever stelt vast dat enige aantasting van een beschermd rechtsbelang, zoals de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever of de integriteit van het bestuurlijk apparaat ten aanzien van deze bepaling niet is vereist.¹⁶² Bovendien is volgens de regering de strafbare reikwijdte van het begunstigen van diegenen die verzekeren invloed te hebben op het ambtelijke handelen van een ander te ruim omschreven, omdat bijvoorbeeld vormen van lobbyen dan ongeoorloofd kunnen zijn. De bepaling over ongeoorloofde beïnvloeding is derhalve volgens de regering overbodig, aangezien de huidige strafbaarstellingen inzake ambtelijke omkoping voldoende voorzien

158 De ambtenaar dan wel de overheidsfunctionaris die uiteindelijk beïnvloed is.

159 *Kamerstukken II 2000/01, 27 509-(R1671), nr. 32.*

160 *Idem.*

161 *Idem.*

162 *Idem.*

in een adequate bescherming tegen ongeoorloofde en daadwerkelijke beïnvloeding van het ambtelijk apparaat.

Een niet-ambtelijk omkopingsartikel waarin het handelen van personen binnen de kring van de omgekochte en de omkoper strafbaar wordt gesteld, is ook niet te rechtvaardigen, aangezien de strafbepaling dan de bestaande strafrechtelijke mogelijkheden aanzienlijk en op arbitraire wijze verruimt. Het is immers niet duidelijk wanneer iemand precies invloed heeft. Is dat bij een 70%-aandeelhouder of een 30%-aandeelhouder van de onderneming? Het feit dat bijvoorbeeld een 70%-aandeelhouder van de onderneming invloed kan uitoefenen op de werknemer (de omkoper) maakt nog steeds dat deze omkoper strafbaar is en derhalve bestand moet zijn tegen deze druk. In de situatie dat een 70%-aandeelhouder van de onderneming invloed uitoefent op de omgekochte om wellicht de overige 30% aandeelhouders te benadelen, maakt ook nog steeds dat deze omgekochte strafbaar is. De omgekochte zal eveneens - hoe moeilijk het ook kan zijn - tegen deze druk bestand moeten zijn: een strafbaar feit blijft immers een strafbaar feit. Het is daarom niet aan te raden om een dergelijke strafbaarstelling als aanvulling op het niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr op te nemen.

2.2.2.3 Sancties

In artikel 19 lid 1 RvE-Corruptieverdrag staan de sancties en maatregelen ten aanzien van de artikelen 2 tot en met 14 RvE-Corruptieverdrag. De volledige Nederlandse vertaling is te vinden in bijlage 3.

“1. Having regard to the serious nature of the criminal offences established in accordance with this Convention, each Party shall provide, in respect of those criminal offences established in accordance with Articles 2 to 14, effective, proportionate and dissuasive sanctions and measures, including, when committed by natural persons, penalties involving deprivation of liberty which can give rise to extradition.”

In artikel 19 van het RvE-Corruptieverdrag staat dat de sancties van de lidstaten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend¹⁶³ moeten zijn en dat, indien zij zijn gepleegd door natuurlijke personen, de maximale sanctie zwaar genoeg moet zijn om tot uitlevering te kunnen komen. Op grond van artikel 5 lid 1 sub b Uitleveringswet kan Nederland een verdachte uitleveren als een vrijheidsstraf van een jaar of langer voor het feit kan worden opgelegd. Op dit moment staat voor het delict niet-ambtelijke omkoping een vrijheidsstraf van maximaal vier jaar, waardoor Nederland zich aan artikel 19 lid 1 RvE-Corruptieverdrag

¹⁶³ De bestanddelen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn overgenomen uit het ‘Griekse-mais-arrest’ uit 1989. HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965.

houdt. De sancties kunnen ook van niet-strafrechtelijke aard zijn, maar daar gaat het Explanatory Report verder niet op in.¹⁶⁴

2.2.3 Monitoring

2.2.3.1 GRECO

De monitoring en handhaving van het RvE-Corruptieverdrag is in handen van het instituut Groupe d'Etats contre la Corruption (Groep van Staten tegen Corruptie, hierna: GRECO), dat op 1 mei 1999 is opgericht.¹⁶⁵ Nederland trad op 18 december 2001 tot GRECO toe¹⁶⁶ en is tot dusver vier keer door dit instituut geëvalueerd.¹⁶⁷ GRECO kreeg als primaire taak het monitoren en handhaven van de inachtneming van de lidstaten van de twintig beginselen voor de bestrijding van corruptie.¹⁶⁸ Daarnaast kreeg GRECO de taak het RvE-Corruptieverdrag te monitoren. Daarbij maakt GRECO gebruik van een statuut (hierna: GRECO-statuut)¹⁶⁹ en de bijbehorende nadere uitwerking in de 'Rules of Procedure'.¹⁷⁰

De doelstelling van GRECO is omschreven in artikel 1 van het GRECO-statuut¹⁷¹: *"Het doel van de Groep van Staten tegen Corruptie is het bestrijden van corruptie te vergroten door toe te zien, via een dynamisch proces van wederzijdse evaluatie en groepsdwang op de nakoming van de verplichtingen op dit gebied."*¹⁷² Deze doelstelling kan op grond van artikel 2 GRECO-statuut onder andere worden verwezenlijkt door toezicht van GRECO op de implementatie van het RvE-Corruptieverdrag.¹⁷³

164 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 92: 'It cannot, of course, be the aim of this Convention to give detailed provisions regarding the criminal sanctions to be linked to the different offences mentioned in article 2 – 14. On this point the Parties inevitably need the discretionary power to create a system of criminal offences and sanctions that is in coherence with their existing national legal systems'.

165 Resolutie (99) 5 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa tot oprichting van de Groep van Staten tegen corruptie (GRECO). Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose, (2003), p. 571.

166 Smid (2012), p. 48.

167 Zie verder hoofdstuk 4 voor de (verdere) behandeling van de monitoringsrapporten met betrekking tot Nederland.

168 Resolutie (99) 5 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa tot oprichting van de Groep van staten tegen corruptie (GRECO).

169 GRECO, Statute of the GRECO, bijlage bij Resolutie (99) 5. Zie bron: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/statute_en.asp. De Nederlandse vertaling van het GRECO-statuut is te vinden in *Trb.* 2000, 131, 20.

170 GRECO, Rules of Procedure, Straatsburg 19 oktober 2012. Zie bron: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco\(2012\)26_RulesOfProcedure_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco(2012)26_RulesOfProcedure_EN.pdf).

171 *Trb.* 2000, 131, 20.

172 Op grond van artikel 1 GRECO-statuut.

173 Op grond van artikel 24 RvE-Corruptieverdrag draagt GRECO zorg voor het toezicht op de implementatie van dit verdrag door de lidstaten.

2.2.3.2 Procedure van evaluatie

Staten die lid zijn van GRECO worden aan verschillende evaluatierondes onderworpen. Een evaluatieronde bestaat uit het opstellen van een evaluatierapport en een compliancerapport. In het compliancerapport wordt aangegeven of de aanbevelingen van GRECO in de wet- en regelgeving van de desbetreffende lidstaat zijn geïmplementeerd.

De evaluatierondes gaan niet elke keer over dezelfde onderwerpen. Op grond van artikel 10 lid 3 GRECO-statuut worden door GRECO aan het begin van iedere evaluatieronde de specifieke bepalingen geselecteerd waarover de betreffende evaluatieronde zal gaan. In het algemeen haalt GRECO deze bepalingen uit de twintig leidende principes¹⁷⁴, de Criminal Law Convention¹⁷⁵, de Civil Law Convention¹⁷⁶ en het Programme of Action against Corruption.^{177/178} Het RvE-Corruptieverdrag is een van de invloedrijkste juridische instrumenten die zijn voortgekomen uit dit Programme of Action against Corruption. In Titel II van 'The Rules of Procedure' wordt daadwerkelijk ingegaan op de evaluatieprocedure.^{179,180}

174 Resolutie (97) 24 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (6 november 1997), *on the twenty guiding principles for the fight against corruption*.

175 Criminal Law Convention on Corruption (ETS 173), Straatsburg 27 januari 1999.

176 Criminal Law Convention on Corruption (ETS 174), Straatsburg 4 november 1999.

177 Multidisciplinary Group on Corruption(GMC) (96) 95, *Programme of Action against Corruption*, overgenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa.

178 Op grond van artikel 23 lid 2 van de Rules of Procedures.

179 Zie verder Smid (2012), p. 179.

180 Een evaluatieronde start met een vragenlijst, die naar alle leden van GRECO en haar experts wordt toegestuurd en die na afloop wordt geretourneerd naar de Executive Secretary. De vragenlijsten dienen ingevuld tenminste drie maanden van te voren bij het bovenstaande secretariaat zich te bevinden, wil GRECO een bezoek kunnen brengen aan het desbetreffende land. Naar aanleiding van deze ingestuurde antwoorden op de vragenlijsten volgt een landenbezoek, waar gesproken wordt met verschillende experts op het gebied van anti-corruptie. Vervolgens wordt een voorlopig evaluatierapport opgesteld, waarna het desbetreffende land inhoudelijk op dit rapport kan reageren. Het definitieve evaluatierapport wordt ter stemming voorgelegd aan de plenaire vergadering van GRECO en eventueel geamendeerd aangenomen of niet. De evaluatie en de compliancerapporten worden vervolgens op de website van GRECO gepubliceerd. In dit compliancerapport worden aanbevelingen gedaan aan het desbetreffende land om het corruptiebeleid ten aanzien van het gekozen onderwerp te wijzigen, vervolgens zullen deze landen de wijzigingen moeten rapporteren aan GRECO, waarop GRECO in het uiterste geval een tweede compliancerapport met aanbevelingen kan opleggen aan de lidstaat. De lidstaten wordt ten aanzien van de evaluatie van deze bepalingen en/of onderwerpen geacht alle medewerking te verlenen die binnen de grenzen van de nationale wetgeving mogelijk is.

2.2.3.3 Evaluatierondes

De eerste evaluatieronde van GRECO is gestart op 1 januari 2000¹⁸¹ en heeft de beginselen 3, 6 en 7 van de twintig leidende principes¹⁸² als leidraad genomen. In deze evaluatieronde zijn twee beginselen enigszins relevant ten aanzien voor de bestrijding van niet-ambtelijke omkoping. Ten eerste moedigt beginsel 3 lidstaten aan ervoor te zorgen dat de personen die verantwoordelijk zijn voor de preventie, opsporing, vervolging en berechting van corruptiedelicten de onafhankelijkheid en de autonomie krijgen die ze nodig hebben voor de uitoefening van hun taken, om vrij te zijn van ongepaste invloed en om te beschikken over effectieve middelen voor het verzamelen van bewijsmateriaal. Daarbij moeten de personen die helpen bij de bestrijding van corruptie worden beschermd en moeten de onderzoeken naar corruptie vertrouwelijk blijven.¹⁸³ Ten tweede wordt de naleving van beginsel 7 geëvalueerd. Hierbij wordt gekeken naar de wijze waarop lidstaten zijn omgegaan met de bevordering van de specialisatie van personen of instituten die actief zijn op het gebied van corruptiebestrijding. Bovendien wordt gekeken of deze personen of instituten de benodigde (financiële) middelen en opleidingen hebben gekregen om effectief hun taak te kunnen uitoefenen.¹⁸⁴

De tweede evaluatieronde van GRECO is gestart op 1 januari 2003¹⁸⁵ en had betrekking op de naleving van zes van de twintig leidende beginselen.¹⁸⁶ Deze zes beginselen zijn samen te vatten in drie onderwerpen: 1) de identificatie, inbeslagneming en confiscatie van opbrengsten van corruptie en de verbanden tussen corruptie, georganiseerde misdaad en het witwassen van geld (beginsel 4 en 19), 2) openbaar bestuur en corruptie (beginsel 9 en 10), 3) voorkomen dat rechtspersonen worden gebruikt als schild voor corruptie en de naleving van de lidstaten van fiscale en financiële wetgeving met betrekking tot corruptie (beginsel 5 en 8).

181 Officieel loopt de evaluatieronde af op 31 december 2002, maar nieuw toetredende staten moeten ook deze evaluatieronde ondergaan.

182 Resolutie (97) 24 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (6 november 1997), *on the twenty guiding principles for the fight against corruption*.

183 Smid (2012), p. 180.

184 Ten derde wordt op grond van beginsel 6 geëvalueerd of staten de omvang en de reikwijdte van immuniteiten ten opzichte van het strafrechtelijk onderzoek, de vervolging en de berechting hebben beperkt om corruptiemisdrijven, binnen de grenzen van een democratische samenleving, te kunnen bestrijden.

185 Officieel loopt de evaluatieronde af op 31 december 2006, maar nieuw toetredende staten moeten ook deze evaluatieronde ondergaan.

186 Resolutie (97) 24 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (6 november 1997), *on the twenty guiding principles for the fight against corruption*.

De derde evaluatieronde is de belangrijkste ronde in het kader van niet-ambtelijke omkoping; deze is van start gegaan op 1 januari 2007 en had als doel om na te gaan in hoeverre de bepalingen uit het RvE-Corruptieverdrag¹⁸⁷ en het bijbehorend protocol¹⁸⁸, gestoeld op beginsel 2 van de twintig leidende principes¹⁸⁹, worden nageleefd. Dit beginsel houdt in dat landen moeten zorgen voor een gecoördineerde criminalisering van nationale en internationale corruptie.¹⁹⁰ De vierde evaluatieronde van GRECO is in januari 2012 van start gegaan en heeft geen directe relatie met niet-ambtelijke omkoping.¹⁹¹

Omdat inhoudelijke kennis van artikel 328ter Sr - dat besproken wordt in hoofdstuk 3 - noodzakelijk is voor een goed begrip van de evaluaties en de aanbevelingen van de internationale gouvernementele organisaties ten aanzien van deze wetgeving, worden pas in hoofdstuk 4 de evaluaties van GRECO over Nederland behandeld.

2.3 EUROPESE UNIE

2.3.1 Achtergrond

De rol van de Europese Unie met betrekking tot de bestrijding van niet-ambtelijke omkoping is aanzienlijk, aangezien de Europese Unie op dit moment via doorwerkende en dwingende wet- en regelgeving voor Nederland zeer belangrijk is. Daarom wordt eerst de achtergrond van de Europese Unie met betrekking tot corruptiebestrijding beschreven om een beter begrip van de ontstaansgeschiedenis en achtergrond van de huidige wet- en regelgeving over niet-ambtelijke omkoping te verkrijgen.

De Europese Unie (hierna: EU) is ontstaan uit de Europese Gemeenschap van Kolen en Staal (EGKS) en heeft haar oprichting te danken aan het vertrouwen van zes Europese landen¹⁹² en toentertijd hun bevolkingen. Een corruptieschandaal op Europees niveau kan, in tegenstelling tot een nationaal corruptieschandaal, een afbrokkeling van de steun van de bevolking voor een Europese supranationale organisatie betekenen, aangezien de Europese

187 Trb. 2000, 130.

188 Trb. 2004, 226.

189 Resolutie (97) 24 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (6 november 1997), *on the twenty guiding principles for the fight against corruption*.

190 Daarbij wordt beginsel 15 van de 'twenty guiding principles', dat nader is uitgewerkt in de 'Aanbeveling betreffende Gemeenschappelijke Regelgeving ter bestrijding van Corruptie met betrekking tot de financiering van politieke partijen en verkiezingscampagnes' geëvalueerd.

191 De onderwerpen ethische principes en gedragsregels, (handhaving regels inzake) belangenconflicten, verbieden of beperken van bepaalde taken, financiële transparantie en bewustzijn van bovenstaande personen zal in deze ronde de revue passeren. De evaluatie van bovenstaande onderwerpen sluit aan bij de beginselen 10, 11, 12, 13, 14 en (wederom) 9 en 15 van de 'twenty guiding principles', waarin gedragsregels voor overheidsambtenaren, transparantie van procedures en financiële middelen centraal staan.

192 Nederland, België, Luxemburg, Duitsland, Frankrijk en Italië.

bevolking (waarschijnlijk) minder gemakkelijk is te overtuigen van de toegevoegde waarde van een dergelijke organisatie ten opzichte van het belang van een nationaal parlement.

Het uitgangspunt dat ambtelijke corruptie een gevaar vormt voor het voortbestaan van de Europese Unie heeft aan de basis gestaan voor de eerste regelgeving ter bestrijding van corruptie. Op 26 juli 1995 is naar aanleiding van dit uitgangspunt de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen¹⁹³ ondertekend. Op 27 november 1995 is deze overeenkomst in de lidstaten in werking getreden. Deze EU-fraudeovereenkomst werd op 27 september 1996 aangevuld met het eerste protocol¹⁹⁴, waarin andere strafbare feiten, zoals omkoping van en door EU-ambtenaren, waren opgenomen. De lidstaten bleken namelijk wel te beschikken over strafwetgeving inzake ambtelijke omkoping op nationaal niveau, maar niet over strafwetgeving tegen corruptie door communautaire ambtenaren. De doelstelling van het EU-corruptieprotocol was dan ook het strafbaar stellen van communautaire ambtenaren in de nationale strafwetgevingen om de financiële belangen van en het vertrouwen in de Europese Gemeenschap veilig te stellen. De beperking van het protocol tot de financiële belangen van de Europese Gemeenschap voelde volgens de Italiaanse regering wat 'ongemakkelijk' aan. Deze regering stelde voor het werkingsbereik van het EU-corruptieprotocol uit te breiden naar de bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de lidstaten betrokken zijn. In deze constructie werd niet meer vastgehouden aan de strafvoorwaarde dat de financiële belangen van de Europese Gemeenschap moesten zijn geschaad.¹⁹⁵ Het resultaat liet lang op zich wachten, en pas op 28 september 2005 trad de EU-corruptieovereenkomst in werking.

De Raad van Ministers had besloten om adviezen van het Europees Parlement om tot een vereenvoudiging te komen, niet over te nemen. Een fraudezaak binnen de Europese Commissie zorgde in maart 1999 voor ophef en opschudding en bracht de geloofwaardigheid van de Europese Unie in gevaar. Het primaire doel van bovenstaande regelgeving was de bestrijding van corruptie binnen het EU-ambtenarenapparaat om zo de financiële belangen van de Europese Gemeenschap te behartigen. Deze fraudezaak leidde tot een aantal hervormingen op het gebied van corruptiebestrijding. Daartoe werd eerst een Europees onafhankelijk onderzoeksbureau ter bestrijding van corruptie

193 Overeenkomst van 26 juli 1995, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG*, Nr. C 316 van 27 november 1995, p. 48-57.

194 Protocol van 27 september 1996, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* C 313 van 23 oktober 1996, p. 1-10.

195 Council Act of 26 May 1997 drawing up the Convention made on the basis of Article K.3 (2)(c) of the Treaty on European Union, on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union, *PbEG* Nr. C 195 van 25 juni 1997, p. 1-11.

en fraude in het leven geroepen. Dit Europees Bureau voor fraudebestrijding, genaamd OLAF¹⁹⁶, was vooral gericht op corruptie- en fraudebestrijding met betrekking tot EU-geld en ernstig wangedrag binnen de Europese instellingen. Tevens bepleitte de Commissie het instellen van een Europese officier van justitie.¹⁹⁷ Mede door de afwijzende houding van veel lidstaten (en hun bevolking) kan deze officier van justitie nog steeds niet op veel draagkracht rekenen. Daarnaast zocht de Europese Commissie in 2003 naar een passend mechanisme om de bestaande EU-fraudeovereenkomst, de EU-corruptieovereenkomst en het bijbehorende protocol en de mededelingen¹⁹⁸ van de Raad van ministers tot versterking van de bestrijding van corruptie te monitoren. De Europese Commissie, die uitdrukkelijk geen werk wilde doen dat al door andere organisaties werd verricht¹⁹⁹, stelde voor om dit werk uit te besteden aan het monitoringsmechanisme van de Raad van Europa, oftewel GRECO, maar de Europese Raad van 10 en 11 december 2009 in Stockholm ging hier niet in mee.

2.3.2 Gemeenschappelijk Optreden inzake corruptie in de privésector

Na het opstellen van de EU-fraudeovereenkomst²⁰⁰ ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap en het bijbehorende protocol²⁰¹ en na het sluiten van de EU-corruptieovereenkomst²⁰² ter bestrijding van corruptie door ambtenaren van de Europese Gemeenschap of van de lidstaten van de Europese Unie, richtte de Europese Unie het anti-corruptiebeleid op de private sector. Het Gemeenschappelijk Optreden inzake corruptie in de privésector²⁰³ (hierna: Gemeenschappelijk Optreden) werd in 1998 aangenomen en was een eerste stap in de bestrijding van de gevolgen van corruptie voor de interne markt en de internationale handel.²⁰⁴ De lidstaten hadden ter invoering van het Gemeenschappelijk Optreden een bijzonder belang gehecht aan de bestrijding

196 Zie bron: http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_nl.html.

197 Zie Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie van 11 december 2001, COM (2001)715 def.

198 COM(2003)317 def, COM(2003)358 def.

199 Smid (2012), p. 42.

200 Akte van de Raad van 26 juli 1995 tot vaststelling van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen *PbEU* C 316 van 27 november 1995.

201 Toelichtend rapport betreffende het Protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (door de Raad op 19 december 1997 goedgekeurde tekst), *PbEU* 98/C 11/02.

202 Overeenkomst opgesteld op basis van artikel K.3, lid 2, onder c van het Verdrag betreffende de Europese Unie ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn, *PbEU* C 195 van 25 juni 1997.

203 Gemeenschappelijk Optreden van 22 december 1998 door de Raad aangenomen op basis van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, inzake corruptie in de privésector, *PbEU* L 358 van 31 december 1998, p. 2-4.

204 COM(2007)328 def, p. 3. Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 567.

van corruptie in de privésector op internationaal niveau, aangezien corruptie de eerlijke concurrentie vervalst, een goede werking van de interne markt aantast en strijdig is met de transparantie en de toegankelijkheid van het internationaal handelen.²⁰⁵ De lidstaten werden verzocht passieve en actieve corruptie in de privésector, voor zover dit leidt tot vervalsing van de concurrentie bij de gunning van contracten, strafbaar te stellen.²⁰⁶ Hieronder worden de bepalingen inzake passieve en actieve private corruptie uit het Gemeenschappelijk Optreden weergegeven:

Artikel 2

Passive corruption in the private sector

"1. For the purposes of this Joint Action, the deliberate action of a person who, in the course of his business activities, directly or through an intermediary, requests or receives an undue advantage of any kind whatsoever, or accepts the promise of such an advantage, for himself or for a third party, for him to perform or refrain from performing an act, in breach of his duties, shall constitute passive corruption in the private sector.

2. Subject to Article 4(2), each Member State shall take the necessary measures to ensure that conduct of the type referred to in paragraph 1 is made a criminal offence. These measures shall at least cover such conduct which involves, or could involve, the distortion of competition, as a minimum within the common market, and which results, or might result, in economic damage to others by the improper award or improper execution of a contract."

Artikel 3

Active corruption in the private sector

"For the purposes of this Joint Action, the deliberate action of whosoever promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an undue advantage of any kind whatsoever to a person, for himself or for a third party, in the course of the business activities of that person in order that the person should perform or refrain from performing an act, in breach of his duties, shall constitute active corruption in the private sector.

2. Subject to Article 4(2), each Member State shall take the necessary measures to ensure that conduct of the type referred to in paragraph 1 is made a criminal offence. These measures shall at least cover such conduct which involves, or could involve, the distortion of competition, as a minimum within the common market, and which results, or might result, in economic damage to others by the improper award or improper execution of a contract."

²⁰⁵ Gemeenschappelijk Optreden van 22 december 1998 door de Raad aangenomen op basis van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, inzake corruptie in de privésector *PbEU* L 358 van 31 december 1998, p. 1.

²⁰⁶ *Idem.*

In de Nederlandse vertaling van artikel 1 Gemeenschappelijk Optreden²⁰⁷ wordt een nadere definitie gegeven van plichtsverzuim. In ieder geval wordt onder plichtsverzuim verstaan datgene dat als zodanig is omschreven in het nationale recht en dat ten minste het volgende bestanddeel bevat: *“deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon.”*²⁰⁸ Het te beschermen rechtsbelang van het dit Gemeenschappelijk Optreden is de bescherming van de eerlijke concurrentie in tegenstelling tot het RvE-Corruptieverdrag, waarbij de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever meer als uitgangspunt diende voor de strafbepaling van actieve en passieve omkoping in de particuliere sector.²⁰⁹

Het Gemeenschappelijk Optreden is door slechts acht lidstaten volledig ten uitvoer gelegd.²¹⁰ Dat zou onder andere te wijten kunnen zijn aan het vrijblijvende karakter van het Optreden. Daarbij is de strafrechtelijke autonomie van de EU-lidstaten ondanks de voortgaande Europese integratie in stand gebleven. Bovendien kan een in vergelijking met andere lidstaten minder vergaande niet-ambtelijke omkopingsbepaling voor het bedrijfsleven economische voordelen opleveren.

In reactie op deze teleurstelling heeft Denemarken in juli 2002 een voorstel ingediend voor een Kaderbesluit van de Raad inzake de bestrijding van corruptie in de private sector.²¹¹ Het doel was het Gemeenschappelijk Optreden van 1998 in een andere vorm te gieten, verder uit te werken en, in tegenstelling tot het vrijblijvende Gemeenschappelijk Optreden, een juridisch bindend karakter te verlenen.²¹² Dit voorstel resulteerde uiteindelijk in 2003 in het definitieve Kaderbesluit van de Raad inzake de bestrijding van corruptie in de private sector (hierna: EU-kaderbesluit).²¹³

207 Zie bijlage 4.

208 Op grond van artikel 1 Gemeenschappelijk Optreden (98/742/JBZ).

209 Zie hiervoor, paragraaf 2.2.2.2.1.

210 COM(2003)317 def, p. 12: Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité betreffende een algemeen EU-beleid ter bestrijding van corruptie.

211 Tijdens de bijeenkomst van 19 december 2002 hebben de ministers van Justitie en de ministers van Binnenlandse Zaken van de EU een algemeen politiek akkoord bereikt over de tekst van het ontwerp-kaderbesluit. Initiatief van het Koninkrijk Denemarken met het oog op de aanneming van een Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector (PbEG 2002/C 184/04).

212 COM(2003)317 def, p. 12.

213 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003, L/192.

2.3.3 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector

2.3.3.1 Doel en achtergrond

Het EU-kaderbesluit is tot stand gekomen onder invloed van de toenemende mondialisering, waardoor de grensoverschrijdende handel in goederen en diensten is toegenomen. De corruptie in de private sector van een lidstaat vormt derhalve niet alleen een nationaal, maar ook een grensoverschrijdend probleem dat het meest doeltreffend kan worden bestreden door gemeenschappelijke maatregelen van de Europese Unie.²¹⁴ De lidstaten hechten veel belang aan de strijd tegen corruptie in de private sector omdat corruptie een bedreiging vormt voor de rechtsstaat, de concurrentie bij de aankoop van goederen of commerciële diensten vervalst en een gezonde economische ontwikkeling in de weg staat.²¹⁵ De Nederlandse regering beoordeelde het kaderbesluit positief uit het oogpunt van subsidiariteit, proportionaliteit en deregulering.²¹⁶ Onderlinge aanpassing van de strafbepalingen op dit gebied vergemakkelijkt volgens de regering de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten, hetgeen de bestrijding van deze vorm van corruptie bevordert. Corruptie in de private sector werkt immers concurrentievervalsend en staat een gezonde economische ontwikkeling binnen de EU in de weg. Het EU-kaderbesluit beoogt vooral te verzekeren dat actieve en passieve corruptie in de privésector in alle lidstaten strafbaar zal zijn.

2.3.3.2 Bepalingen

2.3.3.2.1 Actieve en passieve corruptie

2.3.3.2.1.1 Vormgeving

Artikel 2 EU-kaderbesluit²¹⁷

Active and passive corruption in the private sector

“1. Member states shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct constitutes a criminal offence, when it is carried out in the course of business activities:

(a) promising, offering or giving, directly or through an intermediary, to a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity an undue advantage of any kind, for that person or for a third party, in order that that person should perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties;

²¹⁴ Ibid, p. 1.

²¹⁵ Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003, L /192, p. 1.

²¹⁶ Nieuwe commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie (22.112); bnc-fiche (245 fiche 2).

²¹⁷ Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003, L /192, p. 2.

(b) directly or through an intermediary, requesting or receiving an undue advantage of any kind, or accepting the promise of such an advantage, for oneself or for a third party, while in any capacity directing or working for a private-sector entity, in order to perform or refrain from performing any act, in breach of one's duties.

2. Paragraph 1 applies to business activities within profit and non-profit entities.

3. A Member State may declare that it will limit the scope of paragraph 1 to such conduct which involves, or could involve, a distortion of competition in relation to the purchase of goods or commercial services."

De Nederlandse vertaling van deze bepaling is opgenomen in bijlage 4. Op grond van artikel 2 lid 2 en artikel 3 lid 2 EU-kaderbesluit dienen de lidstaten de nodige maatregelen te nemen teneinde actieve en passieve niet-ambtelijke corruptie strafbaar te stellen. Het EU-kaderbesluit maakt daarbij gebruik van minimumvoorschriften, zodat de lidstaten vrij zijn om verdergaande maatregelen te nemen dan het EU-kaderbesluit voorschrijft. Het EU-kaderbesluit sluit inhoudelijk via de subparagrafen a en b van lid 1 en de invulling van het bestanddeel 'plichtsverzuim'²¹⁸ aan bij het eerder genoemde Gemeenschappelijk Optreden.²¹⁹ In afwijking van het Gemeenschappelijk Optreden wordt in artikel 2 lid 1 EU-kaderbesluit (Nederlandse vertaling) een nadere invulling gegeven van het bestanddeel 'zakelijke activiteiten'. Hierbij geldt dat het winstoogmerk een irrelevant gegeven is voor de vaststelling of er sprake is van zakelijke activiteiten. Het is opmerkelijk - alhoewel het GMC opmerkte dat de lidstaten zelf de vrijheid hebben om het bestanddeel 'zakelijke activiteiten' te verruimen naar niet op winstgerichte personen en organisaties - dat het GMC het winstoogmerk wel relevant vond voor de invulling van het bestanddeel 'zakelijke activiteiten' in de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag en voor de toepassing van deze bepalingen. Bovendien wordt in aanvulling op het Gemeenschappelijk Optreden in het EU-kaderbesluit een nieuw lid toegevoegd: "waarbij een lidstaat kan verklaren dat hij de werkingssfeer van lid 1 zal beperken tot gedragingen die de concurrentie in verband met de aankoop van goederen of commerciële diensten vervalsen of zouden kunnen vervalsen".²²⁰ Deze negatief geformuleerde beperking houdt in dat in ieder geval het rechtsbelang van

218 *Plichtsverzuim: 'plichtsverzuim zoals omschreven in het nationale recht. Plichtsverzuim in dit kaderbesluit omvat ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector'(artikel 1 Gemeenschappelijk Optreden en artikel 1 EU-kaderbesluit).*

219 De bestanddelen 'opzettelijk' en 'zakelijke activiteiten' worden door de samenvoeging van actieve en passieve corruptie in vergelijking met het los opnemen van deze bestanddelen in de artikelen 2 en 3 van het Gemeenschappelijk Optreden opgenomen in de aanhef van artikel 2 EU-kaderbesluit.

220 Op grond van artikel 2 lid 3 EU-kaderbesluit.

de eerlijke concurrentie dient te worden beschermd en de lidstaten de vrijheid hebben het te beschermen rechtsbelang te verruimen tot (bijvoorbeeld) de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever. Het primair te beschermen rechtsbelang van de eerlijke concurrentie in deze minimumvoorschriften is niet verwonderlijk, aangezien de EU (van oudsher) is gestoeld op de gedachte van de interne vrije markt. Oneerlijke concurrentie tussen marktpartijen kan zodoende afbreuk doen aan de economische voordelen van de interne vrije markt. De kerngedachte van het RvE-Corruptieverdrag (en de huidige Nederlandse strafbepaling) is daarentegen de vertrouwensrelatie tussen de werkgever en de werknemer te beschermen. Deze kon volgens het GMC worden geschonden door de ontvangen gift, belofte of dienst te verzwijgen voor de werkgever en door inbreuk te maken op contractuele en algemeen verbindende normen die gelden tussen de werkgever en de werknemer: *“in breach of their duties does not aim only at ensuring respect for specific contractual obligations but rather to guarantee that there will be no breach of the general duty of loyalty in relation to the principal's affairs or business.”*²²¹

Het is derhalve opmerkelijk en ongewenst dat een lidstaat voor de toepassing van het EU-kaderbesluit kan verklaren dat hij de werkingsfeer van lid 1 zal beperken tot gedragingen die de concurrentie in verband met de aankoop van goederen of commerciële diensten vervalsen of zouden kunnen vervalsen. Deze beperking gaat alleen over het aankopen van goederen of commerciële diensten, waardoor bepaalde gedragingen van niet-ambtelijke omkoping niet door de bepaling worden omvat. Het kan voorkomen dat niet-ambtelijke omkoping niet gericht is op het aankopen van goederen of commerciële diensten, maar op het niet goed, niet verantwoord en zo goedkoop mogelijk uitvoeren van de verkregen opdracht.²²² Deze beperking schiet derhalve tekort en kan beter uit het verdrag worden gehaald.

2.3.3.2.1.2 Bestanddelen

2.3.3.2.1.2.1 Niet-gerechvaardigd voordeel, ongeacht de aard ervan

De officiële Nederlandse vertaling van het EU-kaderbesluit heeft in de bepalingen over actieve en passieve corruptie de vormgeving van het voordeel bewust ruim gedefinieerd, aangezien een precieze beschrijving, zoals een dienst, belofte of een gift, alleen maar beperkend kan werken.²²³ In tegenstelling tot de officiële Nederlandse vertaling van de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag, die het (verkeerd vertaalde) bestanddeel ‘onverschuldigd voordeel’ hanteert, wordt in de Nederlandse officiële vertaling van het EU-kaderbesluit uitgegaan van een ‘niet-gerechvaardigd voordeel’. De keuze voor deze

221 Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), *Explanatory Report* (1 december 2009), paragraaf 55.

222 Zie ook Singer-Dekker (P.v.d.A), *Handelingen II* 1966/67, 13, p. 337.

223 Smid (2012), p. 108.

vertaling van 'undue' is beter te rechtvaardigen omdat gebruikelijke (kleine) geschenken, fooien en giften, de zogenoemde bagateldelicten, zo worden uitgezonderd van strafbaarheid. De vertaling 'onverschuldigd voordeel' is daarvoor niet geschikt, omdat het suggereert dat ieder voordeel dat om niet wordt verleend of aangenomen onder dit bestanddeel kan vallen. Echter, ook 'niet-gerechvaardigd' is een ongelukkige vertaling omdat 'niet-gerechvaardigd voordeel' voor een te ruime interpretatie vatbaar is, waardoor de inzichtelijkheid van strafbare gedragingen niet wordt verduidelijkt en bevorderd. Anderzijds is het juist de bedoeling van minimumvoorschriften om een ruim begrip te introduceren, opdat sociale en culturele verschillen tussen landen met betrekking tot gebruikelijke giften kunnen blijven voortbestaan en het gemakkelijker is om steun voor een kaderbesluit te genereren. Bovendien kan een harde grens ervoor zorgen dat potentiële verdachten hun gedrag daarop afstemmen om strafbaarheid te ontlopen. In wezen is het opnemen van het bestanddeel 'undue' dus de minst slechte keus.

2.2.3.2.1.2.2 *Zijn plicht verzuimt*

De bepalingen over actieve en passieve corruptie vereisen dat de persoon die werkt voor of leiding geeft aan een onderneming in de privésector (oftewel de omgekochte) 'zijn plicht verzuimt'. Voor de invulling van dit bestanddeel wordt eerst verwezen naar het nationale recht van de desbetreffende lidstaat²²⁴, waardoor lidstaten een ruime soevereiniteit behouden. In het EU-kaderbesluit is een minimumvoorschrift opgesteld waaruit blijkt dat onder plichtsverzuim wordt verstaan "*ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector*". Deze minimumvoorwaarde voor de invulling van het bestanddeel 'plichtsverzuim' sluit onder andere aan bij wettelijke plichten en beroepsvoorschriften en -instructies die van toepassing zijn op de omgekochte persoon.

Bij het opnemen van deze definitie van 'plichtsverzuim' acht de EU het van primair belang dat er sprake is van actieve en passieve corruptie als in het concrete geval inbreuk is gemaakt op een wettelijk voorschrift. Eveneens is het bestanddeel 'deloyaal gedrag' opgenomen, dat net als 'niet-gerechvaardigd' voor veel verschillende interpretaties vatbaar is.

2.2.3.2.1.2.3 *Onmiddellijk of middellijk*

In de bepalingen over actieve en passieve corruptie wordt expliciet gesteld dat corruptie zowel onmiddellijk als middellijk kan geschieden. De strafbaarheid van de omkoper en de omgekochte mag derhalve niet uitgesloten worden in gevallen waarin een derde als tussenpersoon functioneert. De hoedanigheid van de derde, te goeder trouw dan

²²⁴ Op grond van artikel 1 EU-kaderbesluit.

wel te kwader trouw, is irrelevant voor de eventuele strafbaarheid van de omkoper en de omgekochte. De hoedanigheid van een derde is uiteraard wel van belang voor de strafbaarheid van de derde zelf. In de Nederlandse situatie kan gedacht worden aan de deelnemingsvormen op grond van de artikelen 47 en 48 Sr.

2.2.3.2.1.2.4 Tijdstip omkoping

Het is opvallend dat, net als het RvE-Corruptieverdrag, het EU-kaderbesluit geen expliciete bepalingen bevat over omkoping in de dienstbetrekking achteraf. Artikel 2 lid 1 sub a en sub b EU-kaderbesluit gaat immers uit van het *“in ruil voor het verrichten of nalaten door die persoon van een handeling”*²²⁵, waardoor a contrario zou kunnen worden beredeneerd, dat het ‘in ruil voor de verrichte of nagelaten handeling’ niet onder de actieve en passieve bepaling valt. De EU-wetgever heeft dit waarschijnlijk niet zo bedoeld, en de bepaling slaat waarschijnlijk ook op omkoping achteraf. Alhoewel de bestanddelen beloven, vragen en ingaan op de toezegging, die mogelijk voorafgaand aan de (nalatende) handeling plaatsvinden, in de omschrijving zijn opgenomen, dient beseft te worden dat de bewijsbaarheid van deze bestanddelen, die vaak mondeling zijn gedaan, niet optimaal is. De Europese Commissie zou er daarom goed aan doen om de rechtszekerheid en de duidelijkheid van EU-wetgeving te bevorderen door de zinsnede ‘in ruil voor de verrichte of nagelaten handeling’ op te nemen in artikel 2 EU-kaderbesluit.

2.3.3.2.2 Deelnemingsvormen

Artikel 3²²⁶

“Member States shall take the necessary measures to ensure that instigating, aiding and abetting the conduct referred to in Article 2 constitute criminal offences.”

In tegenstelling tot het RvE-Corruptieverdrag is in het EU-kaderbesluit in zake de bestrijding van corruptie in de privésector wel aandacht besteed aan de EU-deelnemingsvarianten uitlokking, medeplichtigheid en aanzetting. In dit artikel wordt duidelijk dat de EU voorschrijft dat ook deze deelnemingsvormen strafbaar moeten worden gesteld. Hoe de nationale wetgever invulling geeft aan het bestanddeel ‘aanzetting’ is niet duidelijk. Waarschijnlijk interpreteert de Nederlandse wetgever dit bestanddeel als een vorm van medeplegen aan een strafbaar feit, waarin de voorwaarde van een bewuste en nauwe samenwerking met de medeverdachte een invulling kan geven aan het aanzetten. Tevens schrijft het artikel aan de lidstaten voor dat uitlokking van actieve en passieve private corruptie strafbaar moet worden gesteld. Een vorm van uitlokking van corruptie is het vragen - door bijvoorbeeld een douaneambtenaar of een inkoopmanager - naar een onverschuldigd voordeel. Op deze

225 Op grond van artikel 2 lid 1 sub a en b EU-kaderbesluit.

226 Zie voor de Nederlandse vertaling: bijlage 4.

wijze wordt de actieve²²⁷ omkoper uitgelokt om een voordeel te verschaffen aan de uitlokkende, passieve²²⁸ omgekochte. Het is onduidelijk wat de meerwaarde is van het opnemen van deze deelnemingsvorm in artikel 3 EU-kaderbesluit nu het vragen van een onverschuldigd voordeel door de passieve omgekochte in het hoofddelictsartikel 2 EU-kaderbesluit al is opgenomen. Daarbij is het interessant dat uitlokking van omkoping alleen - voor zover ik kan nagaan - in België zwaarder wordt gesanctioneerd dan de gebruikelijke vorm van omkoping. Ingeval de omgekochte zelf het initiatief neemt tot omkoping door het stellen van een vraag en de omkoper reageert daarop met een voorstel of het voorstel wordt door de omgekochte aangenomen, wordt de maximale gevangenisstraf in België verhoogd van twee jaar naar drie jaar.²²⁹

Met betrekking tot het EU-kaderbesluit is het opvallend dat - in tegenstelling tot uitlokking - aan het strafbaar stellen van poging in het bijzonder geen aandacht is besteed. Volgens de Europese Commissie is dat bewust, aangezien poging door middel van het opnemen van de bestanddelen beloven, aanbieden, vragen en het ingaan op een toezegging al onderdeel is van artikel 2 lid 1 sub a en b EU-kaderbesluit.²³⁰ Het delict corruptie is zodoende voltooid, ook al worden de beloofde, aangeboden, gevraagde voordelen nooit aangenomen of verstrekt, waardoor het zelfstandig strafbaar stellen van poging tot actieve en passieve private corruptie overbodig is. De Nederlandse wetgever is dezelfde mening toegedaan, afgezien van het feit dat vreemd genoeg artikel 45 Sr (poging) in de Nederlandse situatie nog altijd van toepassing kan zijn.²³¹ Volgens de Nederlandse wetgever is het zelfstandig opnemen van poging in dit verband overbodig nu de bestanddelen vragen en aanbieden al zijn opgenomen in artikel 328ter Sr. Een achterliggend argument van de wetgever zou kunnen zijn dat op deze wijze een maximale gevangenisstraf van twee jaar kan worden opgelegd en er geen rekening hoeft te worden gehouden met de strafvermindering van een derde van het maximum van de hoofdstraffen, zoals op grond van artikel 45 lid 2 Sr geldt bij poging.

227 Het initiatief voor het geven van een voordeel ligt primair bij de uitlokker en niet bij de omkoper, waardoor deze term hier eigenlijk niet goed past.

228 Idem.

229 Deze strafverzwarende omstandigheid is in 1999 ingevoerd. Zie Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 8. Zie verder hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.

230 Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement op grond van artikel 9 van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector. COM/2011/0309 def, p. 5.

231 De vraag of dit wenselijk is, wordt behandeld in paragraaf 3.9.

2.3.3.2.3 Sancties

Artikel 4²³²

Sancties en andere strafmaatregelen

"1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the conduct referred to in Articles 2 and 3 is punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties.

2. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the conduct referred to in Article 2 is punishable by a penalty of a maximum of at least one to three years of imprisonment.

3. Each Member State shall take the necessary measures in accordance with its constitutional rules and principles to ensure that where a natural person in relation to a certain business activity has been convicted of the conduct referred to in Article 2, that person may, where appropriate, at least in cases where he or she had a leading position in a company within the business concerned, be temporarily prohibited from carrying on this particular or comparable business activity in a similar position or capacity, if the facts established give reason to believe there to be a clear risk of abuse of position or of office by active or passive corruption."

De deelnemingsvormen en het plegen van actieve en passieve corruptie dienen bestraft te worden met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende²³³ sancties. In de bepaling staat dat voor actieve en passieve private corruptie een gevangenisstraf van een tot drie jaar mag worden opgelegd. Het huidige artikel 328ter Sr wijkt - met een strafmaximum van vier jaar - af van deze bepaling. Op grond van het derde lid kan het aan de lidstaten worden overgelaten om een tijdelijk beroepsverbod in te stellen voor personen die zijn veroordeeld voor actieve dan wel passieve niet-ambtelijke omkoping. De Nederlandse wetgever heeft daar al invulling aan gegeven door op grond van de artikelen 339 lid 1 Sr jo. 28 lid 1 sub 5 Sr de schuldige te kunnen ontzetten uit de positie waarin hij de niet-ambtelijke omkoping heeft gepleegd. Deze bijkomende straf kan ook op grond van artikel 9 lid 5 Sr, dus los van hoofdstraffen en andere bijkomende straffen, worden opgelegd. De duur van de ontzetting bedraagt op grond van artikel 31 lid 1 sub 2 Sr minimaal twee en maximaal vijf jaar.

232 Zie voor de Nederlandse vertaling bijlage 4.

233 De bestanddelen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn overgenomen uit het 'Griekse-mais-arrest' uit 1989. HvJ EG 21 september 1989, C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965.

2.3.4 Monitoring

Het EU-kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de private sector is gegoten in de vorm van een kaderbesluit. Kaderbesluiten zijn met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon²³⁴ afgeschaft^{235, 236} en werden gebruikt om nationale instanties de vorm en middelen te laten kiezen om het gewenste resultaat, dat wel verbindend was voor de lidstaten, te bereiken. Deze kaderbesluiten werden alleen gebruikt op het terrein van justitie, binnenlandse zaken en - later - politie en justitiële samenwerking in strafzaken.²³⁷ Daarbij hadden ze geen rechtstreekse werking^{238, 239}, omdat ze eerst moesten worden geïmplementeerd in nationale wetgeving. Het doel van een kaderbesluit was om wettelijke bepalingen binnen de nationale wetgeving van lidstaten op het terrein van justitie en binnenlandse zaken beter op elkaar af te stemmen, oftewel te harmoniseren.²⁴⁰

Uit het Pupino-arrest²⁴¹ blijkt dat kaderbesluiten de nationale instanties en in het bijzonder de rechterlijke instanties verplichten tot kaderbesluitconforme uitlegging van hun nationale recht in een strafrechtelijke 'derde-pijler'-kwestie.²⁴² Het Hof stelde vast dat ook 'derde-pijler'-instrumenten op doeltreffende wijze dienen bij te dragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie.²⁴³

234 Dit Europese verdrag voert een aantal hervormingen door teneinde de Europese Unie democratischer en bestuurbaarder te maken, nadat in 2004 en 2007 twaalf nieuwe landen lid zijn geworden van de Europese Unie. Het Verdrag van Lissabon is op 1 december 2009 in werking getreden.

235 Vervangen door richtlijn of besluit in de zin van artikel 288 VWEU.

236 De kaderbesluiten die voorafgaande aan het Verdrag van Lissabon zijn opgesteld behouden hun werking.

237 Zie bron: <http://www.europa-nu.nl/id/vh7dotmxlyyu/kaderbesluit>.

238 Richtlijnen kunnen wel rechtstreekse werking hebben. Zie voor overzichtelijk schema 'doorwerking richtlijnen' in F. Ambtenbrink, H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

239 COM(2007)328 def, p. 4. Verslag van de Commissie aan de Raad op grond van artikel 9 van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector.

240 Zie bron: <http://www.europa-nu.nl/id/vh7dotmxlyyu/kaderbesluit>.

241 HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-05285 (*Pupino*).

242 *Ibid*, par. 34.

243 A.H. Klip in zijn noot onder HvJ, strafzaak tegen Pupino, C-105/03, 16 juni 2005, European Human Rights Cases 2005, p. 835-837, p. 1-2 en HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-05285 (*Pupino*), par. 37-38: 'Deze bevoegdheid kan het grootste deel van haar nuttig effect verliezen indien particulieren zich niet op kaderbesluiten kunnen beroepen teneinde een conforme uitlegging van het nationale recht af te dwingen voor de rechterlijke instanties van de lidstaten. De kaderbesluitconforme interpretatie gaat echter niet zover dat het nationale recht contra legem dient te worden uitgelegd oftewel, in het geval het nationale recht in hoge mate afwijkt van het kaderbesluit kan geen kaderbesluitconforme interpretatie plaatsvinden'. Daarbij kan een kaderbesluitconforme uitleg niet leiden tot het vestigen of verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid, stelde het Hof andermaal in een rechtszaak van Berlusconi ten aanzien van de Richtlijn vast. Eveneens dienen bij een kaderbesluitconforme interpretatie de algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van nonretroactiviteit (geen terugwerkende kracht van een wettelijke of reglementaire bepaling) en het legaliteitsbeginsel in aanmerking genomen te worden. Zie onder andere HvJ, strafzaken tegen Berlusconi en anderen, HvJ EG 3 mei 2005 C-387/02, C-391/02, en C-403/02.

Europese kaderbesluiten konden, in tegenstelling tot richtlijnen²⁴⁴, tot 1 december 2014 niet door de Europese Commissie worden onderworpen aan een inbreukprocedure,²⁴⁵ waardoor de lidstaten niet gedwongen zijn om het EU-kaderbesluit om te zetten in nationale wetgeving. De Commissie is dan ook gedwongen om op basis van een verslag aan de Raad van Ministers niet-afdwingbare aanbevelingen aan de lidstaten te doen om hun wetgeving aan te passen. De Commissie moet zich dan ook beperken tot feitenonderzoek naar de genomen uitvoeringsmaatregelen van de lidstaten.²⁴⁶

Op grond van artikel 9 lid 1 EU-kaderbesluit²⁴⁷ (ingevoerd op 22 juli 2003) treffen de lidstaten de nodige maatregelen om uiterlijk op 22 juli 2005 aan de bepalingen van dit kaderbesluit te voldoen. De lidstaten dienden het secretariaat-generaal van de Raad en de Europese Commissie te informeren over hoe zij de bepalingen uit het EU-kaderbesluit hadden omgezet.²⁴⁸ Uiterlijk op 22 oktober 2005 ging de Commissie door middel van een schriftelijke rapportage na in hoeverre de lidstaten de nodige maatregelen hadden genomen teneinde aan dit kaderbesluit te voldoen. In totaal zijn de lidstaten met betrekking tot dit EU-kaderbesluit twee keer geëvalueerd. Het eerste verslag van de Commissie aan de Raad werd gepubliceerd op 18 juni 2007, ongeveer twee jaar na de uiterlijke start van de evaluaties.²⁴⁹ Een tweede verslag²⁵⁰, gepubliceerd op 6 juni 2011, was volgens de Commissie noodzakelijk omdat uit de antwoorden van de lidstaten bleek dat het kaderbesluit zeer slecht was uitgevoerd.²⁵¹ In 2007 hadden slechts twee lidstaten de bepalingen correct omgezet in hun nationale wetgeving.²⁵²

De verslagen evalueren de artikelen 1 tot en met 7 van het EU-kaderbesluit en verwijzen daarbij naar de verklaringen van de lidstaten ten aanzien van deze artikelen.²⁵³ De wijze van evaluatie van de Commissie sluit aan bij de algemene, in 2001 aangenomen criteria ter evaluatie van de uitvoering van kaderbesluiten (nuttig effect, duidelijkheid en rechtszekerheid, volledige toepassing, en inachtneming van de omzettingstermijn).²⁵⁴

244 Een inbreukprocedure kan worden gestart ingeval een lidstaat bijvoorbeeld de implementatietermijn schendt of de richtlijn onjuist implementeert.

245 In de artikelen 258 VWEU en 260 VWEU staat de inbreukprocedure vermeld die kan leiden tot financiële sancties (boetes en dwangsommen) ten aanzien van lidstaten die de EU-wetgeving schenden.

246 COM(2007)328 def, p. 4.

247 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003, L /192.

248 Op grond van artikel 9 lid 2 EU-kaderbesluit.

249 COM(2007)328 def.

250 COM(2011)309 def.

251 COM(2011)309 def, p. 1.

252 Idem.

253 COM(2007)328 def. p. 5.

254 COM(2001)771.

2.4 DE VERENIGDE NATIES

2.4.1 Achtergrond

De laatste en, in aantal lidstaten, grootste organisatie die op het gebied van de internationale corruptieregelingen een grote rol speelt, is de Verenigde Naties (VN). De VN telt sinds 14 juli 2011²⁵⁵ 193 lidstaten en heeft daarmee de potentie om met groot succes corruptie op wereldschaal te bestrijden. In 1975 pleitte de Algemene Vergadering²⁵⁶ voor uitdrukkelijke strafbaarstelling van alle corrupte praktijken in de lidstaten.²⁵⁷ De lidstaten werden bij de invulling van deze (ontwerp)bepalingen geheel vrij gelaten. Ze mochten dus zelf weten hoe ze de corrupte praktijken rondom transnationale en andere ondernemingen, hun tussenpersonen en andere betrokkenen wilden bestrijden.²⁵⁸ Dit resulteerde uiteindelijk in een overeenkomst voor de bestrijding van actieve en passieve private omkoping. Deze werd in 1980 door de Algemene Vergadering echter niet aangenomen.²⁵⁹ De besluitvorming rond deze overeenkomst belandde in een impasse doordat de lidstaten verdeeld waren over de aanpak van corruptiebestrijding. De groep van ontwikkelingslanden, verenigd in de zogenoemde Group of 77, wilde de overeenkomst niet steunen, omdat zij een gedragscode voor transnationale ondernemingen een betere oplossing vonden. Het ontwerpen van een wereldwijde gedragscode voor transnationale ondernemingen bleek door de sociale verschillen tussen de lidstaten een onmogelijke opgave. Dit werd nogmaals duidelijk in 1992, toen de onderhandelingen over een gedragscode na vijftien jaar vastliepen.^{260, 261} Onder de ontwikkelingslanden groeide het besef dat een gedragscode onhaalbaar was. Daarom werd er vanaf dat moment gekeken naar verplichte formuleringen voor lidstaten ten aanzien van corruptie. De nadrukkelijke aandacht van de Economische en Sociale Raad van de Verenigde Naties²⁶² voor de toenemende globalisering van economische activiteiten en de daarmee samenhangende toename van de internationale georganiseerde misdaad, zorgde ervoor dat wetgeving met betrekking tot corruptiebestrijding opnieuw in de belangstelling kwam te staan. Deze aandacht leidde eerst tot een juridisch niet afdwingbare Verklaring tegen corruptie en omkoping in internationale commerciële transacties (hierna: de Verklaring), die in 1996 door de Algemene Vergadering werd aangenomen.²⁶³ Deze Verklaring dwong de lidstaten echter niet om hun

255 Laatste soevereine staat die lid van de Verenigde Naties werd was Zuid-Soedan op 14 juli 2011 (bron: www.wikipedia.nl).

256 Hoogste wetgevingsorgaan van de VN.

257 30th General Assembly, Resolution 3514 (XXX), 15 december 1975. Zie ook Smid (2012), p. 50.

258 Ibid, p. 51.

259 Ibid, p. 52. Zie ook 35th General Assembly, Decision 35/425, 5 december 1980.

260 Yearbook of the United Nations 1992, Vol. 36, New York United Nations, p. 644-645.

261 Smid (2012), p. 53. Zie ook: A. Posadas, 'Combating Corruption under International Law', *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2000, Vol 10, Issue 2, p. 369.

262 United Nations Economic and Social Council.

263 51th General Assembly, Resolution 51/191, 16 december 1996. Zie ook G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 565.

nationale wetgeving aan te passen en voorzorg niet in een evaluatiemechanisme. Een andere aanmerkelijke beperking van de Verklaring lag in het feit dat actieve en passieve omkoping in de private sector - in tegenstelling tot ambtelijke omkoping - onbenoemd bleef.²⁶⁴ De lidstaten werden alleen gevraagd om ambtelijke omkoping in hun wetgeving strafbaar te stellen.²⁶⁵ Ook de VN Conventie inzake Transnationale Georganiseerde Criminaliteit was georiënteerd op ambtelijke omkoping. Deze beperkingen hebben mede geleid tot de behoefte aan een effectief, onafhankelijk juridisch instrument ter bestrijding van onder andere private corruptie.^{266, 267} Op 31 oktober 2003, zes jaar na de Verklaring, heeft de Algemene Vergadering het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie aangenomen. Dit verdrag werd pas laat door Nederland ondertekend, waardoor het pas op 30 november 2006 in werking is getreden.²⁶⁸

2.4.2 Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie

2.4.2.1 Doel en achtergrond

Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie²⁶⁹ (hierna: VN-verdrag) is een verdrag dat gesloten is tussen 140 landen en gemeenschappen, waaronder de Europese Unie.²⁷⁰ De primaire doelstelling van het VN-verdrag is het bevorderen en versterken van maatregelen

-
- 264 Zie G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 565 3. *Bribery may include, inter alia, the following elements:*
 (a) *The offer, promise or giving of any payment, gift or other advantage, directly or indirectly, by any private or public corporation, including a transnational corporation, or individual from a State to any public official or elected representative of another country as undue consideration for performing or refraining from the performance of that official's or representative's duties in connection with an international commercial transaction;*
 (b) *The soliciting, demanding, accepting or receiving, directly or indirectly, by any public official or elected representative of a State from any private or public corporation, including a transnational corporation, or individual from another country of any payment, gift or other advantage, as undue consideration for performing or refraining from the performance of that official's or representative's duties in connection with an international commercial transaction.*
- 265 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 565.
- 266 Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on its seventh session. Zie bron: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/background/session7.html>.
- 267 Eveneens richt het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad uit 2000 zich niet op private corruptie (55th General Assembly, Resolution 55/25, 15 november 2000. *Trb.* 2004, 34).
- 268 *Trb.* 2006, 266.
- 269 Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie; New York, 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244 (*Trb.* 2004, 11 Engelse versie).
- 270 *PbEU* L 287, 29 oktober 2008. Zie ook het voorstel van de Commissie betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap, van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, COM(2006)82 def. Op deze wijze kunnen de belangen van de Europese Unie als geheel worden verdedigd en worden de nationale belangen die mogelijk kunnen afwijken van ondergeschikt belang geacht. Eveneens wordt de invloed van de Europese Unie op het beleid ten aanzien van corruptiebestrijding van de Verenigde Naties aanmerkelijker, waardoor de regelgeving van de Europese Unie meer op één lijn kan worden gebracht met de regelgeving van de Verenigde Naties. Bovendien was de toetreding van de Europese Gemeenschap een signaal aan de wereldgemeenschap dat de Europese Unie streeft naar een ruimte vrij van corruptie.

tegen corruptie.²⁷¹ De voornaamste reden voor de bestrijding van (internationale) corruptie is volgens de lidstaten dat corruptie een (grensoverschrijdende) bedreiging vormt voor de stabiliteit en de veiligheid van samenlevingen. Deze bedreiging wordt gedefinieerd als de ondermijning van democratische instituties, rechtvaardigheid en ethische waarden, en als het in gevaar brengen van de duurzame ontwikkeling van de rechtsstaat.²⁷² Daarbij zijn de lidstaten bezorgd over de relatie van corruptie met georganiseerde en grensoverschrijdende criminaliteit.²⁷³

Het VN-verdrag, dat bestaat uit 71 artikelen, is verdeeld in zes hoofdstukken. De bepalingen over corrupte gedragingen, daarmee verband houdende gedragingen en handelingen die corruptie ondersteunen, worden in hoofdstuk 3 VN-verdrag genoemd.²⁷⁴ De omkoping van personen in de private sector wordt geregeld in artikel 21 VN-verdrag, waarin aan lidstaten de suggestie wordt gedaan deze gedragingen in hun nationale wetgeving strafbaar te stellen. Het kan daarbij ook gaan om gedragingen als ongeoorloofde beïnvloeding, ongeoorloofde verrijking en misbruik van functie. Hoewel deze 'softlaw'-bepalingen toegesneden zijn op ambtelijke corruptie, zijn de overwegingen van deze bepaling van belang voor de evaluatie van de huidige particuliere omkoopbepaling in de Nederlandse strafwetgeving. Deze bepalingen zijn vernieuwend en ze verdienen dan ook, naast de behandeling van artikel 21 VN-verdrag, een behandeling in de volgende paragrafen.

2.4.2.2 Strafbaarstellingen

2.4.2.2.1 Particuliere actieve en passieve omkoping

In artikel 21 VN-verdrag is omkoping in de particuliere sector opgenomen. De Nederlandse vertaling is opgenomen in bijlage 5. Hieronder wordt dit artikel weergegeven:

"Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities:

- a) The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting:*
- b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who*

271 Op grond van artikel 1 sub a VN-verdrag.

272 Zie G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 564.

273 *Trb.* 2005, 244.

274 De bepalingen zijn onder andere, omkoping van nationale en buitenlandse ambtenaren (artt. 15 en 16), verduistering en heling (artikel 17) en witwassen (artikel 23).

directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting."

Deze bepaling sluit nagenoeg²⁷⁵ volledig aan bij de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag²⁷⁶ en bij artikel 2 EU-kaderbesluit²⁷⁷. In de Nederlandse artikelsgewijze toelichting van het VN-verdrag²⁷⁸, opgesteld door de minister van Justitie en de minister van Buitenlandse Zaken, wordt daardoor ook voor de wijze waarop Nederland uitvoering geeft aan artikel 21 VN-verdrag verwezen naar de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag en de bijbehorende memorie van toelichting tot goedkeuring van dat verdrag.²⁷⁹

2.4.2.2.2 Ongeoorloofde beïnvloeding

Artikel 18 VN-verdrag, dat aansluit bij artikel 12 RvE-Corruptieverdrag, adviseert de lidstaten om ongeoorloofde beïnvloeding ("*trading in influence*") strafbaar te stellen. In bijlage 5 is de Nederlandse vertaling opgenomen. Hieronder wordt dit artikel weergegeven:

"Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

a) The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person.

b) The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage."

In artikel 18 VN-verdrag zijn het 'actief' beloven, aanbieden of geven van elk "*undue advantage*" en het "passief" verzoeken of aanvaarden van een "*undue advantage*" opgenomen. Voor dat laatste geldt dat duidelijk moet zijn dat een ambtenaar of een andere persoon zijn reële of

275 Een van de verschillen is dat het RvE-Corruptieverdrag uitgaat van de term 'zakelijke activiteiten' en het VN-verdrag de termen 'economische, financiële of commerciële activiteiten' hanteert. De verschillen zijn niet van zodanige aard dat dit verdere bespreking behoeft.

276 Het verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

277 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

278 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 808 (R1815).

279 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509 (R1671), nr. 3, p. 16-17.

veronderstelde invloed bij de overheid misbruikt om een “*undue advantage*” te verkrijgen ten behoeve van de aanzetter of enig ander persoon.

De viervoudige aanwending van de term “*undue advantage*” is verwarrend. Ten eerste wordt met dit bestanddeel bedoeld op het “*undue advantage*” dat de ambtenaar of een andere persoon verkrijgt door gebruikmaking van zijn invloed voor de aanzetter; ten tweede wijst het “*undue advantage*” op het daadwerkelijk voordeel dat de aanzetter van de ambtenaar of andere persoon verkrijgt. Het gebruik van “*undue advantage*” in artikel 12 RvE-Corruptieverdrag is daarentegen eenvoudiger, aangezien het “*undue advantage*” in dit artikel alleen ziet op het voordeel dat de ambtenaar of een andere persoon verkrijgt.²⁸⁰ Daarbij maakt het voor artikel 12 RvE-Corruptieverdrag niet uit of de invloed is uitgeoefend en of de veronderstelde beïnvloeding heeft geleid tot het beoogde resultaat, terwijl artikel 18 VN-verdrag een daadwerkelijk voordeel voor de aanzetter van de ambtenaar of andere persoon eist. Artikel 12 RvE-Corruptieverdrag gaat derhalve strafrechtelijk bezien verder.

Het facultatief karakter van deze bepaling kan worden afgeleid uit het feit dat elke staat die partij is slechts dient te overwegen om ongeoorloofde beïnvloeding strafbaar te stellen. Nederland heeft terecht niet gekozen voor de implementatie van deze strafbaarstelling en verwijst onder andere naar de redenen die zijn gebruikt voor het gemaakte voorbehoud met betrekking tot artikel 12 RvE-Corruptieverdrag.²⁸¹ Dit voorbehoud is volgens de Nederlandse wetgever gemaakt omdat ongeoorloofde beïnvloeding nagenoeg geheel bestraft kan worden op grond van de bepalingen inzake actieve en passieve ambtelijke omkoping.²⁸² In andere gevallen waarbij de toepassing van deze strafbaarstellingen niet mogelijk is, bijvoorbeeld lobbyen²⁸³, is er volgens de wetgever ook geen sprake van laakbaar handelen. (Zie paragraaf 2.2.2.2 voor een uitvoeriger behandeling van ongeoorloofde beïnvloeding in het RvE-Corruptieverdrag.)

2.4.2.2.3 Misbruik van functie

In artikel 19 VN-verdrag wordt de lidstaten opgedragen om te overwegen om het delict misbruik van functie strafbaar te stellen. Deze bepaling is interessant om te benoemen, aangezien een dergelijke strafbaarstelling mede zou kunnen worden geïmplementeerd in een niet-ambtelijke omkopingsvariant. De Nederlands vertaling is vermeld in bijlage 5. Hieronder wordt artikel 19 VN-verdrag weergegeven:

280 Zie hiervoor, paragraaf 2.2.2.2.

281 *Kamerstukken II 2000/01, 27 509 (R1671), nr. 3, p. 18.* Zie hiervoor, paragraaf 2.2.2.2.

282 *Kamerstukken II 2005/06, 30 808-(R1815).*

283 Op basis van de al dan niet gefinancierde invloeduitoefening op de ambtelijke of politieke besluitvorming in de vorm van het lobbyen door vertegenwoordigers van belangenorganisaties.

“Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity.”

In dit artikel is eigenlijk een uitgekleden vorm van passieve ambtelijke omkoping opgenomen. De ambtenaar is de enige actor, in vergelijking met de traditionele passieve omkopingsartikelen²⁸⁴, waarbij ten minste twee personen worden genoemd. Dit heeft een bewijsverlichting tot gevolg, zodat niet aangetoond hoeft te worden dat deze ambtenaar direct of indirect van een ander een *“undue advantage”* verzoekt of aanvaardt; het *“undue advantage”* dient alleen te zijn verkregen.

2.4.2.2.4 Ongeoorloofde verrijking

In artikel 20 VN-verdrag²⁸⁵ wordt aan de lidstaten opgedragen om te overwegen om het delict ongeoorloofde verrijking op te nemen in hun strafwetgeving. Deze bepaling is interessant om weer te geven, aangezien een dergelijke strafbaarstelling als aanvulling zou kunnen dienen in verband met de huidige niet-ambtelijke omkopingsbepaling. De Nederlandse vertaling is vermeld in bijlage 5. Hieronder wordt artikel 20 VN-verdrag weergegeven:

“Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.”

Een ruimere bepaling ten opzichte van artikel 19 VN-verdrag wordt gevormd door dit artikel, waarin als belangrijkste zinsnede in de Nederlandse vertaling is opgenomen *“wanneer een overheidsfunctionaris geen redelijke verklaring kan geven voor een aanzienlijke toename van zijn activa in zijn relatie tot zijn rechtmatige inkomen”*. Een van de hoofdargumenten voor het opnemen van dit artikel in het VN-verdrag is dat het delict ‘omkoping’ moeilijk te bewijzen is. Het is immers een delict waarbij geen directe slachtoffers vallen en dat vaak geen financiële sporen achterlaat. Het enige zichtbare resultaat van financieel-strafrechtelijk onderzoek kan een stijging van het vermogen van deze persoon zijn. Deze bepaling kan de juridische aanpak van corruptie sterk vereenvoudigen, aangezien verdachten die niet meewerken of een gebrekkige verklaring voor de toename van hun activa geven, strafbaar zijn.

284 Op grond van artikelen 362 en 363 Sr.

285 Trb. 2005, 244.

De Nederlandse regering heeft besloten dit artikel niet te implementeren omdat de vrij vage termen 'aanzienlijke toename' en 'geen redelijke verklaring' het rechtszekerheids- en het lex-certa-beginsel ondermijnen. Deze beginselen worden onder andere in westerse landen alom gerespecteerd. Het is niets voor niets dat vooral Zuid- en Midden-Amerikaanse landen, die traditioneel hoog scoren op de corruptie-index van de Transparency International (TI)²⁸⁶, voor een ruime bepaling pleiten.²⁸⁷ De strafbaarstelling is vergelijkbaar met die van artikel IX van het op 29 maart 1996 tot stand gekomen Inter-Amerikaans Verdrag tegen Corruptie.²⁸⁸

Een ander tegenargument van de Nederlandse regering is dat het artikel een omkering van de bewijslast suggereert. De ambtenaar moet immers aantonen dat de groei van zijn vermogen, die op zichzelf niet strafbaar is, rechtmatig heeft plaatsgevonden.²⁸⁹ Deze bewijsomkering in het strafrecht verhoudt zich slecht met de onschuldpresumptie en het nemo-tenetur-beginsel, oftewel het verbod op zelfincriminatie. Het Openbaar Ministerie behoort het bewijs van schuld te leveren en deze taak komt niet toe aan de verdachte.²⁹⁰

Het is daarentegen opmerkelijk dat de strafrechtelijke sanctie in de vorm van een maatregel, het voordeelsontnemingsartikel 36e Sr, wel in een bewijsomkeringsstructuur voorziet.²⁹¹ In artikel 36e lid 3 Sr kan immers worden vermoed dat uitgaven die de veroordeelde heeft gedaan in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van het misdrijf een wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan uit een legale bron van inkomsten. Toch is hier volgens Muller sprake van een uitzondering, aangezien het bij de ontneming van wederrechtelijk voordeel hoofdzakelijk gaat om het vaststellen van de hoogte van het genoten voordeel en niet om het vaststellen van het strafbare gedrag.²⁹² Daarbij dient er op grond van artikel 36e lid 3 Sr nog wel sprake te zijn van een onderliggend strafbaar feit waarvoor de verdachte is veroordeeld. Zoals Mevis het verwoordt: *"Er blijft immers vereist dat wordt vastgesteld dat het voordeel een wederrechtelijke oorsprong heeft. (...) Onschuldpresumptie en bewijslastverdeling zijn vervolgens in een procedure waarin de toepassing van een strafrechtelijke maatregel op het spel staat, inderdaad minder hard van toepassing dan op een verdachte in een tegen hem gerichte strafvervolging."*²⁹³

286 Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>.

287 *Kamerstukken II 2005/06, 30 808-(R1815)*. Dit is een indirecte bron. De originele bron is helaas niet gevonden.

288 *Kamerstukken II 2005/06, 30 808-(R1815)*.

289 *Kamerstukken II 2005/06, 30 808-(R1815)*. In paragraaf 6.3.5 wordt teruggekomen op deze aanvulling in het kader van de bestrijding van niet-ambtelijke omkoping.

290 *Kamerstukken II 2005/06, 30 808-(R1815)*.

291 Zie ook P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 722.

292 D. Muller, Artikel 36° lid 3 Sr: Voldoet de nieuwe wetgeving aan de vereisten van het EVRM?, *BOOM-Nieuws* 61, p. 22.

293 HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1182 (m. nt. Mevis).

Dit werd ook bevestigd in het EVRM-arrest Phillips vs UK, waarin - kort samengevat - werd geoordeeld dat zo'n bewijsvermoeden geoorloofd is. De reden is dat artikel 6 lid 2 EVRM (onschuldpresumptie) niet van toepassing is op de ontnemingsprocedure, aangezien er geen sprake is van een nieuw ingestelde criminal charge.²⁹⁴

Met betrekking tot de in artikel 20 VN-verdrag opgenomen omkering van de bewijslast zijn de bezwaren van de Nederlandse regering ten aanzien van dit artikel derhalve begrijpelijk en vanuit juridisch perspectief te rechtvaardigen. Het gaat hier immers om het louter vaststellen van het strafbare gedrag van de verdachte. Bovendien kan een verdachte door de omkering van de bewijslast eenvoudiger worden veroordeeld, waardoor de doorwerking naar en de toepassing van de ontnemingsmaatregel eveneens eenvoudiger worden. Op deze wijze wordt er wel erg lichtvaardig omgesprongen met de rechtsbescherming van de verdachte. Een nadere beschouwing naar aanleiding van de vraag of - en zo ja, in hoeverre - artikel 20 VN-verdrag een aanvulling kan zijn voor de Nederlandse strafwetgeving is opgenomen in paragraaf 6.3.5, waarin ook aandacht wordt geschonken aan de 'Murray'-gedachte.

2.4.2.3 Sancties

In artikel 30 VN-verdrag wordt, in tegenstelling tot de sanctiebepalingen in het RvE-Corruptieverdrag en het EU-kaderbesluit, uitvoerig ingegaan op de beginselen en waarborgen die van belang zijn voor de oplegging van sancties aan een lidstaat. Het artikel suggereert dat passende sancties en maatregelen in relatie tot de ernst van het feit door de lidstaten zouden moeten worden opgelegd teneinde deze delicten doeltreffend te bestrijden. Het artikel bevat, net als het RvE-Corruptieverdrag maar in tegenstelling tot het EU-kaderbesluit, geen strafminimum en -maximum. Bijlage 5 bevat de Nederlandse vertaling van deze sanctiebepaling.

2.4.3 Monitoring

In de artikelen 63 en 64 VN-verdrag²⁹⁵ wordt gesteld dat de lidstaten de taak hebben om een effectieve monitoringsprocedure tot stand te brengen en te faciliteren. Deze taak is volgens de Nederlandse wetgever essentieel om corruptie wereldwijd te bestrijden en om het vertrouwen van de lidstaten in elkaars rechtsstelsels te bevorderen.²⁹⁶ Evenals de perikelen bij de totstandkoming van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie (een gedragscode of een overeenkomst van verplichte strafbepalingen en de keuze voor het al dan niet invoeren van facultatieve bepalingen²⁹⁷), is ook de wijze waarop uitvoering moet

294 EHRM 5 juli 2001, 41087/98; LJN AD 3514.

295 Het artikel is te omvangrijk om overzichtelijk weer te geven.

296 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 808-(R1815).

297 Zie hiervoor, paragraaf 2.4.1.

worden gegeven aan het monitoren van het VN-verdrag, onderwerp van discussie geweest. De gevoeligheden hadden vooral betrekking op landenbezoeken, de openbaarheid van evaluatierapporten en de daarmee samenhangende rol die een onafhankelijke derde kan spelen bij de evaluaties.²⁹⁸ Een landenbezoek is essentieel om de implementatieprocessen van de lidstaten te controleren, aangezien anders de lidstaten zelf, mogelijk minder kritisch en objectief, hun evaluatierapporten zouden kunnen opstellen. Daarbij kan een kritische burgerbevolking door de openbaarheid van de evaluatierapporten druk uitoefenen op het implementatieproces van de desbetreffende lidstaat. De inzet van een onafhankelijke derde bij de evaluaties van de landen kan zorgen voor een betrouwbaarder beeld van de uitgevoerde evaluaties.

De deze gevoeligheden hebben gezorgd voor een afzwakking van het uiteindelijk tot stand gekomen monitoringsmechanisme. Het monitoren van landen bestaat uit fasen van tien jaar, waarin alle onderwerpen van het VN-verdrag worden geëvalueerd. De evaluaties worden gecoördineerd (niet uitgevoerd) door de Implementation Review Group in opdracht van de CoSP (Conference of State Parties).²⁹⁹ De eerste afzwakkingen van het monitoringsmechanisme houden in dat twee lidstaten een andere lidstaat dienen te evalueren³⁰⁰ en dat lidstaten een bezoek (van andere lidstaten) mogen weigeren.³⁰¹ Een andere afzwakking is dat de evaluatierapporten vertrouwelijk kunnen blijven.³⁰² Het is aan de betreffende lidstaat om te beslissen of het rapport al dan niet (in delen) openbaar wordt gemaakt.³⁰³ Het vrijwillige karakter van het monitoringsmechanisme wordt versterkt door paragraaf 59 Terms of reference: *“a State signatory to the Convention may participate in the Mechanism as a State under review on a voluntary basis.”* Eenzelfde vrijblijvendheid en vrijwilligheid is terug te vinden in de financiering van de evaluatierapporten: *“the costs associated with such participation shall be paid from available voluntary contributions.”*

De deze bevindingen doen ernstig afbreuk aan het oorspronkelijke doel van het VN-verdrag om corruptie op globaal niveau te bestrijden. Daarbij is een streng, rechtvaardig en van de lidstaten onafhankelijk evaluatiemechanisme nodig, gestoeld op openbaarheid en gedwongen medewerking van landen, om bindende³⁰⁴ beslissingen te kunnen nemen die

298 Smid (2012), p. 183.

299 Ibid, p. 184.

300 Term of reference, paragraaf 3, Annex 1 bij Resolution 3/1 of the Conference of the States Parties tot the United Nations, *Convention against Corruption*, CAC/COSP/ 2009/15, paragraaf 18.

301 Ibid, paragraaf 29.

302 Ibid, paragraaf 37.

303 Ibid, paragraaf 38.

304 Gebondenheid bijvoorbeeld in de vorm dat bij niet-naleving van de implementatiebeslissingen van dit evaluatiemechanisme dwangsommen of boetes kunnen worden opgelegd.

haaks staan op de individuele belangen van de lidstaten, maar die het wereldwijde belang van de corruptiebestrijding ondersteunen. Daarbij dient beseft te worden dat het realiseren van een dergelijk evaluatiemechanisme in verband met het grote aantal VN-lidstaten een nagenoeg onmogelijke opgave is, waardoor enige vrijblijvendheid nodig kan zijn om consensus onder de lidstaten te bereiken.

2.5 CONCLUSIE VAN HOOFDSTUK 2

In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de diverse internationale regelingen met betrekking tot onder andere de strafbare gedragingen actieve en passieve private omkoping. Het doel was om een volledige beschrijving te geven van de voor Nederland toepasselijke internationale wet- en regelgeving op het gebied van niet-ambtelijke omkoping. Hiermee is een fundament gelegd voor een verdere analyse van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel in de vervolghoofdstukken.

Smid heeft in 2012 al opgemerkt dat een ondoordringbaar woud van gedeeltelijk overlappende regelingen is ontstaan.³⁰⁵ In 2001 merkte Corstens al op dat verschillende internationale organisaties zich kennelijk in een felle concurrentiestrijd op dit onderwerp hadden gestort.³⁰⁶ Het is van belang dat de problematiek inzake corruptie is erkend en dat in de toekomst de internationale organisaties de evaluatieprocessen op elkaar afstemmen, zodat corruptie eensgezind op wereldniveau kan worden bestreden.

De internationale niet-ambtelijke omkopingsregelingen hebben hoofdzakelijk als te beschermen rechtsbelang het bevorderen van de eerlijke concurrentie en zijn daarmee, anders dan de Nederlandse strafbaarstelling op grond van artikel 328ter Sr, niet specifiek toegesneden op het te beschermen rechtsbelang van de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever. De internationale wetgeving hanteert de term 'undue advantage' om bagateldelicten uit te sluiten van de formuleringen genoemd in de corruptieverdragen. De Nederlandse strafwetgeving bakent dit echter af door middel van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. Alleen het EU-kaderbesluit stelt eisen aan de hoogte en laagte van de gevangenisstraffen. In de bepaling staat dat voor actieve en passieve private corruptie een gevangenisstraf van een tot drie jaar mag worden opgelegd. Het huidige artikel 328ter Sr, dat uitgaat van een strafmaximum van vier jaar, wijkt hiervan af. Een discussie over de voorkeur welke bestanddelen van deze internationale instrumenten kunnen worden gebruikt voor de nieuwe strafbepaling wordt in hoofdstuk 6 gevoerd.

305 Smid (2012), p. 62.

306 G.J.M. Corstens, 'Europese initiatieven tegen corruptie', in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie, van taboe naar sociale verandering*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 30.

Ook zijn in dit hoofdstuk bepalingen zoals de ongeoorloofde beïnvloeding, ongeoorloofde verrijking en misbruik van functie de revue gepasseerd en geëvalueerd omdat deze bepalingen een aanvulling dan wel een alternatief zouden kunnen zijn voor de huidige Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsbepalingen. Ook wordt in hoofdstuk 6 ingegaan op de vraag welke van deze instrumenten geschikt zouden zijn voor de Nederlandse strafwetgeving. Bovendien is in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de verschillende monitoringsmechanismes die de internationale organisaties hanteren.

Hoofdstuk 3

Strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving

*Neem geen steekpenningen aan, want steekpenningen maken de zienden blind
en de rechtvaardigen tot leugenaar.*

Exodus 23:8³⁰⁷

3.1 INLEIDING

De actieve en passieve omkoping van niet-ambtenaren is in 1967 strafbaar gesteld in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr.³⁰⁸ De strafbepaling luidde voor 1 januari 2015 als volgt:

1. *Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, en dit aannemen of vragen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.*
2. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever.*

Per 1 januari 2015 is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit³⁰⁹ in werking getreden en luidt artikel 328ter Sr als volgt:

1. *Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in strijd met zijn plicht in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.*
2. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze handelt in strijd met zijn plicht.*

308 Wet van 23 november 1967, Stb. 565 (Strafbaarstelling van omkoping van anderen dan ambtenaren). Zie ook *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 2 (Wetsvoorstel), nr. 3 (MvT) en nr. 4 (Rapport van de Commissie-Mulder).

309 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 2, p. 1 (Wetsvoorstel), Stb. 2014, 445 en 513.

- 3
3. *Onder handelen in strijd met zijn plicht als bedoeld in de voorgaande leden wordt in elk geval begrepen het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst.*
 4. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber, indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid omschreven alsmede hij die dit feit begaat na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*
 5. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die een feit als in het tweede lid omschreven begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een dienstbetrekking of het optreden als lasthebber, indien deze dienstbetrekking of dit optreden als lasthebber is gevolgd alsmede hij die dit feit begaat jegens een persoon na diens dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*

Het artikel werd, hoewel van 1969 tot en met 1982 een officier van justitie speciaal belast was met de opsporing en vervolging van niet-ambtelijke corruptie³¹⁰, tot het einde van die periode weinig toegepast. Volgens Tak waren criminele zaken met betrekking tot private omkoping een zeldzaamheid en waren er geen indicaties bij de politie dat er gegevens werden bijgehouden van dit delict.³¹¹ Tussen 1981 en 1990 werden er slechts 34 omkopingszaken gerapporteerd, waarvan maar twee werden gevonnist. Dit geeft volgens Tak aan dat het bedrijfsleven preferereert de omkopingsproblematiek intern op te lossen, zodat negatieve publiciteit wordt voorkomen.³¹² De afgelopen tien jaar (1999-2009) is het gebruik van dit artikel volgens Tonino echter sterk toegenomen.³¹³ In deze periode werden maar liefst 81 zaken van de 167 aangemaakte parketnummers voor de rechter door het Openbaar Ministerie aangedragen. In 65 van deze zaken werd een straf opgelegd.³¹⁴ Bij deze 81 zaken komen nog 29 zaken die met een transactie zijn afgedaan. De overige 57 zaken werden afgedaan met een onvoorwaardelijk sepot. Deze lijn heeft zich in de jaren 2009-2014 doorgezet.³¹⁵ Dit is volgens Tonino mede te verklaren door de toegenomen Nederlandse politieke aandacht voor financieel-economische fraude en, hiermee samenhangend, een

310 Zie ook Hof Amsterdam 7 oktober 1971, ECLI:NL:GHAMS:1971:AB4064, NJ 1972/149.

311 G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National en Supranational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003, p. 280, 283 en 634.

312 Idem, en zie ook H.G. van de Bunt, 'Maatregelen tegen corruptie in het bedrijfsleven', *Justitiële Verkenningen* 1993, 1, p. 35-51.

313 J.H. Tonino, 'Enkele opmerkingen over de vervolging van niet-ambtelijke corruptie in de huidige praktijk van fraudebestrijding', *Strafblad* 2009, p. 23.

314 Zie bijlage 7 en 8, anders vrijspraak, dagvaarding nietig, schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel dan wel Openbaar Ministerie niet ontvankelijk.

315 Zie bijlage 6, 7 en 8.

meer toegespitste vervolgingspraktijk hierop.³¹⁶ Daarbij staat ook op internationaal niveau corruptie in de private sector midden in de belangstelling, wat blijkt uit het gegeven dat de Raad van Europa, de Europese Unie en de Verenigde Naties zich over dit onderwerp hebben ontfermd door verdragen of kaderbesluiten op te stellen.³¹⁷

In dit hoofdstuk worden achtereenvolgens de achtergronden, doelstellingen en bestanddelen van artikel 328ter Sr behandeld. Daarbij wordt uitgebreid stilgestaan bij het bestanddeel 'het zwijgen in strijd met de goede trouw', dat zowel in de oude als in de nieuwe wettelijke bepaling is opgenomen. Ook wordt uitgebreid ingegaan op alle aspecten van de wet, die per 1 januari 2015 geldt. Het is van belang om vanuit de 'oude' wetgeving, de nieuwe wetgeving te analyseren omdat zo de wijzigingen beter doorgrond kunnen worden. Het is gelijk de vraag of de 'oude' wetgeving wel zo oud is, omdat vermoedelijke zaken die lopen nog twaalf jaar lang met stuiting onder de 'oude' strafbepaling kunnen vallen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

3.2 KARAKTER, DOELSTELLING(EN) WETGEVER EN AFBAKENING

In artikel 328ter lid 1 en 2 zijn de actieve en de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping strafbaar gesteld; dit artikel valt onder de bedrogsdelicten van titel XXV, waarvan het voornaamste bedrogsdelict oplichting (artikel 326 Sr) is. De Commissie Mulder, die onderzoek deed naar een mogelijke strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping, meende destijds dat een strafbepaling tegen corruptie zo sterk aan bedrog verwant was, dat het opnemen daarvan in de Titel Bedrog de voorkeur verdiende.³¹⁸ Als kenmerk van bedrog wordt doorgaans beschouwd dat de dader zich wederrechtelijk een voordeel wil verschaffen en daarbij de bedrogene benadeelt.³¹⁹ Het is echter voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping juridisch niet vereist dat de werkgever ook daadwerkelijk wordt benadeeld of bevoordeeld.³²⁰ Toch is het opnemen van deze strafbepaling in de Titel Bedrog, zeker nu de ambtelijke omkopingsbepalingen in de Titels Misdrijven tegen het openbaar gezag c.q. Ambtsmisdrijven zijn opgenomen, te ondersteunen, aangezien een andere plaatsing op nog meer bezwaren zou stuiten.

316 Idem. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 2.

317 Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130 en het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, New York 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244.

318 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 16.

319 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rummelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

320 H.J.B. Sackers, P.A.M. Mevis, *Fraudedelicten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk-Willink 2000, p. 99.

De vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever staat volgens Van Bemmelen³²¹ en Van de Bunt³²² centraal in de doelstelling van de wetgever bij de invoering van de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping. De primaire doelstelling van de wetgever met de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping is dan ook het beschermen van de zuiverheid van de dienstbetrekking, oftewel het vertrouwen dat een werkgever³²³ in zijn werknemer³²⁴ moet kunnen stellen.³²⁵ De wetgever heeft volgens Roording bij deze strafbaarstelling vooral oog gehad voor de gevaren en de schade van omkoping voor de onderneming of instelling waarin de omgekochte werkzaam is.³²⁶ De kern van het gevaar van steekpenningen is volgens Salomonson dat de ondergeschikte zich door zijn persoonlijk belang laat leiden en de belangen van zijn principaal uit het oog verliest.³²⁷ Ook de Commissie Mulder vond dat de vertrouwensschending van de werknemer jegens de werkgever bepalend dient te zijn voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping.³²⁸ Als dit vertrouwen straffeloos kan worden geschonden, wordt volgens de wetgever ook de publieke moraal aangetast.³²⁹

Een tweede, meer ondergeschikte doelstelling van de wetgever is de bescherming van de concurrentieverhoudingen tussen economische partijen.³³⁰ Hoewel de Commissie Mulder expliciet stelde dat oneerlijke concurrentie geen rechtsgrond voor de strafbaarstelling is, stipt de Commissie aan dat ook gevallen van oneerlijke mededinging door de strafbepaling kunnen worden gedekt.³³¹ De Doelder merkt daarbij op dat het in Nederland, net als in Engeland en Frankrijk, primair gaat om de zuiverheid van de dienstbetrekking, maar dat het aspect van de oneerlijke concurrentie niet mag worden vergeten.³³² Roording vult daarbij aan dat de Nederlandse strafbaarstelling van private corruptie niet primair beoogt eerlijke concurrentie of een goede marktwerking te garanderen.³³³

321 J.M. van Bemmelen, 'Niet-ambtelijke omkoping', *NJB* 1966, p. 184.

322 H.G. van de Bunt, 'Maatregelen tegen corruptie in het bedrijfsleven', *Justitiële Verkenningen* 1993, nr. 1, p. 37.

323 Werkgever en lastgever worden in dit proefschrift als synoniemen verondersteld.

324 Werknemer en lasthebber worden in dit proefschrift als synoniemen verondersteld.

325 Tonino (2009), p. 24 en Mevis (2000), p. 99.

326 Roording, 'Corruptie in het Nederlandse Strafrecht', *DD* 2002, p. 139.

327 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht, een studie over omkoping en andere ambtsdelicten (diss. Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 416-417. Zie ook: L. Salomonson, *Steekpenningen (diss. Leiden)*, Leiden: Vilders 1925, p. 8-9.

328 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 15-16.

329 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 3, p. 16.

330 Idem.

331 Idem.

332 H. de Doelder, 'Enige opmerkingen over artikel 328ter Sr', in: A.C. Hart, W. Nieboer et al. (red.) *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts (Geurts-Bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 17.

333 Roording (2002), p. 109.

In het kader van de afbakening, de achtergrond en de mogelijke samenloop van het delict niet-ambtelijke omkoping en ambtelijke omkoping is het van belang uitgebreider in te gaan op de verhouding tussen de delicten niet-ambtelijke en ambtelijke omkoping.

De te beschermen rechtsbelang van de strafbaarstelling van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping verschilt principieel³³⁴ van de strafbaarstelling van actieve en passieve ambtelijke omkoping, die de integriteit en de betrouwbaarheid van het overheidsapparaat als kerndoel voorop zet. De nadruk ten aanzien van actieve en passieve ambtelijke omkoping ligt volgens Sikkema op het algemeen belang dat de overheid en de ambtenaar behoren te behartigen en niet op het 'persoonlijke' belang van de principaal.³³⁵ Sikkema ondersteunt zijn redenering door te verwijzen naar de plaatsing van actieve ambtelijke omkoping in titel VIII (Misdrijven tegen het openbaar gezag) en passieve ambtelijke omkoping in titel XXV III (Ambtsmisdrijven). De private werknemers mogen in dit verband dan ook niet worden gelijkgesteld met ambtenaren, aangezien deze laatste worden aangesteld in dienst van de gemeenschap.³³⁶ Het schadelijke karakter van de omkoping van ambtenaren bleek ook uit de oude artikelen 362 en 177a Sr, waarin het handelen zonder in strijd met zijn plicht eveneens strafbaar wordt gesteld met een maximale vrijheidsstraf van twee jaar en vier jaar voor het handelen in strijd met zijn plicht.³³⁷ Volgens Mevis is de integriteit van het gehele overheidsapparaat in het geding en niet slechts de integriteit van die ene ambtenaar die moet worden gecorrigeerd.³³⁸ Een ambtelijke omkoping schokt het algemeen vertrouwen en doet afbreuk aan het gezag van het overheidsapparaat.³³⁹ Deze redeneringen en een hoger strafmaximum voor ambtelijke omkoping leiden ertoe dat ambtelijke omkoping kwalijker wordt geacht dan niet-ambtelijke omkoping.³⁴⁰ De doelstelling van de strafbaarstelling van ambtelijke omkoping heeft dus een ander doel dan de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping.

334 C.F. Ruter, A.J. Hoekema, 'Omkoping van anderen dan ambtenaren', *TvS* 1968, p. 136.

335 Sikkema (2000), p. 417.

336 *Ibid.*, p. 418.

337 Zie verder hoofdstuk 5.

338 Mevis (2000), p. 90.

339 *Idem.*

340 Sikkema (2005), p. 417. Zie ook Mevis (2000), p. 90.

3.3 BESTANDELEN VAN NIET-AMBTELIJKE OMKOPING

3.3.1 Algemeen

In artikel 328ter lid 1 Sr wordt de omgekochte strafbaar gesteld (passieve niet-ambtelijke omkoping) en in artikel 328ter lid 2 Sr de omkoper (actieve niet-ambtelijke omkoping). Deze wetsvolgorde sloot aan bij de primaire doelstelling van de wetgever met betrekking tot de strafbaarstelling van artikel 328ter Sr, aangezien de zuiverheid van de dienstbetrekking door de omgekochte wordt geschonden. De leden van dit artikel sluiten nagenoeg naadloos op elkaar aan en worden daarom in dit hoofdstuk zoveel mogelijk in samenhang behandeld. Als van deze benadering wordt afgeweken, wordt dat duidelijk aangegeven. Aangezien sommige bestanddelen van artikel 328ter Sr (nauw) samenhangen met bestanddelen van de ambtelijke omkopingsbepalingen³⁴¹ kan hiervoor dezelfde literatuur en jurisprudentie worden gebruikt.

3.3.2 Anders dan als ambtenaar

3.3.2.1 Ambtenarenbegrip

De strafbaarstelling van artikel 328ter Sr hanteert een negatieve definitie van een niet-ambtenaar: *“hij die anders dan als ambtenaar”*. Teneinde een goed begrip te krijgen welke personen nu wel of niet onder deze strafbepaling vallen, is een uiteenzetting van het ambtenarenbegrip onvermijdelijk. Niettemin wordt in dit hoofdstuk het ambtenarenbegrip slechts kort behandeld, aangezien Sikkema in zijn proefschrift³⁴² het ambtenarenbegrip zeer uitgebreid aan de orde heeft gesteld.

Het ambtenarenbegrip uit artikel 328ter Sr wordt niet gedefinieerd in het Wetboek van Strafrecht. Minister Modderman overwoog dat begrippen van algemene bekendheid geen opneming in het Wetboek van Strafrecht vergen, aangezien dit wetboek geen leerboek diende te zijn en de interpretatie van het bestanddeel ‘ambtenaar’ toe diende te komen aan de rechters.³⁴³ Een andere reden is dat ‘ambtenaar’ volgens ‘t Hooft ook al in 1890 een van de moeilijkst te definiëren begrippen was.³⁴⁴

De jurisprudentie vult daarom het begrip ambtenaar formeel en materieel in, wat inhoudt dat de formele criteria van artikel 1 Ambtenarenwet³⁴⁵ en de uitbreiding van het

341 Op grond van de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr.

342 Sikkema (2005), p. 23-79.

343 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste Deel*, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 526-527.

344 H.P. ‘t Hooft, *Omkoopings van ambtenaren (diss. Leiden)*, Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 10.

345 Wet van 12 december 1929, houdende regelen betreffende den rechtstoestand van ambtenaren.

ambtenarenbegrip op grond van artikel 84 Sr leidend zijn bij het beantwoorden van de vraag of iemand een ambtenaar is. Eerst volgt een bespreking van de formele criteria, en vervolgens wordt het materiële criterium behandeld.

Op grond van artikel 1 lid 1 AW is een ambtenaar diegene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. De aanstelling als ambtenaar is een eenzijdige rechtshandeling en zodoende niet de tweezijdige arbeidsovereenkomst volgens burgerlijk recht (artikel 7:610 BW³⁴⁶ jo. artikel 1 lid 3 AW). Dit heeft tot gevolg dat iemand met een naar burgerlijk recht gesloten arbeidsovereenkomst in beginsel (formeel) geen ambtenaar is (artikel 1 lid 3 AW). Tot de openbare dienst behoren alle diensten en bedrijven die door de Staat en de openbare lichamen worden beheerd (artikel 1 lid 2 AW). Openbare lichamen zijn bijvoorbeeld de gemeente, de provincie en het waterschap.³⁴⁷

In artikel 84 Sr wordt in ieder geval onder een ambtenaar verstaan: leden van algemeen vertegenwoordigde organen, scheidsrechters³⁴⁸, zij die administratieve macht uitoefenen en iedereen die tot de gewapende macht behoort. Minister van Justitie A. Modderman (1883-1879) heeft aangegeven dat artikel 84 Sr een uitbreiding van het ambtenarenbegrip is. De termen 'worden begrepen' en 'worden mede begrepen' geven volgens minister Modderman ondersteuning aan deze opvatting.³⁴⁹

De Hoge Raad heeft in 1911 de betekenis van het begrip ambtenaar verder gespecificeerd: *"een ambtenaar is een persoon die door het openbaar gezag is aangesteld tot een opdracht om een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten"*.³⁵⁰ De Hoge Raad³⁵¹ heeft in 1995 het ambtenarenbegrip verder verruimd door onder ambtenaar te verstaan *"degene die onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd, teneinde een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten"*.³⁵²

346 Burgerlijk Wetboek.

347 Sikkema (2005), p. 27.

348 Hieronder zal men voornamelijk dienen te verstaan de arbiters aan wie op de voet van het Vierde Boek van Rv de beslissing van een rechtsgeschil (rechtszaak) is opgedragen. Noyon/Langemeijer & R Emmelink, *Wetboek van Strafrecht, aantekening 3 bij artikel 84 Sr*, bijgewerkt tot 1 september 2002.

349 Zie verder Sikkema (2005), p. 44-54.

350 HR 30 januari 1911, W 9149.

351 HR 30 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0179, NJ 1995/620, m. nt. 't Hart en HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD1498, NJ 1996/513.

352 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244 (Enquête Bouwnijverheid), nr. 9 (Deelproject 2; 'De maat van het onregelmatige'), i.h.b. blz. 137. Zie ook J. F. L. Roording, 'Corruptie in het Nederlandse strafrecht', *DD 2002*, p. 117, H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 501 en de aldaar op p. 495-490 besproken rechtspraak.

De aanvaarding van de term ‘onder toezicht en verantwoordelijkheid’ heeft tot gevolg dat ook een reclasseringswerker in dienst van een private reclasseringsinstelling kan worden beschouwd als ambtenaar, aangezien de reclassering onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid functioneert.³⁵³ De Hoge Raad geeft als argument dat de overheid met betrekking tot de privatisering niet haar verantwoordelijkheid heeft willen prijsgeven, maar deze juist wilde behouden.³⁵⁴ Daarbij dient er sinds het eerder genoemde sleutelarrest uit 1995 sprake te zijn van een aanstelling onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid.³⁵⁵ De Hoge Raad breidt deze aanstelling uit naar de uitzondering van artikel 1 lid 3 AW (“een ambtenaar in de zin van de ambtenarenwet is niet degene, met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten”), zodat de vraag of iemand in strafrechtelijke zin ambtenaar is uitdrukkelijk niet uitsluitend aan de hand van alleen de Ambtenarenwet moet worden beantwoord.³⁵⁶ Daarbij is het ook niet relevant of iemand ook arbeidsrechtelijk als ambtenaar moet worden beschouwd.³⁵⁷

Het bestanddeel “in functie waaraan het openbaar karakter niet kan worden ontzegd” is minder relevant, aangezien het bestanddeel “teneinde een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten” de volgende vereiste is. Indien de overheidstaak blijkt uit de bewijsmiddelen wordt tegelijkertijd voldaan aan de voorwaarde van het openbaar karakter. ‘Openbaar’ is volgens Sikkema in dit verband immers niets anders dan “de aangelegenheid van (gedeelten van) de staat betreffende”.³⁵⁸ Ook Schepper is van mening dat het bestanddeel “teneinde een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten” een nadere invulling is van het openbaar karakter van de functie.³⁵⁹ De zinsnede uit het Oorrest van 1995³⁶⁰ “teneinde een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten”, is volgens Roording ruim interpreteerbaar en kan daardoor tot willekeur leiden. Een machinist van de Nederlandse Spoorwegen is volgens hem geen ambtenaar in strafrechtelijke zin omdat de overheid, anders dan bij de private reclasseringsinstelling, te veel afstand heeft genomen van de taakuitoefening van de NS.³⁶¹ Sikkema nuanceert het standpunt van Roording dat deze zinsnede tot willekeur kan leiden, aangezien de rechter vooral naar

353 Roording (2002), p. 117.

354 Sikkema (2005), p. 35. Zie ook HR 30 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0179, NJ 1995/620, m. nt. 't Hart.

355 HR 30 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0179, NJ 1995/620, m. nt. 't Hart. Zie ook conclusie Jörg bij HR 7 april 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG7743 voor een uitgebreide uiteenzetting van het ambtenarenbegrip.

356 HR 7 oktober 1947, NJ 1948/128. Sikkema (2005), p. 33.

357 HR 18 oktober 1949, NJ 1950, 126.

358 Sikkema (2005), p. 34.

359 J.M.J. Schepper, ‘Het begrip ‘ambtenaar’ in het strafrecht’, *TvS*, XLIV (1934), p. 83-84.

360 HR 30 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0179, NJ 1995/620, m. nt. 't Hart.

361 Idem.

wettelijke³⁶² voorschriften verwijst om te bepalen of de betreffende taak een overheidstaak is.³⁶³ Daarbij kan de rechter, als wettelijke voorschriften en bepalingen ontbreken, voor het bewijs verwijzen naar de algemene bekendheid.³⁶⁴ Het doet voor de bepaling van de overheidstaak niet ter zake of het bedrijf krachtens zijn aard ook door particulieren kan worden verricht en of het privaatrecht in de verhouding tussen overheid en derden van toepassing is.³⁶⁵

3.3.2.2 Uitbreiding ‘ambtenarenbegrip’ in 2001

De reikwijdte van het ambtenarenbegrip in de ambtelijke omkopingsbepalingen is door de inwerkingtreding van de Wet Herziening Corruptiewetgeving³⁶⁶ ook van toepassing geworden op voormalige, toekomstige, buitenlandse en internationale ambtenaren. Deze wijziging heeft eveneens invloed gehad op het ambtenarenbegrip in artikel 328ter Sr, omdat voormalige, toekomstige, buitenlandse en internationale ambtenaren volgens de letterlijke tekst van de wet onder de strafbaarstelling van artikel 328ter Sr zouden kunnen vallen, omdat ambtenaar als anders dan als Nederlandse ambtenaar kan worden geïnterpreteerd (typisch nationaal bestanddeel).³⁶⁷ Ook de Hoge Raad wees er in 2000 op *“dat daarbij de dienstbetrekking met een internationale ambtenaar naar Italiaans recht gelijk wordt gesteld met een nationale ambtelijke dienstbetrekking en naar Nederlands recht niet”*.³⁶⁸

Het is daarom van belang deze uitbreiding van het ambtenarenbegrip in het kader van artikel 328ter Sr te behandelen. Eerst wordt ingegaan op de ambtelijke wijzigingen met betrekking tot de voormalige en de toekomstige ambtenaren, vervolgens op de buitenlandse en internationale ambtenaren. In de navolgende paragraaf wordt aandacht besteed aan de doorwerking van deze uitbreiding in artikel 328ter Sr.

Op grond van de artikelen 178a lid 2 en 364a lid 2 Sr worden ambtenaren in de artikelen 362/363 sub 2, 4 en 177/177a sub 2 Sr gelijkgesteld met voormalige ambtenaren. Deze personen hebben omkopingsmiddelen na hun bediening aangenomen of gevraagd. Deze wijziging van wetgeving voorkomt dat ‘omkoping’ achteraf onbestraft blijft. Als de

362 HR 26 mei 1919, *NJ* 1919/653: de Algemene Landsdrukkerij is bij wet aangewezen als staatsbedrijf en daardoor gemaakt tot een taak van staatszorg. HR 6 december 1920, *NJ* 1921/121: het vervoer van brieven behoort op grond van de Wet op de brievenposterij tot de taak van de Staat.

363 Sikkema (2005), p. 29.

364 HR 26 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8462, *NJ* 1984/790. Het is van algemene bekendheid dat de Rotterdam Elektrische Tram (RET) een gemeentediens is.

365 HR 2 november 1925, *NJ* 1925/1254, HR 5 november 1934, *NJ* 1935/337, HR 13 augustus 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6793.

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

367 Zie verder paragraaf 3.3.2.3.

368 HR 4 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4050.

ambtenaar later een andere functie heeft gekregen, maar wel ambtenaar is gebleven, is hij evenzeer strafbaar, aangezien in de ambtelijke omkopingsbepalingen sinds de Wet Herziening Corruptiewetgeving³⁶⁹ het bestanddeel ‘in zijn bediening’ is uitgebreid naar ‘in zijn huidige of vroegere bediening’. Voormalige ambtenaren en huidige ambtenaren zijn derhalve strafrechtelijk vervolgbaar voor het aannemen of vragen van de gift, dienst of belofte *na* de ambtstermijn waarin de tegenprestatie is verricht.

De wetgever heeft tevens ‘omkoping vooraf’ strafbaar gesteld door in de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr een tweede lid op te nemen dat als volgt luidt: “*met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd*”, omkopingsmiddelen aanneemt of vraagt. Op deze manier wordt voorkomen dat een mogelijk toekomstig ambtenaar niet onder de ambtelijke omkopingsbepaling valt omdat hij in strafrechtelijke zin geen ambtenaar is. Het bestanddeel ‘in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar’ moet volgens de wetgever worden begrepen als “*omstandigheden die erop wijzen dat betrokkene daadwerkelijk zal worden aangesteld als ambtenaar*”.³⁷⁰ De strafbare handelingen die een toekomstig ambtenaar kan doen of nalaten, kunnen pas intreden als deze persoon is aangesteld in een ambtelijke functie. De zinsnede “*indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd*” is dan ook een bijkomende voorwaarde van strafbaarheid (zonder causaal verband met de gedraging) voor zowel de actieve omkoper als de passieve ambtelijke omgekochte.³⁷¹ De strafbaarheid van ambtelijke omkoping zal dus pas ingaan op het moment dat de ambtenaar als zodanig is aangesteld.

Ook heeft de wetgever het ambtenarenbegrip in de Wet Herziening Corruptiewetgeving op grond van de artikelen 178a en 364a Sr uitgebreid naar personen in de openbare dienst van een vreemde staat (buitenlandse ambtenaren) of van een volkenrechtelijke organisatie (internationale ambtenaren). Deze gelijkschakeling is van toepassing op de ambtelijke omkopingsartikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr. De wetgever heeft deze verruiming van het begrip ‘ambtenaar’ geïmplementeerd omdat daarmee werd voldaan aan internationale verplichtingen³⁷² en omdat er geen goede reden is waarom de buitenlandse ambtenaar straffeloos kan blijven wanneer hij passieve ambtelijke omkoping in Nederland pleegt, terwijl Nederlandse ambtenaren wel kunnen worden vervolgd voor passieve ambtelijke

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

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

371 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 177 bij: Wetboek van Strafrecht*, Artikel 177, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

372 Artikel 1 OECD-Corruptieverdrag en de artikelen 1, 3 en 4 EU-Corruptieprotocol nopen tot een aanpassing van de ambtelijke actieve en passieve omkopingsbepalingen.

omkoping.^{373, 374} Daarbij bleek deze uitbreiding noodzakelijk, aangezien de Nederlandse wetgever het begrip ‘ambtenaar’ alleen een nationale betekenis geeft.³⁷⁵ Het begrip ‘ambtenaar’ in het Wetboek van Strafrecht sloeg alleen op ambtenaren in dienst van de Nederlandse overheid, en niet op buitenlandse en internationale ambtenaren.³⁷⁶

Roording merkt op dat uit de wetsgeschiedenis niet duidelijk blijkt wat er onder een buitenlandse ambtenaar, oftewel een persoon in *“openbare dienst van een vreemde staat”*, wordt verstaan.³⁷⁷ Is ook hier de definitie van de Hoge Raad uit 1995 van toepassing of heeft het begrip ‘buitenlandse ambtenaar’ een eigen betekenis?³⁷⁸ De internationale verdragen van de Europese Unie (EU-Corruptieovereenkomst) en de Raad van Europa (RvE-Corruptieverdrag) verwijzen voor de invulling van het begrip ‘buitenlandse ambtenaar’ in eerste plaats naar de nationaalrechtelijke definitie van de vervolgende staat.³⁷⁹ Het OESO³⁸⁰-Corruptieverdrag gaat nog een stap verder en verwijst voor de invulling van ‘buitenlandse ambtenaar’ niet naar het nationale recht van de lidstaten, maar hanteert in artikel 4 lid 4 sub a het zeer ruime begrip ‘foreign public official’: *“eenieder die een hem door de Staat gedelegeerde activiteit verricht in het algemeen belang is ambtenaar; hetzelfde geldt voor werknemers bij instellingen krachtens het administratieve recht belast met specifieke taken in het algemeen belang en voor werknemers bij bedrijven met een dominante invloed van de overheid, tenzij zo’n bedrijf op dezelfde (commerciële) voet als private bedrijven in de betrokken markt opereert”*.³⁸¹ Roording is terecht van mening dat *“ter uitvoering van de verdragsverplichtingen”* de definitie van het OESO-Corruptieverdrag moet worden gevolgd voor de invulling van het ambtenarenbegrip uit de artikelen 178a en 364a Sr.³⁸²

373 Smid (2012), p. 263.

374 Analooq geldt dit ook voor actieve ambtelijke omkoping. Bijvoorbeeld de Nederlander die een Nederlandse buitenlandse ambtenaar in Nederland omkoopt is eveneens niet strafbaar voor actieve ambtelijke omkoping voorafgaande aan de wettelijke regeling van de Wet Herziening Corruptiewetgeving 2001 (WHC).

375 Sikkema (2005), p. 63-68 (uitvoerige uiteenzetting waarom ‘ambtenaar’ in het Wetboek van Strafrecht volgens de Nederlandse wetgever als ‘Nederlandse ambtenaar’ dient te worden geïnterpreteerd).

376 Idem.

377 Roording (2002), p. 118.

378 Idem.

379 Op grond van artikel 1 sub c EU-Corruptieovereenkomst en op grond van artikel 1 sub a en c RvE-Corruptieverdrag.

380 De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO).

381 Verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties, Parijs 17 december 1997.

382 Roording (2002), p. 119.

Het bestanddeel 'volkenrechtelijke organisatie' omvat een samenwerkingsvorm tussen staten die zijn oorsprong vindt in het volkenrecht, met gemeenschappelijke doelstellingen en met ten minste één orgaan om de functie van de organisatie te vervullen. Een voorbeeld van een dergelijke samenwerkingsvorm is de Verenigde Naties.³⁸³

3.3.2.3 Samenhang ambtenarenbegrip met artikel 328ter Sr

Ten aanzien van deze analyse is vastgesteld dat Nederland een ruim ambtenarenbegrip hanteert. Dit betekent niet dat een werknemer die niet als ambtenaar kan worden aangemerkt, onbestraft blijft. Deze strafbare gedraging valt onder artikel 328ter Sr, waardoor in beginsel de ambtelijke en de niet-ambtelijke omkopingsbepalingen elkaar uitsluiten. Zo merkt Roording op dat de strafbaarstellingen betreffende passieve ambtelijke omkoping en passieve niet-ambtelijke omkoping elkaars complementen zijn. Men kan ook zeggen dat het communicerende vaten zijn.³⁸⁴ De gedachtegang van Roording is eveneens van toepassing op de actieve ambtelijke en actieve niet-ambtelijke omkopingsbepalingen³⁸⁵, aangezien de actieve ambtelijke strafdelicten alleen ten aanzien van ambtenaren kunnen worden gepleegd: de omgekochte moet een ambtenaar zijn. Fokkens³⁸⁶ sluit zich aan bij de stelling dat de ambtelijke en niet-ambtelijke omkopingsbepalingen elkaars complementen zijn. Hij haalt eerst de Commissie Mulder aan die in haar rapport onder verwijzing naar de oude gevestigde opvatting opgenomen in *Noyon-Langemeijer*³⁸⁷ opmerkt dat buitenlandse ambtenaren en ambtenaren van internationale organisaties in Nederland niet gelden als ambtenaren in de zin van de ambtelijke omkopingsbepalingen.³⁸⁸ Zulks impliceert volgens Fokkens dat omkoping van buitenlandse ambtenaren ressorteert onder artikel 328ter Sr.³⁸⁹ Fokkens komt daarentegen terug van zijn stelling dat een Duitse ambtenaar toch geen Nederlands ambtsdelict kan plegen, waardoor buitenlandse ambtenaren volgens hem wel onder de ambtelijke omkopingsdelicten en niet onder artikel 328ter Sr vallen. Hoewel het argument dat een Duitse ambtenaar geen Nederlands ambtsdelict kan plegen, zwaar kan wegen, wordt volgens Fokkens hier de voorkeur gegeven aan de opvatting dat wanneer de buitenlandse ambtenaar object is van een commuun delict zonder dat daarbij het nationaal-politieke element een rol speelt, er toch wordt gepleit voor een gelijkstelling,

383 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3 (MvT), p. 13.

384 Roording (2002), p. 118.

385 Op grond van de artikelen 177 en 177a Sr.

386 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Remmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

387 Zesde druk, I, p. 87.

388 *Kamerstukken II 1965/66*, 8437, nr. 4, p. 6 en J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Remmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

389 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Remmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

waardoor buitenlandse ambtenaren onder de ambtsdelicten vallen³⁹⁰ Fokkens kan echter geen arrest van de Hoge Raad aanhalen waarin deze kwestie ondubbelzinnig is beslecht. Tonino³⁹¹ nuanceert de gedachtegang van Roording dat ambtelijke omkoping en niet-ambtelijke omkoping elkaars complementen zijn. Hij merkt op dat de artikelen 178a en 364a Sr voor de gelijkschakeling van ambtenaren aan internationale en buitenlandse ambtenaren nalaten te verwijzen naar artikel 328ter Sr, hoewel de wetgever bij de inwerkingtreding van artikel 328ter Sr expliciet heeft aangegeven dat buitenlandse en internationale ambtenaren niet onder de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr vallen.³⁹² Daaruit leidt Tonino af dat deze ambtenaren ook onder artikel 328ter kunnen blijven vallen, zodat er sprake is van een *lex specialis* / *lex generalis*-verhouding tussen de niet-ambtelijke en de ambtelijke omkopingsbepalingen als een buitenlandse of internationale ambtenaar wordt omgekocht.³⁹³ Deze redenering van Tonino is enerzijds wel begrijpelijk, aangezien de plaats van de artikelen 178a en 364a Sr in de wet laat zien dat deze artikelen van toepassing zijn op ambtsmisdriven en zodoende niet op niet-ambtelijke misdrijven. Anderzijds is de oorspronkelijke doelstelling van de wetgever met betrekking tot artikel 328ter Sr niet het strafbaar stellen van omkoping in verband met internationale en buitenlandse ambtenaren. Deze gedachtegang wordt ondersteund door Mevis, die van mening is dat de toepasbaarheid van de strafbaarheid van niet-Nederlandse ambtenaren op grond van artikel 328ter Sr kwestieus is, omdat volgens hem deze strafbaarheid niet past in de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever van dit artikel.³⁹⁴ Daarbij is het wettelijk stelsel omtrent de niet-ambtelijke en ambtelijke omkopingsbepalingen niet geheel duidelijk, aangezien het bestanddeel 'anders dan als ambtenaar' in artikel 328ter Sr kan worden geïnterpreteerd als 'anders dan als Nederlandse ambtenaar'.³⁹⁵ Op deze wijze kan worden beargumenteerd dat buitenlandse en internationale ambtenaren wel onder deze strafbepaling vallen.

Een juridische oplossing om de discussie te beslechten zou kunnen zijn om 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'. Op deze manier wordt voorkomen dat buitenlandse en internationale ambtenaren zowel onder de ambtelijke als onder de niet-ambtelijke omkopingsbepalingen vallen. Deze oplossing kan sterk worden vereenvoudigd

390 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & R Emmelink, Wetboek van Strafrecht, 10 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 5*, bijgewerkt tot 15 augustus 2010.

391 Tonino (2009), p. 26.

392 Idem.

393 Idem.

394 Mevis (2000), p. 88.

395 Zie onder andere het arrest Linquenda (nationaal typisch bestanddeel): HR 17 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9754, NJ 1987/887.

door te verwijzen naar artikel 363 Sr³⁹⁶, aangezien artikel 364a Sr (personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie) verwijst naar artikel 363 Sr. Het bestanddeel kan worden geformuleerd als 'hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363 Sr'. Op deze wijze wordt definitief de discussie beslecht dat ook internationale en buitenlandse ambtenaren onder artikel 328ter Sr zouden kunnen vallen. Dit is ook terecht, aangezien internationale en buitenlandse ambtenaren onder de ambtelijke omkopingsbepalingen zouden moeten vallen. Dit is ook in overeenstemming met de achterliggende doelstelling van artikel 328ter Sr, dat specifiek gericht is op de bescherming van de vertrouwensrelatie tussen de werkgever en de werknemer. Internationale en buitenlandse ambtenaren dienen daarboven ook een ander belang: de bescherming van de integriteit van het internationale overheidsapparaat.

3.3.3 Dienstbetrekking en lastgeving

Voor de invulling van het bestanddeel 'dienstbetrekking' in artikel 328ter Sr wordt verwezen naar het civiele recht.³⁹⁷ Op grond van artikel 7:610 BW wordt onder een privaatrechtelijke dienstbetrekking verstaan een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, om tegen loon gedurende een zekere tijd arbeid in het bedrijfsleven te verrichten. Hierbij kan ook gedacht worden aan een overeenkomst van een persoon met een uitzendbureau. Een publiekrechtelijke aanstelling van een ambtenaar door een overheidsorgaan valt niet onder het civielrechtelijke artikel 7:610 BW, aangezien daar bijzondere regelingen voor gelden.³⁹⁸ De termen lastgever en lasthebber in artikel 328ter Sr worden eveneens ingevuld door het civiele recht. Op grond van artikel 7:414 BW wordt onder lastgeving verstaan de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verplicht om voor rekening van de andere partij, de lastgever, een of meer rechtshandelingen te verrichten. Lastgeving is derhalve een species van de overeenkomst van opdracht. Deze overeenkomst zou ook kunnen worden overeengekomen met een overheidsorgaan, waardoor strafbaar gedrag optreedt ingeval de omgekochte lasthebber op grond van artikel 328ter Sr in strijd met de goede trouw de gift, dienst of belofte heeft verzwegen tegenover de lastgever oftewel het overheidsorgaan, dan wel in strijd met zijn plicht heeft gehandeld of heeft nagelaten te handelen.³⁹⁹

396 Verwezen wordt naar alleen artikel 363 Sr in verband met het aanstaande wetsvoorstel 'Verruiming bestrijding mogelijkheden financieel-economische criminaliteit', waardoor mogelijk artikel 362 Sr wordt geschrapt. De ambtenaar in artikel 363 Sr is eveneens een ambtenaar in de zin van artikel 364a lid 1 en 2 Sr.

397 Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8705, r.o. 3.3.5.

398 Zie bron: http://www.ensie.nl/definitie/Publiekrechtelijke_dienstbetrekking.

399 Zie pagina 126 voor een voorbeeld.

Dit hoofdstuk leent zich er verder niet voor om bij de invulling van de privaatrechtelijke termen lastgever, lasthebber en dienstbetrekking uitgebreid stil te staan, aangezien daarvoor uitgebreide literatuur zoals in onderstaande voetnoot beschikbaar is en deze behulpzaam kan zijn voor een nadere invulling van deze termen.⁴⁰⁰

3.3.4 In zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last

Voor de invulling van het bestanddeel 'in zijn betrekking' kan door middel van analogische wetstoepassing aansluiting worden gezocht bij de invulling van het bestanddeel 'in zijn bediening' bij de ambtelijke omkopingsbepalingen, aangezien de summier beschikbare niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie weinig tot geen houvast biedt. Volgens Sikkema geven de woorden 'in zijn bediening' aan dat de gift, de dienst of de belofte betrekking moet hebben op het ambtelijke gedrag van de persoon in kwestie.⁴⁰¹ De woorden 'in zijn bediening' zijn volgens Sikkema op de tegenprestatie van toepassing en niet op het aannemen van de gift, de dienst of de belofte. Daarbij moet volgens Doorenbos de tegenprestatie zijn geleverd in het kader van het vervullen van de ambtelijke functie.⁴⁰² Dit geldt ook voor de niet-ambtelijke functie. Het is niet relevant of de gift, de dienst of de belofte is aangenomen tijdens de werkzaamheden van de ambtenaar of de niet-ambtenaar. Daarentegen is het wel relevant dat de beoogde handeling in de hoedanigheid van (niet-) ambtenaar plaatsvindt.⁴⁰³

De Hoge Raad hanteert het criterium of het ambt de betrokkene de gelegenheid heeft gegeven of in staat heeft gesteld de tegenprestatie te verrichten of na te laten.⁴⁰⁴ De Hoge Raad vat derhalve het begrip 'in zijn bediening' feitelijk en niet in formele zin op. Rechtbank Amsterdam heeft onder 3.1 een nader uitgelegd wanneer er sprake is van 'ter uitvoering van zijn last'.⁴⁰⁵ De lasthebber moet in zijn algemeenheid meebrengen dat hij als een autoriteit binnen een sector of onderneming is: *"Hij moet als lasthebber invloed hebben kunnen uitoefenen op de totstandkoming dan wel het behoud van voornoemde relaties. Noch uit de stukken noch uit het verhandelde ter zitting is gebleken dat dit gelet op de aard van zijn dienstbetoon het geval was."*⁴⁰⁶

400 Zie onder andere D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008. J.W.M. Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010. A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, NTHR-reeks, deel 15, Uitgeverij Paris 2012.

401 Sikkema (2005), p. 269.

402 D.R. Doorenbos, 'Ambtelijke corruptie', *DD* 1998, p. 351.

403 Rb. Utrecht 30 juni 1887. Paleis van Justitie 1887, nr. 27.

404 HR 24 juni 1952, *NJ* 1952/730.

405 Rechtbank Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1934.

406 Idem.

3.3.5 Omkopingsmiddelen

3.3.5.1 Gift

De gift is een van de omkopingsmiddelen genoemd in artikel 328ter Sr. Ook bij dit bestanddeel wordt aansluiting gezocht bij de invulling in de ambtelijke omkopingsbepalingen. De term gift werd door de Hoge Raad in 1916 ruim gedefinieerd: *“de gift omvat elk overdragen aan een ander van iets wat voor hem waarde heeft.”*⁴⁰⁷ De Hoge Raad stelt dat dat de gift van waarde⁴⁰⁸ moet zijn voor de omgekochte om als gift te gelden. Daarbij is dus niet vereist dat de waarde objectiveerbaar is. Indien de lijn van de Hoge Raad strikt wordt gevolgd, ontloopt de omkoper zijn strafbaarheid in het geval hij iets geeft wat voor hem waarde heeft maar niet voor de omgekochte. Smid merkt terecht op dat dit een onwenselijke situatie is, aangezien de omkoper wel degelijk door de omgekochte iets te geven hem heeft willen verleiden tot een bepaald handelen of nalaten.⁴⁰⁹ Machielse stelt voor het bestanddeel ‘gift’ aan te nemen als ten minste een van de partijen de gift voor hem van waarde acht.⁴¹⁰ Daarbij kan, in aanvulling op Smid en Machielse, bedacht worden dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de omgekochte overgaat tot het doen of nalaten naar aanleiding van de in zijn ogen waardeloze gift van de omkoper. Deze overweging van de Hoge Raad uit 1916 is op die manier redelijkerwijs te omarmen.

Deze rechtsoverweging is ook op een andere wijze aan kritiek onderhevig geweest. Simons stelt dat de omschrijving van een gift door de Hoge Raad te ruim is in vergelijking met de civielrechtelijke ‘om niet’-schenking⁴¹¹, omdat ook het voldoen aan een bestaande verplichting daaronder valt.⁴¹² Simons wordt daarin ondersteund door Rimmelink, die aangeeft dat het nakomen van een overeenkomst ook in het algemeen geen gift kan worden genoemd. De Doelder merkt op dat het ‘standaard-verweer’ van verdachten is dat er geen sprake is van een ‘gift’, maar van een verschuldigde prestatie voortvloeiend uit een overeenkomst.⁴¹³ Hij wijst op bewijsproblemen die een te strikte omschrijving, zoals

407 HR 25 april 1916, NJ 1916.

408 Hoeft echter geen persoonlijke bevoordeling te zijn, mag ook een (indirecte) bevoordeling zijn aan bijvoorbeeld een zangkoor.

409 Smid (2012), p. 223.

410 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 177 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 177*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

411 Schenking gegeven uit louter vrijgevigheid oftewel ‘om niet’. Zie ook artikel 7:175 lid 1 BW.

412 D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, bewerkt door W.P.J. Pompe, Deel II, Groningen/Batavia, 1927. Zie ook Sikkema (2005), p. 210.

413 H. de Doelder, ‘Enige opmerkingen over artikel 328ter Sr’, in: A.C. Hart, W. Nieboer et al. (red.) *Strafrecht in balans, opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts (Geurts-Bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 18. De Doelder haalt twee voorbeelden aan. Ten eerste poneerde een verdachte dat hij het geld heeft aangenomen als uitvloeisel van een (mondelinge) koopovereenkomst van een Engels huis van hem. Ten tweede beweerde de verdachte dat de gelden werden gegeven als vergoeding voor verrichte ‘adviseursdiensten’.

voorgesteld door Simons en Rimmelink, van het bestanddeel 'gift' kunnen veroorzaken. De Doelder pleit daarom terecht voor een analogische toepassing van het arrest uit 1916 ten aanzien van artikel 328ter Sr, zodat de term gift kan worden afgevlakt tot iets wat overgedragen wordt.⁴¹⁴ Daarbij kan worden aangevuld dat de gift niet verschuldigd moet zijn aan de omkoper.

De Hoge Raad heeft afgezien van een geldelijke grens voor de strafbaarheid van giften, omdat het bij (niet-ambtelijke) omkoping in beginsel gaat om het doen of nalaten naar aanleiding van een gift. De geldelijke waarde van de gift kan immers bij het handelen van de omgekochte een irrelevant gegeven zijn.⁴¹⁵ Rechtbank Haarlem heeft in 2012 zelfs bepaald dat bij medeverdachten lenen 'voor het gemak' en 'omwille van de snelheid' in plaats van het lenen bij de bank een gift in de zin van artikel 328ter Sr kan opleveren.⁴¹⁶ Een bagatelgift in de vorm van het aanbieden van een kop koffie of van een sigaar kan ook onder het bestanddeel 'gift' vallen. Een onderscheid tussen bagatelgiften en 'reële' omkopingsgiften wordt daarentegen wel gemaakt door het opnemen van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw', dat later in dit hoofdstuk uitgebreid aan de orde komt. In het algemeen wordt in de jurisprudentie onder giften verstaan geld, sieraden, horloges, dividenden, aandelen of korting.⁴¹⁷ De waarde van een gift omvat niet slechts een materieel, stoffelijk voordeel, maar kan ook van immateriële aard zijn⁴¹⁸, zoals bijvoorbeeld het ontvangen van seksuele gunsten⁴¹⁹, een volledig verzorgde reis naar Aruba⁴²⁰ of een bezoek aan een voetbalwedstrijd van FC Barcelona⁴²¹. Daar de wetgever in 2000 het bestanddeel dienst heeft opgenomen in artikel 328ter Sr kunnen de immateriële gunsten mede onder dit bestanddeel worden geschaard.⁴²²

414 De Doelder (1983), p. 19.

415 De (immateriële) waarde van een gift voor de 'omgekochte' kan immers een subjectief gegeven zijn.

416 Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7053.

417 Hof Amsterdam 22 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1397, Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:377, Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194, Rb. Arnhem 9 november 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AZ1902, Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2196, Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4348.

418 HR 31 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9746, NJ 1994/673.

419 HR 25 april 1916, NJ 1916.

420 HR 22 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4894, NJ 2000/557.

421 Rb. Breda 18 februari 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AD9407.

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

3.3.5.2 Belofte

Een belofte omvat het beloven of in het vooruitzicht stellen van een gift of een dienst.⁴²³ Machielse en 't Hooft verwoorden dit als volgt: *“gift staat tot belofte als: het gegevene tot hetgeen waarvan het geven in uitzicht wordt gesteld.”*⁴²⁴ Ook spreken ze over *“alle voordelen, wier verkrijging men de ambtenaar in het vooruitzicht stelt, en waartoe degeen, die belooft, noch verplicht is, noch zich verplicht acht.”*⁴²⁵ Een belofte kan volgens de jurisprudentie bestaan uit een vage toezegging, zoals ‘hem vooruit te zullen helpen’ en ‘hem van alle kanten hulp te verschaffen’.⁴²⁶ Een nauwkeurig omschreven in het vooruitzicht gesteld voordeel is volgens de Hoge Raad zodoende niet nodig.⁴²⁷ De belofte moet wel enigszins afgebakend zijn, waardoor de omgekochte op basis van deze belofte kan worden bewogen tot een bepaald handelen of nalaten. Daarbij is een toezegging met een onwaarschijnlijke inhoud eveneens niet relevant.⁴²⁸ De toezegging was immers wel voor de omgekochte geloofwaardig. De belofte dient evenals de gift van waarde te zijn voor de omgekochte, waardoor aansluiting kan worden gezocht bij het arrest van de Hoge Raad uit 1916.⁴²⁹ Een belofte kan bijvoorbeeld bestaan uit een verwachte winst bij de doorverkoop van een pakket onroerend goed.⁴³⁰ Bovendien kan de belofte ook betrekking hebben op immateriële gunsten.

3.3.5.3 Dienst

Oorspronkelijk werden in artikel 328ter Sr, net als in de oude ambtelijke omkopingsbepalingen, alleen de omkopingsmiddelen ‘gift’ en ‘belofte’ genoemd. De wetgever heeft ook het omkopingsmiddel ‘dienst’ toegevoegd aan dit artikel.⁴³¹ De dienst kan volgens de wetgever een aanvulling zijn om moeilijkheden het hoofd te bieden die vroeger opkwamen bij de toekenning van voordelen als snoepreispjes, het voor een vriendenprijs ter beschikking stellen van een vakantiebungalow en het aanbieden van commissariaten.⁴³² Roording merkt op dat tegen deze achtergrond het niet per se noodzakelijk is, zoals bij de Wet Herziening Corruptiewetgeving⁴³³ is gebeurd, om ook het aannemen of vragen van een

423 Zie hierna, paragraaf 3.3.5.3 voor de behandeling van het bestanddeel ‘dienst’.

424 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 177 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 177*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

425 't Hooft (1890), p. 36

426 HR 17 juni 1940, *NJ* 1940/822.

427 Sikkema (2005), p. 215.

428 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194, p. 46 (de rechtbank acht een toezegging met die inhoud niet erg waarschijnlijk, maar heeft het feit toch bewezen verklaard op p. 66 vonnis).

429 HR 25 april 1916, *NJ* 1916.

430 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2198.

431 Behandeld in *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 8, tweede nota van wijziging. Toegevoegd bij Wet van 13 december 2000, *Stb.* 616.

432 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 4.

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

'dienst' in de wet op te nemen.⁴³⁴ Deze mening is eveneens door Smid verkondigd. Hij stelt dat *"het aanbieden of het verlenen van een dienst kan worden aangemerkt als het doen van een gift of belofte"*.⁴³⁵ Dat de rechtspraak het begrip giften al had uitgebreid naar immateriële voordelen was voor de wetgever kennelijk niet voldoende duidelijk. De wetgever heeft er door de invoering van het bestanddeel 'dienst' voor gezorgd dat immateriële voordelen onder dit bestanddeel vallen en materiële voordelen onder het bestanddeel gift. Sikkema is net als Roording voorstander van de introductie van het nieuwe bestanddeel 'dienst' omdat de wettekst wordt verduidelijkt en deze nieuwe formulering beter aansluit bij het gangbare taalgebruik, wat de rechtszekerheid ten goede komt.⁴³⁶ Smid vindt daarentegen de driedeling tussen gift, belofte en dienst onnodig ingewikkeld. Het argument van Sikkema en Roording dat de nieuwe formulering beter aansluit bij het gangbare taalgebruik acht hij irrelevant, aangezien dit taalgebruik geen richtsnoer is voor de tekst van de wet.⁴³⁷ Bovendien stelt Smid dat de wetgever met de term 'gift' oorspronkelijk doelde op 'de onverschuldigheid', oftewel ieder aangeboden of aangenomen voordeel, waaronder volgens hem ook 'diensten' vallen. De invoering van de nieuwe term 'dienst' doet derhalve afbreuk aan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever van 1881.⁴³⁸ Smid hecht weinig waarde aan de reden waarom de wetgever in 1881 niet heeft gekozen om het bestanddeel dienst in de wetgeving op te nemen. De wetgever heeft destijds het bestanddeel 'gift' - en niet het bestanddeel 'dienst' - opgenomen omdat in 1881 de dienstensector nog niet zo ver ontwikkeld was als heden ten dage. Sikkema stelt daarom terecht dat het begrip 'gift' volgens de wetgever oorspronkelijk primair betrekking had op voordelen *"die vatbaar zijn om van hand tot hand te worden overgegeven"*.⁴³⁹ De wetgever heeft er ook (onvoldoende) rekening mee gehouden dat omkoping ook kon plaatsvinden door middel van 'immateriële' diensten. Het begrip 'gift' is pas in 1994 door de Hoge Raad verruimd naar niet-stoffelijke voordelen.⁴⁴⁰ Het opnemen van het bestanddeel 'dienst' is tegen deze achtergrond (rechtszekerheid, codificatie, inzichtelijkheid wetgeving) te rechtvaardigen.

434 Roording (2002), p. 120.

435 Smid (2012), p. 224.

436 Sikkema (2005), p. 216 en Roording (2002), p. 120.

437 Smid (2012), p. 225.

438 Idem.

439 Sikkema (2005), p. 216 en Roording (2002), p. 217.

440 HR 31 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9746, NJ 1994/673.

3.3.6 Tijdstip van omkoping (voor- of achteraf in de dienstbetrekking)

In artikel 328ter Sr is het omkopen ‘vooraf’ en ‘achteraf’ in de periode van de dienstbetrekking strafbaar gesteld. Volgens Roording houdt omkopen ‘vooraf’ in dat de omkoper een voordeel verschaft, opdat de omgekochte een doen of nalaten te zijnen gunste doet.⁴⁴¹ Omkoping ‘achteraf’ betekent volgens Roording dat de omkoper de omgekochte een voordeel verschaft naar aanleiding van iets dat de omgekochte heeft gedaan.⁴⁴² Het is van belang om te beseffen dat in de praktijk ook mengvormen kunnen voorkomen, waardoor een deel van het voordeel vooraf en een deel achteraf wordt gegeven. Het omkopen ‘achteraf’ in de dienstbetrekking is via de Wet Herziening Corruptiewetgeving⁴⁴³ ingevoerd om een bewijsverlichting⁴⁴⁴ tot stand te brengen. Immers, het is vanzelfsprekend dat bij omkoping sprake is van een belofte⁴⁴⁵ vooraf, maar deze is moeilijker te bewijzen dan een daadwerkelijke gift of een dienst.⁴⁴⁶ Daarbij kan er volgens de wetgever tevens sprake zijn van een stilzwijgende⁴⁴⁷ gift, zonder een voorafgaande belofte. Roording ondersteunt deze uitbreiding van strafbaarheid door op te merken dat hij *“met deze uitbreiding van strafbaarheid wel in kan stemmen.”*⁴⁴⁸ *“Het gemak dient de mens en met name het Openbaar Ministerie”*; denkt de wetgever hier volgens Roording.⁴⁴⁹

3.3.7 Tijdstip van omkoping (voor of na de dienstbetrekking)

Artikel 328ter Sr per 1 januari 2015 luidt thans:

4. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber, indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid omschreven alsmede hij die dit feit begaat na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*
5. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die een feit als in het tweede lid omschreven begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een dienstbetrekking of het optreden als lasthebber, indien deze dienstbetrekking of dit optreden als lasthebber is gevolgd alsmede hij die dit feit begaat jegens een persoon na diens dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*

441 Roording (2002), p. 120.

442 Idem.

443 Wet van 13 december 2000, Stb. 616.

444 Zie ook Roording (2002), p. 123.

445 Een gevraagde, aangenomen of aangeboden belofte.

446 Sikkema (2005), p. 282.

447 In de MvT wordt toegelicht dat een gift ook stilzwijgend kan worden gedaan zonder een voorafgaande belofte.

448 Roording (2002), p. 126.

449 Idem.

In het oude artikel 328ter Sr vielen giften, beloften of diensten verkregen voorafgaand aan of na afloop van de dienstbetrekking niet onder de strafbaarstelling, in tegenstelling tot de ambtelijke omkopingsbepalingen waarin toekomstige ambtenaren⁴⁵⁰, ambtenaren in een navolgende ambtelijke functie en ex-ambtenaren⁴⁵¹ wel onder de strafbepalingen kunnen vallen bij het aannemen of vragen van een gift, dienst of belofte buiten de ambtstermijn.⁴⁵² Volgens Tonino was ongelijktijdigheid in artikel 328ter Sr een nog niet opgelost probleem, aangezien de woorden 'zijnde in dienstbetrekking' of 'optredend als lasthebber' op deze gelijktijdigheid wezen.⁴⁵³ Daarbij uitte het College van procureurs-generaal in 1998 al zijn zorgen over de beperkte strekking van artikel 328ter Sr in vergelijking met de ambtelijke omkopingsbepalingen.⁴⁵⁴ Uit de jurisprudentie kan eveneens worden afgeleid dat de (on)gelijktijdigheidsproblematiek serieuze vormen aannam. De volgende zinsnede uit de uitspraak van de rechtbank in de Klimop-zaak wees daarop: *"niet uitgesloten kan worden geacht dat [medeverdachte 2] pas in een later stadium na zijn vertrek bij Philips Pensioenfonds zou worden betaald."*⁴⁵⁵ De voordelen die gegeven zijn buiten de termijn van de dienstbetrekking vielen derhalve niet onder artikel 328ter Sr, waardoor de gift, belofte of dienst door de omkoper moest zijn verleend of aangeboden en door de omgekochte moest zijn aangenomen of gevraagd tijdens de dienst- of lastgevingsperiode. In de praktijk kon het uiteraard voorkomen dat beloften, giften en diensten voor of na afloop van de dienstbetrekking werden gedaan. In het merendeel van de gevallen - stilzwijgend gedane giften zonder voorafgaande belofte daargelaten - is sprake van een belofte in de dienstbetrekking voorafgaande aan het doen of nalaten, maar is deze (vaak mondelinge) belofte moeilijk te bewijzen.

Deze opmerkelijk inconsequente exceptie van de wetgever werd versterkt doordat tijdens de dienstbetrekking gedane beloften waaruit kan worden afgeleid dat giften in de toekomst, na de dienstbetrekking, worden verleend wel onder de strafbepaling van artikel 328ter Sr vielen en giften die daadwerkelijk na de dienstbetrekking worden verleend niet. Dat gedane beloften tijdens de dienstbetrekking strafbaar is kon bijvoorbeeld worden afgeleid uit

450 De artikelen 177 lid 2 en 363 lid 2 Sr. Zie verder *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 6, Nota van wijziging (toekomstige ambtenaren).

451 De artikelen 177 lid 1 sub 2 en 363 lid 1 sub 2 Sr. Zie verder *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 294, Gewijzigd voorstel van wet en *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. B (Advies RvS).

452 Ten aanzien van ambtenaren in een andere ambtelijke functie geldt de ambtstermijn waarin de tegenprestatie is nagelaten of verricht. Zie verder *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 6, Nota van wijziging (toekomstige ambtenaren) en *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 469, nr. 3 (MvT).

453 Tonino (2009), p. 27.

454 *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 469, nr. 3 (MvT) en het College van procureurs-generaal, Advies herziening corruptiewetgeving, Den Haag 15 september 1998.

455 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194, p. 47 (kop: onvoldoende bewijs voor de gift van 10,5 miljoen euro).

wederom de uitspraak in de Klimop-zaak: *“Verdachte bevestigt dat hij [medeverdachte 8] een toezegging heeft gedaan in verband met diens betrokkenheid in project 126 die erop neer kwam dat hij [medeverdachte 8] na beëindiging van diens dienstverband bij Philips Pensioenfonds rijk zou maken. (...) De rechtbank komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat genoemde toezegging van verdachte kan worden aangemerkt als een belofte in de zin van artikel 328ter Sr.”*⁴⁵⁶ Het was derhalve van belang de (on)gelijktijdigheidsproblematiek te ondervangen door giften, diensten en ook beloften voor en na de dienstbetrekking expliciet strafbaar te stellen. Hoewel de formulering⁴⁵⁷ wat omslachtig is, is het goed om te zien dat op 1 juli 2014 in een nota van wijziging van de Minister van Veiligheid en Justitie, die ziet op het bestrijden van deze lacune in de strafbepaling van niet-ambtelijke omkoping, de kern van de aanbeveling op verzoek van de VVD-fractie⁴⁵⁸ is overgenomen en uiteindelijk in de wetgeving is terechtgekomen.⁴⁵⁹

De zinsnede uit lid 4 en 5, *“indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd”*, kan worden beschouwd als een bijkomende voorwaarde van strafbaarheid. Op deze wijze is het delict pas voltooid op het moment dat de desbetreffende omgekochte persoon bij het aannemen van giften, beloften of diensten voorafgaand aan de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber ook daadwerkelijk in dienst is getreden of is opgetreden als lasthebber. Daarbij kan deze voorwaarde worden gezien als een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid met (enig) causaal verband met de gedraging, aangezien deze voorwaarde enkel kan intreden als in ieder geval de handtekening (gedraging) van de toekomstige werknemer en lasthebber onder het contract is gezet.⁴⁶⁰

3.3.8 Doen of nalaten

Op grond van artikel 328ter Sr dient de tegenprestatie uit een doen of nalaten te bestaan. De Doelder merkt daarbij op dat de wettekst uitgaat van een duidelijk te omschrijven tegenprestatie, zoals het gunnen van een bepaald werk aan een aannemer of steekpenningengever.⁴⁶¹ De Hoge Raad stelt slechts als eis *“hetgeen in dienstbetrekking heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten een voldoende duidelijke en feitelijke omschrijving biedt van de tegenprestatie”* De invulling van de bestanddelen ‘doen of nalaten’ hoeft volgens R Emmelink niet ten aanzien van de tijd, plaats en details nauwkeurig

456 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194, p. 40-41 (kop: feit 9 omkoping medeverdachte 8).

457 Alternatief: *‘voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber’*.

458 Onder leiding van A. van der Steur, Tweede Kamerlid VVD.

459 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 685, nr. 15.

460 Zie verder voor de problematiek inzake een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid paragraaf 3.5.

461 De Doelder (1983), p. 19.

tenlastegelegd en bewezen te worden.⁴⁶² Tevens is volgens Sikkema een verdere concretisering niet nodig en vaak nauwelijks mogelijk.⁴⁶³ Bovendien wijst Sikkema terecht op de mogelijke bewijsproblemen in verband met een verdere concretisering van de tegenprestatie.⁴⁶⁴ Doorenbos is daarentegen van mening dat deze bestanddelen rijkelijk vaag zijn en wijst erop dat dit gedrag in de tenlastelegging duidelijker moet worden uitgewerkt, aangezien de verdachte zich anders onmogelijk tegen de beschuldiging kan verweren.⁴⁶⁵ Sikkema brengt hier terecht tegenin dat deze bestanddelen in de context van de gehele bepaling moeten worden gelezen, waardoor ten aanzien van artikel 328ter Sr kan worden uiteengezet dat de invulling van de tegenprestatie beperkt wordt door de bestanddelen 'zijnde in dienstbetrekking of bij de uitvoering van zijn last' en 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'.⁴⁶⁶ Volgens Sikkema heeft 't Hooft er terecht op gewezen dat het onderscheid tussen het passief nalaten en een actief handelen niet altijd even duidelijk is.⁴⁶⁷ Als voorbeeld verwijst 't Hooft naar een ambtelijk omkopingsgeval waarbij ten onrechte een vergunning is verleend en waarbij de verlener nalaat om te controleren of aan alle voorwaarden is voldaan voor de verlening van deze vergunning. Het OM doet er daarom verstandig aan om ten aanzien van deze bestanddelen een tenlastelegging op te nemen in de vorm van het doen en/of nalaten.

3.3.9 Aannemen, verlenen, vragen en aanbieden

De gift, de dienst of de belofte kan worden aangenomen of worden gevraagd door de omgekochte en kan worden verleend of aangeboden door de omkoper op grond van artikel 328ter lid 1 en lid 2 Sr.

3.3.9.1 Aannemen en verlenen

Het Van Dale woordenboek⁴⁶⁸ verstaat onder 'aannemen': iets overnemen dat wordt aangereikt. Volgens de Van Dale kan het object van aannemen zowel van materiële als van immateriële aard zijn. Sikkema licht toe dat het begrip 'aannemen' ruim dient te worden geïnterpreteerd, waardoor onder dit begrip mede wordt verstaan 'aanvaarden'. Volgens Sikkema is er sprake van het aannemen van een gift of een dienst als de omgekochte de feitelijke macht over deze bestanddelen heeft. Mevis gaat eveneens uit van een feitelijk

462 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 362 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 362*, bijgewerkt tot 15 september 2009.

463 Sikkema (2005), p. 414.

464 Ibid, p. 250.

465 Doorenbos (1988), p. 351.

466 Sikkema (2005), p. 277.

467 Sikkema (2005), p. 277 en 't Hooft (1890), p. 46-50.

468 Van Dale (2013), zie bron: <http://www.vandale.nl/opzoeken?pattern=aannemen&lang=nn#UjvdE4blaYE>.

begrip, waardoor het bestanddeel ‘aannemen’ nog niet is vervuld als de omgekochte tracht het voordeel te verwerven.⁴⁶⁹ Hier is een zijsprong naar het civiele recht op zijn plaats.

De bezitsverkrijging door overdracht kan in het civiele recht op twee wijzen worden ingekleed. Ten eerste kan feitelijke machtsverschaffing plaatsvinden op grond van artikel 3:114 BW, dat aansluit aan bij de feitelijke macht over het goed van de verkrijger, zodat de verkrijger in staat wordt gesteld om de macht uit te oefenen die de vervreemder over het goed kon uitoefenen. Ten tweede kan bezitsverkrijging plaatsvinden door overdracht op grond van artikel 3:115 BW door een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling. Dit kan wanneer de vervreemder de zaak⁴⁷⁰ bezit en hij krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt (sub a), wanneer de verkrijger de houder van de zaak voor de vervreemder was (sub b) en wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt (sub c). De tweezijdige verklaring dient te bestaan uit enerzijds een verklaring van de vervreemder dat hij de zaak voortaan niet meer voor zichzelf houdt, maar aan de verkrijger ter beschikking stelt. De verkrijger moet verklaren met de overdracht in te stemmen.⁴⁷¹ Overigens is een uitdrukkelijke verklaring niet nodig; deze kan ook uit de omstandigheden worden afgeleid.⁴⁷² De feitelijke bezitsverschaffing is in deze drie gevallen derhalve niet benodigd, waardoor het strafrechtelijke begrip ‘aannemen’ in artikel 328ter Sr mede wordt ingevuld met deze civielrechtelijke uitgangspunten van artikel 3:115 BW.

Sikkema merkt met betrekking tot de invulling van het bestanddeel ‘aannemen’ in de artikelen 362 en 363 Sr op dat in dit bestanddeel een opzetvereiste is vervat. De omgekochte zal zich derhalve bewust moeten zijn van de omstandigheid dat hem een voor hem waardevol voordeel wordt verschaft en dat het voordeel wordt aangenomen.⁴⁷³ Rechtbank Arnhem verwoordde dit als volgt: *“Van het aannemen van een gift is eerst dan sprake, indien er bij de begunstigde de wetenschap bestaat dat er daadwerkelijk een schenking⁴⁷⁴ is gedaan en deze vervolgens heeft geaccepteerd”*.⁴⁷⁵ Opzet in het aannemen kan dus worden bewezen indien er sprake is van wetenschap bij de omgekochte en als de gift is geaccepteerd of aanvaard. Voor een verdere analyse van opzet en schuld in verband met het niet-ambtelijke omkopingsdelict wordt verwezen naar paragraaf 3.3.11. Een belofte kan reeds worden

469 Mevis (2000), p. 92.

470 Op grond van artikel 3:1 BW zijn alle goederen zaken en vermogensrechten en op grond van artikel 3:2 BW zijn alle zaken voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.

471 A. Slaski, *Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 3 artikel 115*, bijgewerkt tot 15 januari 2013.

472 Idem. Zie ook Den Tonkelaar, J.D.A., *Vermogensrecht, artikel 3:115 BW 2000, aant. 17*.

473 Sikkema (2005), p. 206.

474 Schenking in strafrechtelijke zin oftewel een gift. Vrijgevigheid om niet is geen vereiste.

475 Rb. Arnhem 12 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AN9925.

aangenomen voorafgaand aan het uiteindelijke voordeel (de gift of de dienst), zodat het voor het bewijzen van ‘aannemen’ in verband met een belofte niet nodig is dat deze gift of dienst uiteindelijk in de feitelijke macht van de omgekochte is geraakt. Volgens Sikkema kan onder het aannemen van een belofte worden verstaan het accepteren van het aanbod oftewel het instemmen met de toekomstige bevoordeling.⁴⁷⁶

De Van Dale gaat bij de taalkundige betekenis van het woord ‘verlenen’ echter uit van een invulling naar materiële aard: het verschaffen, schenken en geven. Ook kan er sprake zijn van het verlenen van een immateriële dienst of belofte. Daarbij impliceert het verlenen - net als het aannemen - dat deze gedraging opzettelijk moet zijn verricht. De opzetvereiste van de ‘verlening’ kan dus worden bewezen indien er sprake is van enerzijds wetenschap bij de omkoper dat een voor de omgekochte waardevolle gift is gegeven en vervolgens ook daadwerkelijk deze gift is verleend.

3.3.9.2 Vragen en aanbieden

Sinds de inwerkingtreding van de wet van 26 november 2009⁴⁷⁷ per 1 april 2010 is ook het vragen of aanbieden van een gift, belofte of dienst strafbaar gesteld, waardoor de reikwijdte van de strafbaarstelling van private omkoping aanzienlijk is verruimd. Daarbij hoeven bij het vragen of aanbieden de omkopingsmiddelen niet daadwerkelijk te zijn aangenomen en hoeft het doen of nalaten van de omgekochte niet al te hebben plaatsgevonden. Een aanwijzing daartoe is vaak al voldoende. Deze gedragingen worden door Koopmans vergeleken met poging tot omkoping en door de wetgever met uitlokking van actieve en passieve omkoping⁴⁷⁸. Sikkema merkt eveneens op dat voor zover de omkoper de gevraagde gift (nog) niet daadwerkelijk heeft gedaan, men het vragen en aanbieden van de omkopingsmiddelen kan zien als een poging tot actieve en passieve omkoping.⁴⁷⁹

Volgens de Van Dale wordt onder ‘vragen’ verstaan het mondeling, schriftelijk en door middel van gebaren verzoeken.⁴⁸⁰ Sikkema licht toe dat het voldoende is dat de omgekochte te kennen geeft dat hij een voordeel verlangt als prijs voor een door hem te verrichten of verrichte tegenprestatie.⁴⁸¹ Het vragen dient derhalve volgens Sikkema de bestemming te bereiken teneinde onder de strafbaarstelling te vallen.

476 Sikkema (2005), p. 207.

477 Idem.

478 Ibid, p. 292 dat verwijst naar Koopmans, T & C Sr, aantekening 9 bij 362 Sr (oud).

479 Sikkema (2005), p. 292. Zie paragraaf 3.9 voor de behandeling van poging met betrekking tot artikel 328ter Sr.

480 Van Dale (2013), zie bron: <http://www.vandale.nl/opzoeken?pattern=vragen&lang=nn#.UjwGtYblaYE>.

481 Sikkema (2005), p. 293.

Bij het vragen naar een omkopingsmiddel ligt het initiatief bij de omgekochte, waardoor volgens Roording taalkundig moeilijk kan worden gesproken van omkoping, aangezien de omgekochte bij voorbaat al 'om' is. Het ligt volgens hem voor de hand het vragen naar een omkopingsmiddel op te nemen in de omkopingsbepalingen omdat omkoping een dynamisch karakter kan hebben, waarbij aanbieden en vragen elkaar (in een langere tijd) kunnen afwisselen.⁴⁸² De kernvraag bij dit bestanddeel is of de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever al wordt aangetast door het vragen (en niet het aanbieden⁴⁸³) om een omkopingsmiddel. Indien dit het geval is, is het opnemen van het bestanddeel 'vragen' te rechtvaardigen. Het vertrouwen tussen de werknemer en de werkgever wordt aangetast, aangezien de omgekochte door het vragen vatbaar is gebleken voor toekomstige beïnvloeding in zijn functie. Sikkema merkt op dat de omgekochte bij het vragen naar een omkopingsmiddel bereid is zich in zijn dienstbetrekking te laten beïnvloeden door giften, beloften en diensten. Het gevaar dat de omgekochte zijn gedrag in de toekomst laat beïnvloeden door gunsten heeft hier zelfs al de concrete vorm van een vraag aangenomen.⁴⁸⁴ Daarbij is de strafbaarheid van 'vragen' op zijn plaats, aangezien er sprake is van een 'ernstige vorm' van omkoping, te weten omkoping in een soort actieve / passieve variant. De passieve omgekochte is immers in dit geval actief, aangezien deze het initiatief neemt zichzelf te laten omkopen, hetgeen het delict extra bezwaarlijk maakt.

Het woordenboek verstaat onder aanbieden het ter beschikking stellen, zoals iemand een sigaret aanbieden.⁴⁸⁵ Van een daadwerkelijke overdracht hoeft geen sprake te zijn. De strafbaarheid van de omkoper treedt echter niet in op het moment dat de omkopingsmiddelen zijn aangeboden (of verleend) aan de omgekochte, aangezien daarnaast moet worden bewezen dat de omkoper redelijkerwijs heeft moeten aannemen dat de omgekochte de aangeboden gift, belofte of dienst jegens zijn werkgever zal verheimelijken. Het betreft in dit geval een objectief criterium, dat schuilt in de aard van de gift, belofte of dienst, of in de omstandigheden waaronder deze zijn gedaan of worden geleverd. De omkoper is uitsluitend gebonden aan wat hij bij het aanbieden objectief gezien moest verwachten met betrekking tot het verzwijgen door de omgekochte. Ingeval de omgekochte de werkgever toch op tijd, maar na het moment van aannemen van de gift, dienst of belofte, heeft ingelicht, kan de omkoper toch strafbaar zijn.⁴⁸⁶

482 Roording (2002), p. 121.

483 Ingeval de 'omkoper' alleen strafbaar is voor het aanbieden van een gift, dienst of belofte is naar alle waarschijnlijkheid (nog) niet de vertrouwensrelatie tussen de werknemer/'omgekochte' en de werkgever aangetast.

484 Sikkema (2005), p. 293.

485 Van Dale (2013).

486 *Kamerstukken II 1966/67, 8437, nr. 6, p. 2-3 en Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 4, p. 16.*

3.3.10 Naar aanleiding van

Op grond van artikel 328ter lid 1 Sr kan de omgekochte iets doen of nalaten, of heeft de omgekochte iets gedaan of nagelaten naar aanleiding van een gevraagde of aangenomen gift, belofte of dienst. De Doelder merkt met betrekking tot het bestanddeel 'naar aanleiding van' op dat niet bewezen hoeft te worden, in tegenstelling tot de ambtelijke omkopingsbepalingen⁴⁸⁷, dat de omgekochte op de hoogte moest zijn geweest van de reden waarom hij het geld heeft gekregen.⁴⁸⁸ R Emmelink verwoordt het als volgt: *"Ook al heeft hij niet geweten waarom het geschenk gegeven werd, en mogelijk gedacht aan 'pure' vriendschap, hij zal toch in beginsel strafbaar zijn."* De wetenschap van het doel van het omkopingsmiddel hoeft dus niet bewezen te worden.

De wetgever heeft met het bestanddeel 'naar aanleiding van' in eerste instantie aangegeven dat de prestatie de oorzaak moet zijn geweest van de gift of de belofte.⁴⁸⁹ In aanvulling daarop moeten volgens De Doelder de steekpenningen zijn gegeven, omdat men iets van de ander gedaan heeft gekregen, dan wel gedaan hoopt te krijgen.⁴⁹⁰ De prestatie moet volgens hem de 'causa movens' van de gift zijn.⁴⁹¹ In enkele uitspraken is echter uitgemaakt dat er geen concrete of bepaalde prestatie waarvoor de betalingen zijn verricht hoeft te worden onderkend of zelfs ten laste hoeft te worden gelegd.⁴⁹² Het in algemene zin in stand houden van een goede relatie is voldoende concreet om het oorzakelijk verband aan te tonen.⁴⁹³ Volgens Mevis en Sikkema hoeft het bestanddeel 'naar aanleiding van' niet al te strikt te worden geïnterpreteerd en is een lossere (meer 'indirect' band) voldoende.⁴⁹⁴ Sikkema stelt dat kennelijk niet vereist is dat het doen of nalaten de oorzaak ('causa movens') van de gift is. Volgens hem is het voldoende dat het gedrag de aanleiding is.⁴⁹⁵ Ook Roording legt uit dat het verband niet zo rechtstreeks hoeft te zijn en dat het enkel smeren van de relatie voldoende is: *"Dat een echt causaal verband vereist zou zijn, is dan ook niet waar."*⁴⁹⁶ Doorenbos is daarentegen van mening dat in het bestanddeel 'naar aanleiding van' een causaal verband is te onderkennen tussen de handeling en de aangenomen gift of belofte.⁴⁹⁷

487 Op grond van de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr. Het bestanddeel 'wetende of redelijkerwijs vermoedende dat'.

488 De Doelder (1983), p. 19.

489 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

490 De Doelder (1983), p. 19.

491 Idem.

492 Tonino (2009), p. 26. Zie bijv. Rb. Rotterdam 24 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX4719.

493 HR 27 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8644, NJ 1991/318.

494 Mevis (2000), p. 98.

495 Sikkema (2005), p. 288.

496 Roording (2002), p. 122 - 123.

497 Doorenbos (1988), p. 354-355.

Deze opvatting is mijns inziens alleen valide bij een toepassing van een ruime causaliteitsleer, wat betekent dat een indirect causaal verband eveneens onder dit bestanddeel kan worden geschaard. Advocaat-generaal Ledeboer merkt overigens op dat het bestanddeel 'naar aanleiding van' mede het bestanddeel 'ten gevolge' ondervangt.⁴⁹⁸ Sikkema concludeert hieruit dat het bestanddeel 'naar aanleiding van' de voorkeur verdient boven het bestanddeel 'ten gevolge van'.⁴⁹⁹ Roording heeft zijn twijfels bij de keuze van de wetgever voor het bestanddeel 'naar aanleiding van' en is voorstander van de toepassing van de wettelijke structuur zoals gebruikt in de ambtelijke omkopingsbepalingen 'ten gevolge van' in artikel 328ter Sr. Het bestanddeel 'naar aanleiding van' impliceert volgens hem een indirect verband dat de strafbaarheid onredelijk verruimt.⁵⁰⁰ De gift, belofte of dienst dient zijn grond te vinden in de tegenprestatie (direct verband), wat volgens Roording grondiger tot uitdrukking kan komen door het bestanddeel 'ten gevolge van'.⁵⁰¹ Bovendien is het gevaar van het bestanddeel 'naar aanleiding van' dat de bewijslast naar de omgekochte verschuift omdat op basis van dit te ruim interpreteerbare bestanddeel te eenvoudig een relatie tussen de omkopingsmiddelen en de tegenprestatie kan worden aangenomen. Het is volgens Roording, die deze gedachtegang ontleent aan de letterlijke interpretatie van artikel 328ter Sr, aan de omgekochte - in de trant van een soort Murray-redenering⁵⁰² - om aannemelijk te maken dat er geen relatie tussen beide bestaat.⁵⁰³

Of het bestanddeel 'ten gevolge van' deze problematiek ondervangt, is bij de toepassing van een ruime causaliteitsleer nog maar de vraag. De keuze van de wetgever voor het bestanddeel 'naar aanleiding van' is te rechtvaardigen, aangezien in de praktijk vaak blijkt dat omkopingsmiddelen worden gebruikt om de relatie te 'smeren' en niet per se gebruikt worden voor het direct teweegbrengen van een bepaalde tegenprestatie.⁵⁰⁴ Het aantonen van een 'losser' verband qua bewijslast door het opnemen van het bestanddeel 'naar aanleiding van' door de wetgever is dan verdedigbaar. De zorgen van Roording met

498 HR 28 juni 1920, *W* 10 618, *NJ* 1920/808.

499 Sikkema (2005), p. 289.

500 Gedacht kan worden aan de situatie waarin bijvoorbeeld de 'omgekochte' een beschikking afgeeft die gunstig is voor A, waarop hij een gift krijgt van B, die er daarmee op speculeert dat de 'omgekochte' hem net zo welgezend zal zijn als A. Het handelen van B (de 'omkoper') staat in een te ver verwijderd verband tot het handelen van de 'omgekochte' (ten gunste van A) om van een strafwaardige omkoping te kunnen spreken. Zie Roording (2002), p. 127.

501 Idem.

502 EHRM 8 februari 1996, *NK* 1996, 725 m.nt. Kn, zaak Murray. 'The national court cannot conclude that the accused is guilty merely because he chooses to remain silent. It is only if the evidence against the accused 'calls' for an explanation which the accused ought to be in a position to give that failure to give any explanation 'may as a matter of common sense allow the drawing of an inference that there is no explanation and that the accused is guilty'.

503 Idem.

504 De Doelder (1983), p. 20.

betrekking tot de omkering van de bewijslast worden gecompenseerd door het opnemen van het bestanddeel ‘verzwijgen in strijd met de goede trouw’, aangezien het Openbaar Ministerie nog altijd zal moeten bewijzen dat de gift, dienst of belofte is verzwegen jegens de werkgever.

3.3.11 Opzet en schuld

In tegenstelling tot de passieve ambtelijke omkopingsbepalingen waarin met de zinsnede “*wetende of redelijkerwijs vermoedende dat*” de onvoorwaardelijke opzet, de voorwaardelijke opzet en de culpa met betrekking tot het doel van de gift, de dienst of de belofte is aangenomen⁵⁰⁵, is in de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping - artikel 328ter lid 1 Sr - geen verwijzing naar enige vorm van wetenschap of culpa te ontdekken. Het doet niet volgens Van der Velden met betrekking tot het doel van de gift ter zake of de potentieel omgekochte weet heeft van de beweegredenen van de persoon die de gift, dienst of belofte doet.⁵⁰⁶ Ook De Doelder, die zich baseert op de bewoordingen van artikel 328ter lid 1 Sr, is van mening dat niet bewezen hoeft te worden dat de ontvanger op de hoogte moest zijn geweest van de reden waarom hij het geld heeft gekregen.⁵⁰⁷

Het blote niet melden van een gift, dienst of belofte, waarbij volgens Fokkens geen culpa is vereist ten aanzien van het verzwijgen, is volgens deze auteur op zichzelf dan ook afdoende.⁵⁰⁸ Fokkens vindt dan ook dat artikel 328ter lid 1 Sr niet echt als een opzetdelict kan worden gerubriceerd.⁵⁰⁹ Roording denkt daar anders over en merkt op dat hier sprake is van een culpoze variant in verband met het verzwijgen in strijd met de goede trouw van de gift, de dienst of de belofte tegenover de werkgever of lastgever.⁵¹⁰ In de niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie wordt daarentegen geen aandacht besteed aan de opzet dan wel de schuld aan het verzwijgen in strijd met de goede trouw, waardoor het niet melden van de gift, de dienst of de belofte op zich afdoende is.⁵¹¹ Deze lijn kan worden doorgetrokken naar de nieuwe wetgeving waarbij onder andere ook het ‘blote’ handelen of het nalaten van handelingen van de omgekochte in strijd met zijn plicht kan zijn.

505 *Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 7* (‘redelijkerwijs vermoedende dat’ dient te worden ingevuld door dat de verdachte heeft moeten begrijpen dat aan hem een voordeel is verschafte met een bepaald doel) en HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8673, NJ 2008/318 (voorwaardelijk opzet).

506 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

507 De Doelder (1983), p. 20.

508 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010 (M.a.w. ook al heeft hij niet geweten, waarom het geschenk gegeven werd, en mogelijk gedacht aan ‘pure’ vriendschap, hij zal toch in beginsel strafbaar zijn, als hij op grond van de objectieve regels verplicht was geweest zijn chef (tijdig) in te lichten).

509 Idem.

510 Roording (2002), p. 141.

511 Zie verder, paragraaf 3.4.3.

Sikkema merkt met betrekking tot de invulling van het bestanddeel ‘aannemen’ in de artikelen 362 en 363 Sr op dat in dit bestanddeel een opzetvereiste is vervat. De omgekochte zal zich derhalve bewust moeten zijn van de omstandigheid dat hem een voor hem waardevol voordeel wordt verschaft en dat het voordeel wordt aangenomen.⁵¹² De opzetvereiste ten aanzien van het aannemen kan zodoende worden bewezen indien er sprake is van enerzijds wetenschap bij de omgekochte van een waardevolle gift en vervolgens deze gift is geaccepteerd dan wel is aanvaard.

In artikel 328ter lid 2 Sr is met de zinsnede *“redelijkerwijs moet aannemen dat deze gift⁵¹³ of belofte in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever”* een - en dat is bijzonder volgens Fokkens⁵¹⁴ - culpoze variant opgenomen, waardoor Sikkema veronderstelt dat door ook het doen van een gift, dienst of belofte als een opzettelijke handeling te beschouwen, artikel 328ter lid 2 Sr kan worden opgevat als een pro parte doleus, pro parte culpoos delict.⁵¹⁵ Het Hof Amsterdam liet in 2007 de invulling van het bestanddeel ‘redelijkerwijs moet aannemen dat omgekochte de giften in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever’ bij de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping afhangen van de vraag of de omkoper op het moment van het aanbieden dan wel het verlenen van de gift, dienst of belofte had voorzien of de omgekochte wel of geen melding van de gift zou maken bij zijn werkgever.⁵¹⁶ Dit ‘voorzien’ wordt in deze en andere rechtspraak veelal ingevuld door onder andere de omvang van de giften en de aard van de gedragingen.⁵¹⁷ Dit is ook in lijn met het voorafgaand opgenomen bestanddeel ‘van die aard of onder zodanige omstandigheden’. Het is daarbij niet van belang dat de omgekochte de gift, de dienst of de belofte uiteindelijk op een later moment niet (toch) verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, waardoor een latere melding de strafbaarheid van de omkoper niet opheft. Zo kan de juridisch ongelijkwaardige, inconsequente situatie ontstaan dat de omkoper op het moment van het aanbieden dan wel verlenen van de gift, de dienst of de belofte wel strafbaar is en de omgekochte niet, mits hij binnen een redelijke termijn een melding van deze omkopingsmiddelen maakt aan zijn werkgever of lastgever. In de nieuwe wetgeving is in artikel 328ter lid 2 de volgende zinsnede opgenomen: *‘dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze handelt in strijd met zijn plicht.’* Ook hier kan worden aangesloten bij de redenering dat de schuld van de omkoper afhangt van de vraag of hij op het moment van het aanbieden dan wel het verlenen van de gift, dienst of belofte had voorzien of de

512 Sikkema (2005), p. 206.

513 Waarom de wetgever hier niet heeft gekozen voor ook het bestanddeel ‘dienst’ is geheel onbegrijpelijk.

514 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Remmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010 (‘redelijkerwijs vermoedende dat’ is niet het ‘redelijkerwijs moet aannemen’).

515 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012, zie ook Roording (2002), p. 141 en Sikkema (2005), p. 415.

516 Hof Amsterdam 13 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB2447.

517 Zie verder, paragraaf 3.4.3.

omgekochte in strijd zou handelen of nalaten te handelen met zijn plicht. Voor het derde lid van het nieuwe artikel 328ter Sr geldt hetzelfde uitgangspunt als hierboven beschreven.

In ogenschouw genomen dat de delictsgedragingen actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping als noodzakelijke deelnemingsvormen kunnen worden beschouwd en deze delicten daardoor alleen kunnen worden gepleegd door ten minste twee personen, is het opmerkelijk dat de wetgever niet het aanbieden, verlenen, aannemen en vragen - al dan niet in verband met de verleende tegenprestatie of toekomstige tegenprestatie - strafbaar heeft gesteld zonder de voorwaarde van het verzwijgen in strijd met de goede trouw.⁵¹⁸ Door deze wetssystematiek kunnen op een juridisch consequentere, gelijkwaardige en gerechtvaardigde wijze de omkoper en de omgekochte voor hetzelfde delict worden vervolgd en bestraft.

De opzetvereisten in het verlenen en aanbieden kunnen daardoor ook worden bewezen als sprake is van enerzijds wetenschap (onvoorwaardelijk opzet) bij de omkoper dat een voor de omgekochte waardevolle gift is verleend en als de gift ook daadwerkelijk is verleend of aangenomen.⁵¹⁹ Alhoewel in paragraaf 3.9 onder andere wordt voorgesteld het bestanddeel 'vragen' niet meer zelfstandig op te nemen in de nieuwe strafbepaling, is de opzetvereiste daarin overbodig, daar het vragen van een gift, belofte of dienst impliciet opzettelijk handelen veronderstelt. De vrager van het omkopingsmiddel is zich immers terdege bewust van het feit dat hij een voor hemzelf waardevolle gift, dienst of belofte vraagt.

De omkoper en de omgekochte moeten willens en wetens handelen ten aanzien van de waardevolle gift (onvoorwaardelijk opzet⁵²⁰). Dit betekent impliciet ook dat in codificerende zin recht wordt gedaan aan de steeds lagere ondergrens van wetenschap ten aanzien van het doel van de gift, belofte of dienst zoals het 'oogmerk om hem te bewegen' en het 'redelijkerwijs vermoedende dat' in de actieve en passieve ambtelijke omkopingsbepalingen weergegeven. Daar uit de niet-ambtelijke rechtspraak blijkt dat bij het culpoze delictsbestanddeel 'redelijkerwijs moet aannemen' veelal aansluiting wordt gezocht bij de omvang van de gift, de dienst of de belofte en niet bij het doel van dat omkopingsmiddel, is het ook te rechtvaardigen dat in de nieuwe strafbepaling de opzetvereiste voorafgaande aan de bestanddelen 'niet-gerechtvaardigd voordeel', 'verlenen' en 'aannemen' wordt opgenomen. Het is immers bij het willens en wetens aannemen en verlenen van een waardevolle gift al onmiskenbaar duidelijk dat daar een bedoeling dan

518 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht, artikel 47 Sr, aant. 5*, bijgewerkt tot 1 oktober 2012.

519 Sikkema (2005), p. 206.

520 Een voorwaardelijk opzetvereiste leent zich niet goed in dit geval. Een situatie waarin een persoon willens en wetens de kans aanvaard dat een waardevolle gift wordt aangenomen laat zich niet goed kennen.

wel een beweegreden achter schuilt en dat de omkoper en de omgekochte daarvan op de hoogte moesten zijn of zouden moeten zijn.

3.4 VERZWIJGEN IN STRIJD MET DE GOEDE TROUW

3.4.1 Inleiding

De achterliggende reden voor het invoeren van het essentiële delictsbestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' is dat de wetgever het aannemen van gebruikelijke fooien en relatiegeschenken, oftewel de zogenoemde bagateldelicten, niet onder de strafbepaling van artikel 328ter Sr wilde laten vallen.⁵²¹ Door de invoering van dit ruim interpreteerbare bestanddeel laat de wetgever eveneens de ruimte over aan de rechter om artikel 328ter Sr op rechtvaardige wijze toe te passen. De wetgever heeft tevens het dit delictsbestanddeel opgenomen, omdat het hem te ver ging "*het enkele aannemen c.q. doen van een gift of belofte als laakbaar aan te merken*".⁵²² Daarbij beoogt artikel 328ter Sr strafbaarstelling voor gevallen waarin de omgekochte de gift, belofte of dienst verzwijgt tegenover zijn werkgever. Indien de omgekochte evenwel tegenover zijn werkgever openheid van zaken geeft, is er geen sprake van strafbaar handelen van de omgekochte.⁵²³ De kern van dit delict is derhalve of de omgekochte naar objectieve maatstaven tot mededelen aan de werkgever verplicht was en of de omkoper redelijkerwijs naar objectieve maatstaven kon verwachten dat de omgekochte de ontvangen gift, belofte of dienst niet wilde mededelen aan zijn werkgever. Het is daarbij voor de strafbaarheid van de omkoper niet relevant of uiteindelijk het zwijgen van omgekochte tegenover de werkgever is doorbroken. Ook de nieuwe wetgeving bevat dit bestanddeel, om precies te zijn onder het derde lid. Het is dus voor zowel een analyse van de oude als de nieuwe wetgeving van belang om dit bestanddeel te behandelen.

Eerst wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de wetsgeschiedenis met betrekking tot het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in artikel 328ter Sr. Aansluitend wordt aandacht besteed aan achtereenvolgens de jurisprudentie, het tijdstip van de mededeling en aan wie nu dient te moeten worden medegedeeld. Nadien worden de literatuur en verscheidene maatschappelijke commentaren uit het juridisch veld ten aanzien van dit bestanddeel uitgebreid geëvalueerd. Ten slotte zal worden afgesloten met een tussenconclusie over dit bestanddeel.

521 Opmerkelijk is dat de wetgever in de ambtelijke omkopingsbepalingen wel deze giften strafbaar heeft gesteld, aangezien deze giften naar maatschappelijke opvattingen ook als laakbaar kunnen worden beschouwd. Zie verder hoofdstuk 5.

522 *Kamerstukken II 1967/68, 8437, nr. 6, p. 2.*

523 T.R. van Roomen en E. Sikkema, 'De strafbaarstelling van publieke en private corruptie: wat mag wel en wat mag niet?', *DD 2012, 75, p. 3.*

3.4.2 Wetsgeschiedenis

3.4.2.1 Het begin: Salomonson (1925)

In zijn proefschrift uit 1925 komt Salomonson⁵²⁴, na een juridische vergelijking met andere West-Europese niet-ambtelijke omkopingsbepalingen tot de conclusie dat een strafrechtelijke bepaling inzake het aannemen van steekpenningen in de private sector dient te worden opgenomen. Hij pleit voor een wettelijke bepaling, aangezien het delict 'omkoping' in handelskringen is ingeworteld en het besef van de ondeugdelijkheid van het geven en het aannemen van steekpenningen dermate is verzwakt, dat zonder ruggensteun door een wettelijke bepaling de handel ook uit vrees voor de concurrentie niet licht tot krachtige maatregelen zal overgaan.⁵²⁵ Deze vrees komt voort uit de gedachte dat firma's die steekpenningen geven voor toekomstige opdrachten gemakkelijker zaken doen dan firma's die dit niet doen. Salomonson vermeldt daarbij dat de 'eerlijke' koopman tegen zijn zin steekpenningen uitkeert om de strijd met de concurrentie te kunnen volhouden.⁵²⁶ Een wettelijke bepaling is volgens hem derhalve noodzakelijk om niet-ambtelijke omkoping effectief te bestrijden.

Salomonson verwerpt het Duitse wettelijke systeem omdat volgens hem het bestanddeel 'oneerlijke mededinging' principieel en praktisch onvoldoende is.⁵²⁷ De Duitse strafbepaling ging uit van de praktische gevolgen van omkoping, de oneerlijke mededinging.⁵²⁸ De omstandigheid dat de werkgever al dan niet op de hoogte is gebracht van de omkoping heeft in Duitsland geen invloed op de strafbaarheid van de verdachte. Salomonson uit kritiek op deze grondslag, omdat die een beroep op het algemeen gebruik de strafbaarheid juridisch kan uitsluiten. Immers, als het geven en aannemen van steekpenningen in een hele beroepsgroep of handelstak gebruikelijk is, kan er geen sprake zijn van oneerlijke mededinging. De Duitse rechter ging echter niet mee in deze redenering. De verdachte kon zich, volgens deze rechter, niet beroepen op het oneerlijk handelen van zijn concurrenten, aangezien het actief en passief omkopen voor zowel de verdachte als voor de concurrenten in strijd is met de wet.⁵²⁹ Had het Reichsgericht⁵³⁰ de consequentie aanvaard dat het algemeen gebruik de strafbaarheid van oneerlijke mededinging kan uitsluiten, dan was tevens duidelijk aan het licht gekomen hoe eenzijdig en onjuist in haar grondslag de

524 Lodewijk Salomonson promoveerde in 1925 aan de Rijksuniversiteit te Leiden op een proefschrift over steekpenningen. L. Salomonson, *Steekpenningen*, (diss. Leiden), Leiden: Vilders 1925, p. 103.

525 Idem.

526 Ibid, p. 10.

527 Ibid, p. 104.

528 Ibid, p. 39.

529 Ibid, p. 45.

530 Supreme criminal and civil court in the Deutsches Reich from 1879 to 1945 (bron: www.wikipedia.nl).

3 Duitse strafbepaling eigenlijk was.⁵³¹ Salomonson interpreteert het arrest op een wijze die laat zien dat ook andere motieven kunnen leiden tot strafbaarheid van omkoping. Dit betekent dat de strafbaarheid van omkoping niet alleen gebaseerd dient te zijn op de oneerlijke mededinging. De Duitse strafbepaling was zodoende in haar grondslag zowel principieel als praktisch onjuist, omdat andere motieven eveneens invloed kunnen hebben op de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping. Daarbij merkt Salomonson op dat onschuldige giften in de Duitse strafbepaling worden uitgezonderd van strafbaarheid door het opnemen van het element dat de gift het doel moeten hebben de omgekochte te bewegen om de omkoper te bevoordelen.⁵³² Het middel (de gift) moet geschikt zijn deze doelstelling te bereiken (leer van de adequate veroorzaking).

Salomonson is meer onder de indruk van de Engelse strafbepaling, aangezien de Engelse rechter heeft ingezien dat de werkgever bescherming behoefde tegen het gevaar dat de werknemer het in hem gestelde vertrouwen te eigen bate kan misbruiken.⁵³³ Hij was van oordeel dat dit gevaar van de lastgever voornamelijk ontstond door het feit dat hij niet op de hoogte was van het persoonlijk belang van zijn werknemer.⁵³⁴ Hij kwam daarna tot de conclusie dat de werknemer de plicht had om zijn belang aan zijn werkgever te melden, zodat deze werkgever het vertrouwen in hem kon herzien. De bewijslast van deze mededelingsplicht wordt wel omgekeerd: de werknemer moet de mededeling aan de werkgever bewijzen om strafbaarheid uit te sluiten. Het Engelse stelsel ging dus uit van openbaarheid van handelen. De omstandigheid of de werkgever feitelijk wordt benadeeld, is voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping niet van belang. Dit leidt er volgens Salomonson toe dat de gevaarlijke gevolgen van het geven van steekpenningen niet slechts zijn gelegen in de benadeling van de werkgever, maar vooral in de demoraliserende invloed die deze praktijken onvermijdelijk op de handelsstand kunnen hebben.⁵³⁵

Strafbaar moet volgens Salomonson worden gesteld *“Het verstrekken of beloven van geldsommen, goederen of andere voordelen, direct of indirect, aan ondergeschikten, lasthebbers of anderen, die zaken voor principalen behandelen, met de bedoeling om hetzij deze hierdoor te bewegen, hun invloed op hun principalen ten behoeve van die verstrekkers of belovers aan te wenden, of die verstrekkers of belovers op enigerlei wijze te bevoordelen of boven anderen te begunstigen; hetzij hen te belonen voor soortgelijke handelingen, door hen gepleegd bij de totstandkoming of uitvoering der met hun principalen gesloten overeenkomsten. Op gelijke*

531 Salomonson (1925), p. 43.

532 Ibid, p. 43.

533 Ibid, p. 19.

534 Idem

535 Ibid, p. 37.

wijze moet het aannemen van steekpenningen worden strafbaar gesteld.⁵³⁶ De ondeugdelijke bedoeling kan volgens Salomonson onder meer worden afgeleid uit de omstandigheid dat de steekpenningen buiten voorkennis en toestemming van de principaal zijn gegeven en aangenomen. Op deze wijze houdt Salomonson de deur open voor andere gedragingen die de ondeugdelijke bedoeling kunnen aannemen.

3.4.2.2 Rapport Commissie Mulder (24 maart 1964)/Memorie van Toelichting

De Commissie Mulder werd ingesteld om te onderzoeken of - en zo ja, in hoeverre - er in Nederland behoefte bestaat aan een strafbaarstelling van private omkoping in de Nederlandse strafwet.⁵³⁷ Daarbij diende het proefschrift van Salomonson als fundament voor verder onderzoek door deze Commissie naar onder andere de vraag op welke wijze zo'n strafbaarstelling moest worden vormgegeven. In het vervolg van deze paragraaf wordt ingegaan op de formulering van de beoogde strafbaarstelling en wordt niet de vraag behandeld welke crimineel-politieke overwegingen een rol hebben gespeeld bij de invoering van zo'n strafbaarstelling. Een uitgebreide crimineel-politieke analyse van een eventuele strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping is te vinden in de dissertatie van De Roos (1987) en het artikel van Ruter en Hoekema.⁵³⁸ Tevens is het rapport van de Commissie Mulder als bijlage toegevoegd aan de Memorie van Toelichting (MvT), waarin veelvuldig wordt verwezen naar het rapport van de Commissie Mulder. Om deze reden is een zelfstandige behandeling van de MvT van de wet *Stb.* 1967, 565 overbodig.

In het kader van de formulering van de strafbaarstelling voerde de Commissie Mulder eerst een rechtsvergelijkend onderzoek uit naar de verschillende strafbaarstellingen van niet-ambtelijke omkoping in andere westerse landen.⁵³⁹ In nagenoeg alle landen zijn de actieve en passieve variant van niet-ambtelijke omkoping strafbaar gesteld. De enige uitzondering is Zwitserland, waar alleen de actieve variant strafbaar is. De landen die zijn vergeleken, kunnen worden onderscheiden in twee groepen. De eerste groep landen (Engeland, Frankrijk, Zwitserland) gaat uit van een stelsel waarbij het voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping vereist is dat de omgekochte de gift of belofte⁵⁴⁰ aannam, zonder medeweten of instemming van zijn werkgever of principaal.⁵⁴¹ Daartegenover stonden de Duitse, Oostenrijkse en Zweedse strafbaarstellingen, waarbij het voor de strafbaarheid van zowel de omkoper als omgekochte irrelevant is of laatstgenoemde de principaal op de hoogte

536 Ibid, p. 104.

537 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 6.

538 Th. De Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Gouda Quint: Arnhem 1987, p. 132-142 en C.F. Ruter, A.J. Hoekema, *Omkoping van anderen dan ambtenaren*, TvS 1968.

539 Engeland, Frankrijk, Zwitserland, Duitsland, Oostenrijk, Zweden en New York (officieel geen land).

540 De term 'dienst' deed pas bij de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 616 zijn intrede.

541 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 13.

heeft gesteld.⁵⁴² De eerste groep landen gaat er met betrekking tot de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping vanuit dat het primaire rechtsbelang vooral het beschermen van de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever is, terwijl het belangrijkste rechtsbelang in de tweede groep primair gericht is op het voorkomen van verstoringen in concurrentieverhoudingen, oftewel het bestrijden van de oneerlijke mededinging.

Vervolgens werd door de Commissie Mulder een rapport van de Commissie van de Maatschappij van Nijverheid uit 1910 aangehaald. In dit rapport werd gesteld dat het voor de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping essentieel is of het oogmerk van de omkoper is om een ander te bewegen tot handelen “in strijd met zijn plicht”.⁵⁴³ Salomonson daarentegen meent dat de geheimhouding van de omkoping jegens de werkgever, oftewel het schenden van de vertrouwensrelatie, een essentieel kenmerk van niet-ambtelijke omkoping is. Hij verwerpt het Duitse systeem, dat uitgaat van de oneerlijke mededinging als essentieel kenmerk, en is van oordeel dat Nederland het Engelse voorbeeld moet volgen.⁵⁴⁴ Salomonson stelt voor strafbaar te stellen *“het verstrekken of beloven van geldsommen, goederen of andere voordelen, direct of indirect, aan ondergeschikten, lasthebbers of anderen, die zaken voor principalen behandelen, met de bedoeling om hetzij deze hierdoor te bewegen hun invloed op de principalen ten behoeve van die verstrekkers of belovers aan te wenden, of die verstrekkers of belovers op eenigerlei wijze te bevoordeelen, of boven anderen te begunstigen, hetzij hen te beloonen voor soortgelijke handelingen door hen gepleegd bij de totstandkoming of uitvoering der met hun principalen gesloten overeenkomsten. Op gelijke wijze moet het aannemen van steekpenningen worden strafbaar gesteld.”*⁵⁴⁵

Het bestanddeel ‘bedoeling’ uit dit citaat kan volgens Salomonson mede worden afgeleid uit het tegenover de werkgever verzwijgen van de gegeven of aangenomen steekpenningen: *“de ondeugdelijke bedoeling zal onder meer kunnen worden afgeleid uit de omstandigheid, dat de steekpenningen buiten voorkennis en toestemming van den principaal zijn gegeven of aangenomen.”*⁵⁴⁶ Het is van belang te beseffen dat de bedoeling kan worden afgeleid uit het tegenover de werkgever verzwijgen van de gift of belofte; volgens Salomonson hoeft het niet per se. De Commissie Mulder besteedt in haar verdere analyse geen aandacht aan dit aspect.

542 Idem.

543 *Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 4, p. 15.*

544 Idem.

545 Salomonson (1925), p. 104.

546 Idem.

Na het verschijnen van het proefschrift van Salomonson kwam volgens de Commissie Mulder een aantal gevallen van niet-ambtelijke omkoping bovendien. Deze gevallen trokken veel media-aandacht. De ondernemingen die te maken kregen met gevallen van niet-ambtelijke omkoping, zoals omkoping met betrekking tot leveranties aan (gemeentelijke) gasbedrijven, volgden de arbeidsrechtelijke procedures van bijvoorbeeld ontslag op staande voet.⁵⁴⁷ Het bedrijfsleven vond deze arbeidsrechtelijke maatregelen niet genoeg en besloot zich in te zetten voor een strafrechtelijke bepaling. Uit een enquête, in 1927 gehouden door het Hoofdbestuur van de Nederlandsche Maatschappij, bleek dat departementen van die maatschappij behoefte hadden aan een strafrechtelijke bepaling omdat er grotere en gedifferentieerde ondernemingen ontstonden waarbij de controlemogelijkheden van de werkgevers jegens de werknemers beperkt werden. Naar aanleiding van deze enquête zetten het bedrijfsleven en de overheid gezamenlijk een commissie op. Deze commissie adviseerde om in navolging van Salomonson te kiezen voor het Engelse model, waarbij het kernmoment is gelegen in de verheimelijking van de steekpenningen tegenover de principaal van de omgekochte.⁵⁴⁸ De schending van de 'zuiverheid van de dienstbetrekking' stond bij de geadviseerde strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping door deze commissie voorop. De keuze van deze commissie is vanuit het werkgeversperspectief gezien niet geheel onlogisch, aangezien bij civiele procedures tussen werknemer en werkgever het vertrouwen is geschonden.

Zij gaven de voorkeur aan deze invulling van de strafbepaling, omdat degenen die door de hevige concurrentie gedwongen werden om personen om te kopen, door invoering van de strafbepaling zouden afzien van deze 'onwillige' gedragingen. Eveneens werden tevens omgekochte personen door deze strafbaarstelling aangezet om openheid van zaken te geven om straf te ontlopen. De (nog) niet-omgekochte personen werden tevens preventief gedreven zich niet te laten omkopen.

Pas in 1960 werd in een lezing van De Pous, het hoofd van de spoorwegercherche, de discussie over de invoering van een strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping wederom aangezwengeld. Professor Mulder besprak ter conferentie van het Nederlands Gesprek Centrum in 1961 de volgende invulling van een eventuele strafbaarstelling: *"Hij, die, met het oogmerk om zich of een ander te bevoordelen, opzettelijk aan een persoon, werkzaam in dienstbetrekking of optredende als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of ter uitvoering van zijn last zal doen of nalaten, een gift of belofte doet, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat de gift of belofte verborgen zal worden gehouden tegenover het diensthoofd of de lastgever, wordt, als schuldig aan omkoping, gestraft met*

547 Zie verder J. L. Posthuma, 'Nederland is een dorado voor corruptie', *Tijdschrift voor de Politie* 1962, p. 73.

548 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 8.

(...). *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die, werkzaam in dienstbetrekking of optredende als lasthebber, opzettelijk naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of ter uitvoering van zijn last zal doen of nalaten, een gift of belofte aanvaardt en deze verborgen houdt tegenover zijn diensthoofd of lastgever.*" In deze voorgestelde wetsbepaling is wederom het essentiële kenmerk van de strafbepaling te zien dat de gift of belofte verborgen wordt gehouden tegenover de werkgever. In een forumdiscussie in *De Rotterdammer* van 13 september 1962 werd eveneens gepleit voor het in de wettelijke bepaling opnemen van de geheimhouding jegens de werkgever.⁵⁴⁹

Naar aanleiding van deze uiteenzetting was de Commissie Mulder van oordeel dat het verzwijgen van de gift of belofte tegenover de principaal van de omgekochte bepalend dient te zijn voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping. Dit oordeel vloeit volgens de Commissie Mulder voort uit de zienswijze dat het door de strafbepaling te beschermen rechtsbelang is de zuiverheid van de dienstbetrekking.⁵⁵⁰ De Commissie stelde de volgende strafbepaling voor:

"1. Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte aanneemt en dit aannemen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenis ten hoogste een jaar.

2. Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen nalaten, een gift of belofte doet van dien aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift of belofte in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever."

Het verzwijgen van de gift of de belofte tegenover de werkgever moet in strijd met de goede trouw zijn, wil er sprake zijn van strafbaar handelen. De Commissie Mulder heeft twee redenen gegeven voor de invoering van dit bestanddeel.

Ten eerste wordt op deze wijze voorkomen dat gebruikelijke fooien, relatiegeschenken en dergelijke binnen de reikwijdte van de strafbepaling vallen. De Commissie Mulder stelt dat het aanwenden van strafmiddelen inzake deze bagatel delicten kan leiden tot een

549 *Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 4, p. 15.* (indirecte bron).

550 *Idem.*

vexatoir karakter⁵⁵¹ van het strafrecht. Het aanwenden van strafmiddelen met betrekking tot deze bagateldelicten is volgens de Commissie Mulder onnodig. De commissie baseert deze stelling op onder meer het werk van Salomonson, die ongeveer veertig jaar eerder voorstander was van het uitsluiten van deze giften.⁵⁵² Het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' houdt derhalve volgens de commissie in dat niet ieder zwijgen als laakbaar moet worden gekwalificeerd, maar slechts het zwijgen in situaties waar spreken plicht is.⁵⁵³ Ten tweede kan met betrekking tot de invulling van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' rekening worden gehouden met de in sommige landen bestaande handelsgebruiken ten aanzien van het doen van giften.⁵⁵⁴

In het tweede lid van deze voorgestelde strafbaarstelling werd een objectief criterium voor actieve niet-ambtelijke omkoping door de Commissie Mulder voorgesteld. De actieve omkoper moet redelijkerwijs aannemen dat de omgekochte de gift of belofte in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever. Op deze wijze wordt volgens de Commissie Mulder voor de strafbaarstelling van actieve niet-ambtelijke omkoping geabstraheerd van de voor de actieve niet-ambtelijke omkoping niet, maar voor de passieve niet-ambtelijke omkoping wel relevante vraag of degene aan wie de gift of belofte is gedaan deze al dan niet heeft verzwegen tegenover zijn principaal.⁵⁵⁵ De vraag die gesteld moet worden, is of de actieve omkoper naar aanleiding van de aard van de omkopingsmiddelen of de omstandigheden waarin deze zijn gedaan objectief kon verwachten dat de werknemer de omkoping zal verzwijgen jegens zijn werkgever (schuld). De opzet, oftewel de wetenschap dat de omkoping is of wordt verzwegen, is derhalve niet nodig om onder de strafbaarstelling van artikel 328ter lid 2 Sr te vallen. Ingeval de omgekochte de werkgever toch inlicht, kan de omkoper zijn straf niet ontlopen. De Commissie Mulder wijst er kort op dat het voorgestelde artikel primair de zuiverheid van de dienstbetrekking beoogt te beschermen, maar door zijn werking ook ergere vergrijpen tegen de regels van de economische mededinging kan dekken.⁵⁵⁶

551 Het onnodig aanwenden van rechtsmiddelen en/of executiemiddelen.

552 Salomonson (1925), p. 5.

553 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 16.

554 *Idem.*

555 *Idem.*

556 *Idem.*

3.4.2.3 Voorlopig verslag vaste Commissie van Justitie (8 juni 1966)

De vaste Commissie van Justitie was naar aanleiding van de MvT van de wet *Stb.* 1967, 565⁵⁵⁷ en het rapport van de Commissie Mulder⁵⁵⁸ niet geheel overtuigd van het uitgangspunt dat de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever bij de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping voorop dient te staan. De vertrouwensrelatie, die de zuiverheid van de dienstbetrekking moest weergeven, *kan* zijn weerklank vinden in het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. De vaste Commissie van Justitie stelde dat handelingen die vallen onder niet-ambtelijke corruptie strafwaardig zijn omdat zij 'unfair play' inhouden jegens de concurrentie, maar niet omdat zij schade kunnen opleveren in de verhouding tussen werknemer en werkgever.⁵⁵⁹ Zodoende stond volgens deze commissie niet de 'zuiverheid van de dienstbetrekking' voorop, maar de verstoorte concurrentieverhoudingen. Tevens stelde deze commissie de vraag of de werkgever bij het kennisnemen door de mededeling van de ondergeschikten, de ontstane situatie zal betreuren, aangezien de werkgever de kans loopt zijn goede naam te verliezen. De omkopingsituatie wordt dan waarschijnlijk stilgehouden. Eveneens is het bezwaarlijk dat bij de voorgestelde strafbaarstelling de omkoper en omgekochte vrijuit gaan bij de mededeling van de werknemer aan de werkgever. De oneerlijke concurrentie blijft dan een feit, maar blijft volgens de commissie onbestraft.⁵⁶⁰

De vaste Commissie van Justitie stelde naar aanleiding van het wetsvoorstel van de regering vast dat niet-ambtelijke omkoping slechts strafbaar kan zijn, indien de omgekochte persoon het aannemen van de gift of belofte in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever.⁵⁶¹ De commissie legde ten aanzien van dit bestanddeel uit dat het onderscheid tussen kleinere giften en geschenken, die omkoping ten doel hebben, soms moeilijk te maken is. Bovendien leerde de ervaring dat kleinere geschenken niet zelden worden gegeven als voorbereiding voor latere, verdergaande omkoppingen.⁵⁶² Dit betekent dat de werknemer zelf moet afwegen of deze geschenken in strijd met de goede trouw zijn en vervolgens moet bepalen of hij de werkgever hiervan op de hoogte brengt. De vraag is of de werknemer daartoe in staat is en of hem deze verantwoordelijkheid toe dient te komen. Daarentegen biedt het opnemen van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' strafrechtelijke bescherming voor de werknemer, aangezien is vereist dat de geschenken zijn gedaan 'in strijd met de goede trouw'. De vaste Commissie van Justitie uitte tevens kritiek op het gekozen wettelijk stelsel inzake 328ter Sr, aangezien het Franse stelsel uitging

557 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 3.

558 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4.

559 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 5, p. 1.

560 *Idem.*

561 *Ibid.*, p. 2.

562 *Idem.*

van een stelsel waarbij het verzwijgen in strijd met de goede trouw alleen in de passieve variant wordt gesteld, en niet in de actieve variant. In het licht van het bewerkstelligen van de 'zuiverheid van de dienstbetrekking' is het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in de passieve variant nog enigszins te verklaren. Dit geldt echter niet voor de actieve variant, waarbij de omkoper in wezen niets van doen heeft met het te beschermen rechtsbelang van de 'zuiverheid van de dienstbetrekking'. Bovendien stelde deze commissie de vraag hoe het bestanddeel 'verzwijgen' dient te worden ingevuld. Kan de omgekochte zich aan vervolging onttrekken als de gift of belofte met spoed meldt aan zijn werkgever zodra hij het vermoeden krijgt of te weten komt dat men hem op het spoor is? Hoe komt met andere woorden vast te staan, dat de omgekochte te lang heeft gezwegen?⁵⁶³

3.4.2.4 Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer (25 oktober 1966)

De minister van Justitie herhaalde in reactie op het voorlopige verslag van de vaste Commissie van Justitie dat niet voor het Duitse en Oostenrijkse stelsel is gekozen omdat die strafbepalingen voornamelijk zijn gericht op de bescherming van de concurrentieverhoudingen. Naar het oordeel van de minister van Justitie is oneerlijke concurrentie in veel gevallen wel een sequeel, maar geen wezenlijk kenmerk van omkoping.⁵⁶⁴ De essentie van omkoping ligt volgens de minister van Justitie in het misbruik van de vertrouwenspositie tussen werknemer en werkgever.⁵⁶⁵ Tevens is het niet wenselijk om in de delictomschrijving als bestanddeel op te nemen dat degene die de gift of belofte aanneemt, het oogmerk moet hebben de aanbieder daarvan of een derde op ongeoorloofde wijze te bevoordelen in de concurrentiestrijd.⁵⁶⁶ Ingeval concurrentieverhoudingen afwezig zijn of er geen sprake is van ongeoorloofd handelen, kan de strafbaarheid immers vervallen.⁵⁶⁷ Bovendien noemt de minister dat het beïnvloeden van de concurrentie door middel van geschenken op zichzelf niet laakbaar is, net zoals het geven van kortingen niet als strafwaardig gedrag kan worden aangemerkt.⁵⁶⁸ De minister pleitte derhalve voor het opnemen van een vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever in de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping.

Tevens verdedigde de minister het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen'. Met dit bestanddeel kon de omgekochte strafbaarheid vermijden, als de gift of belofte tenminste werd gemeld aan de werkgever. Daarentegen was de actieve omkoper al strafbaar in het geval hij de belofte of de gift had gedaan en hij op dat tijdstip redelijkerwijs had moeten

563 *Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 5, p. 2.*

564 *Kamerstukken II 1966/67, nr. 6, p. 1.*

565 *Idem.*

566 *Ibid, p. 2.*

567 *Zie voorbeelden Commissie-Mulder Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 4.*

568 *Kamerstukken II 1966/67, nr. 6, p. 2.*

aannemen dat de omgekochte de gift of de belofte in strijd met de goede trouw zou verzwijgen tegenover zijn werkgever. Volgens de minister verviel de strafbaarheid van de actieve omkoper niet in gevallen waarin de werknemer later zijn werkgever inlicht. De minister stelde eveneens dat de woorden 'de goede trouw' geen ruimte laten voor twijfel.⁵⁶⁹ De essentiële vraag was volgens de minister, of de ondergeschikte had gezwegen terwijl hij naar objectieve maatstaven tot spreken verplicht was geweest. Deze strenge eis noodzaakte de ondergeschikte om in geval van twijfel over de toelaatbaarheid van de gift of belofte, zijn werkgever te raadplegen.⁵⁷⁰

3.4.2.5 Behandeling Tweede Kamer (6 juni 1967)

Tweede Kamerlid Singer-Dekker voerde als enige woordvoerder tijdens de mondelinge behandeling vier argumenten aan, die later werden ondersteund door minister Polak, waarom niet-ambtelijke omkoping onder een schending van de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever dient te vallen en niet onder de oneerlijke mededinging. Ten eerste bestrijkt deze bepaling de meest ergerlijke vormen van oneerlijke mededinging: *"het is ongetwijfeld het meest ergerlijk wanneer deze oneerlijke mededinging zelfs geschiedt buiten het hoofd van de onderneming om en hoogst waarschijnlijk volkomen tegen de wil van de leiding van de onderneming in."*⁵⁷¹ Ten tweede zijn er gevallen bekend waarin er geen sprake is van oneerlijke mededinging, maar wel van niet-ambtelijke omkoping. Dit is bijvoorbeeld het geval als de corruptie niet gericht is op het verkrijgen van een opdracht, maar op het niet goed, niet verantwoord of zo goedkoop mogelijk uitvoeren van een eenmaal verkregen opdracht.⁵⁷² Ten derde is het bestanddeel 'oneerlijke mededinging' volgens Singer-Dekker en De Roos te vaag.⁵⁷³ Singer-Dekker stelt de mogelijkheden vast voor een toekomstige strafbaarstelling van oneerlijke mededinging, maar dan moet het bedrijfsleven zelf eerst duidelijke normen vinden. Ten slotte kan volgens Singer-Dekker vanuit dit artikel een preventieve werking uitgaan. De werknemer kan bij stapsgewijze⁵⁷⁴ omkoping de leidinggevende op tijd informeren over de omkopingsmiddelen van de potentiële omkoper om onder de strafbaarstelling uit te komen. Ingeval deze mededeling aan de werkgever wordt doorgegeven, kan de potentiële omkoper afzien van actieve niet-ambtelijke omkoping, aangezien de werknemer dan niet meer chantabel is. Het systeem zal

569 Idem.

570 Idem.

571 Idem. Zie ook Th. De Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Gouda Quint: Arnhem 1987, p. 136.

572 Idem.

573 Zie ook De Roos (1987), p. 136.

574 Het is bekend geworden dat de corruptie begint met kleine attenties. Iemand heeft het heel treffend uitgedrukt, nl. een attentie, die uitgroeit tot een intentie. Men begint met dingen, waartegen geen mens bezwaar kan hebben. Men tast zijn prooi als het ware af, men kijkt hoever men kan gaan. Voordat de ander het weet, is hij te ver gegaan. Hij is dan vatbaar voor chantage en komt in de spiraal naar beneden. Zie Singer-Dekker (P.v.d.A), Singer-Dekker (P.v.d.A), *Handelingen II 1966/67*, 13, p. 337.

volgens Singer-Dekker echter alleen afdoende werken wanneer het bedrijfsleven zelf actief voorlichting geeft over de betekenis van de strafrechtelijke bepaling.⁵⁷⁵ Het wetsvoorstel is uiteindelijk door de Tweede Kamer aangenomen. Hieronder wordt ingegaan op de verdere behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer.

3.4.2.6 Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer (9 oktober 1967)

De Commissie van Rapporteurs⁵⁷⁶ had toch kritiek op het fundament van het wetsvoorstel. Uit het rapport van de Commissie Mulder blijkt immers dat er nog altijd werkgevers zijn die (actieve) omkoperij door employees hoog waarderen als bewijs van initiatief nemen.⁵⁷⁷ Het bestanddeel ‘verzwijgen in strijd met de goede trouw’ zou daarom niet geschikt zijn, aangezien uit de literatuur over witteboordencriminaliteit bekend is dat de directe omgeving van de dader de misdaad faciliteert en stilzwijgend toestaat, ook waar officieel afkeuring wordt geuit.⁵⁷⁸ Daarnaast stelden bepaalde leden van de Commissie van Rapporteurs dat er bewijstechnische moeilijkheden voor het Openbaar Ministerie zijn bij de invulling van het bestanddeel ‘verzwijgen in strijd met de goede trouw’ in de passieve variant en het bestanddeel ‘het redelijkerwijs moeten aannemen dat de gift in strijd met de goede trouw zal worden verzwegen’ in de actieve variant. Deze bestanddelen zijn daarom onhanteerbare delictsbestanddelen.⁵⁷⁹ De minister van Justitie weerlegde deze stellingname door te beargumenteren dat voor het bewijzen van het bestandonderdeel ‘verzwijgen’ een enkele getuige genoeg is en dat het bestanddeel ‘in strijd met de goede trouw’ kan worden afgeleid naar objectieve, algemene maatstaven.⁵⁸⁰ Ook het bestanddeel ‘het redelijkerwijs moeten aannemen dat de gift of belofte in strijd met de goede trouw zal worden verzwegen’ zou in de actieve variant volgens de minister weinig bewijstechnische problemen opleveren. Immers, ook met betrekking tot dit bestanddeel gold een objectief criterium: uit de aard van de omkopingsmiddelen of de omstandigheden waaronder deze werden gedaan, kon worden afgeleid of de omkoper heeft voldaan aan het bestanddeel ‘het redelijkerwijs moeten aannemen dat de gift in strijd met de goede trouw zal worden verzwegen’.

Een eerste aanzet van enkele leden van de Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer, die het wetsvoorstel bekritiseerde, om het enkel aannemen of doen van een gift of belofte als laakbaar aan te merken, werd door deze commissie van de hand gewezen.

575 De Roos (1987), p. 137.

576 Van Meeuwen (Voorzitter), Siegmann, Brongersma, Cammelbeeck, Delprat, De Gaay-Fortman, De Geer, Van Oudegein, Van Wijk, Snoek, Van Ommeren-Averink.

577 Ibid, p. 137.

578 De Roos (1987), p. 137. Zie case-study Gilbert Geis, The Heavy Electrical Equipment Antitrust Case, in: G. Geis, Robert F. Meier (USA, 1962).

579 De Roos (1987), p. 138.

580 *Kamerstukken I 1967/68*, nr. 6, p. 2.

Verheimelijking is immers typisch een gedraging die als delictsbestanddeel moet worden opgenomen.⁵⁸¹ Een zodanige structuur komt voor zover deze leden⁵⁸² bekend is ook in buitenlandse wetgevingen niet voor.⁵⁸³

Het begrip 'in strijd met de goede trouw' kan volgens de Commissie van Rapporteurs worden geïnterpreteerd met inachtneming van de context waarin het is geplaatst.⁵⁸⁴ Dit houdt in dat het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' in objectieve zin moet worden toegepast en dat aan de hand van erkende en algemene handelsgebruiken invulling kan worden gegeven aan dit bestanddeel. De minister laat derhalve de nadere invulling van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw', evenals de invulling van de civielrechtelijke strafrechtelijke begrippen 'listig' en 'bedrieglijk', over aan de rechters. Het verzwijgen van de goede trouw kan volgens De Roos voor bewijsproblemen zorgen, aangezien het OM de steun van de traditionele strafrechtelijke praktijk en jurisprudentie mist.⁵⁸⁵ Enkele leden van de Commissie hadden eveneens kritiek. Zij meenden dat dit bestanddeel moreel gezien aanvechtbaarder was dan de formulering het deed voorkomen. De leden gaven aan dat van deze term niet bepaald kon worden gezegd dat deze een vaste betekenis had en niet voor meer dan één uitleg vatbaar was.⁵⁸⁶ Deze kritiek, gestoeld op het legaliteitsbeginsel, kwamen we volgens De Roos ook al tegen bij de beschouwing van Van Bemmelen over de civielrechtelijke uitleg van de goede trouw.⁵⁸⁷

3.4.2.7 Handelingen Eerste Kamer (21 november 1967)

Senator Van Meeuwen steunde de keuze voor de bescherming van de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever omdat niet-ambtelijke omkoping een groter terrein omvat dan alleen economische mededinging. Omkoping en andere vormen van corruptie zetten niet alleen de eerlijke handel, maar ook de persoonlijke en maatschappelijke moraliteit op het spel.⁵⁸⁸ Senator Brongersma vreesde dat er te weinig vervolgingen konden plaatsvinden doordat er een te zware bewijslast op het Openbaar Ministerie werd gelegd. Ingeval van actieve niet-ambtelijke omkoping moet immers worden bewezen dat de omkoper redelijkerwijs moest aannemen dat de omgekochte in strijd met de goede trouw de zaak

581 *Kamerstukken I 1967/68*, nr. 6, p. 1.

582 Van Meeuwen (Voorzitter), Siegmann, Brongersma, Cammelbeeck, Delprat, De Gaay-Fortman, De Geer, Van Oudegein, Van Wijk, Snoek, Van Ommeren-Averink.

583 *Kamerstukken I 1967/68*, nr. 6, p. 2. In Denemarken is wel een strafbepaling met zo'n structuur. Zie verder, paragraaf 4.3.4.

584 Idem.

585 De Roos (1987), p. 138.

586 Idem.

587 De Roos (1987), p. 138. Zie verder, paragraaf 6.3.1 Alternatief Van Bemmelen.

588 Van Meeuwen (K.V.P.), *Handelingen I 1966/67*, 6, p. 73.

tegenover zijn werkgever zal verzwijgen (schuld). De rechter moest zodoende volgens Brongersma denken dat omkoper A gedacht heeft, wat omgekochte B dacht. Dat was volgens hem een reeks supposities in het kwadraat over wat in andermans brein omgaat.⁵⁸⁹ Hij vond dit geen gelukkige structuur in het strafrecht en was bang dat deze bepaling in de praktijk een dode letter zou blijven.⁵⁹⁰ Hij wees het wetsvoorstel daarom af en stelde voor de bewijslast te vereenvoudigen door deze om te keren.⁵⁹¹ Minister Polak reageerde hierop door op te merken dat de omkering van de bewijslast voor de actieve omkoper principieel onjuist is. Het zou volgens Polak ook wat ver gaan om iedereen die een fooi geeft of een zakkalender verstuurt in beginsel strafbaar te stellen en slechts vrijuit te laten gaan indien hij kan bewijzen dat hij mocht aannemen dat de begiftigde de gift in strijd met de goede trouw niet zal verzwijgen voor zijn werkgever.⁵⁹² Van Meeuwen heeft eveneens kritiek op de omkering van de bewijslast, aangezien het Openbaar Ministerie het in een rechtsstaat als de Nederlandse niet te gemakkelijk mag hebben. Hij stelt dat het voor het delict passieve niet-ambtelijke omkoping voldoende is dat het aannemen van de gift of belofte tegenover de werkgever in strijd met de goede trouw wordt verzwegen. Met andere woorden, het gaat hier dus om giften of beloften die het daglicht niet kunnen verdragen.⁵⁹³

De volgende wettelijke bepaling werd door het parlement in 1965 aangenomen⁵⁹⁴:

- “1. Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt en dit aannemen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van ten hoogste honderdduizend gulden.
2. Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet van dien aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever.”

589 Brongersma (P.v.d.A.), *Handelingen I* 1966/67, 6, p. 75.

590 Idem.

591 Hierbij dient beseft te worden dat de Eerste Kamer geen recht heeft op amendement, maar alleen een wetsvoorstel kan aannemen of afwijzen.

592 Van Meeuwen (K.V.P.), *Handelingen I* 1966/67, 6, p. 73.

593 Idem.

594 *Kamerstukken I* 1967/68, nr. 1 (Koninklijke Boodschap), *Kamerstukken I* 1967/68, nr. 2 (Ontwerp van Wet).

3.4.3 Jurisprudentie

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de toepassing van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in de jurisprudentie. Hierbij wordt de rechtspraak met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping in chronologische volgorde behandeld. Op deze wijze wordt getracht enige ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot dit bestanddeel te herkennen.

De Rechtbank Amsterdam heeft in 2000 overwogen dat het aannemen van giften van een werknemer onder omstandigheden niet te goeder trouw kan zijn.⁵⁹⁵ De rechter oordeelde op basis van het gegeven dat geen sprake is van een beleggingsclub, de duur van het handelen van de verdachte en de omvang van de door hem ontvangen giften, dat het verzwijgen van de omkopingsmiddelen tegenover de werkgever niet als te goeder trouw kan worden aangemerkt.⁵⁹⁶ Van een en ander is de werkgever van verdachte nimmer door de verdachte op de hoogte gesteld, hetgeen, gelet op de aard van het gedrag dat is verzwegen, niet als te goeder trouw kan worden aangemerkt.⁵⁹⁷

In het hoger beroep van deze zaak was het Hof in 2003 eveneens van oordeel dat de gelden die verdachte in ontvangst had genomen, moesten worden aangemerkt als giften die hij in strijd met de goede trouw heeft verzwegen tegenover zijn werkgeefster.⁵⁹⁸ Immers, de verdachte ontving deze geldbedragen naar aanleiding van inlichtingen en/of adviezen over effectentransacties die hij aan de medeverdachte had gegeven.⁵⁹⁹ De extra inkomsten die hij op die manier verwierf, waren dusdanig ongebruikelijk dat hij deze tegenover zijn werkgeefster niet geheim kon houden zonder daarmee in strijd met de goede trouw te handelen, in de zin zoals dit begrip wordt gebezigd in artikel 328ter van het Wetboek van Strafrecht.⁶⁰⁰

De Rechtbank Amsterdam liet in een eerdere zaak uit 2002 het oordeel of sprake is van het verzwijgen in strijd met de goede trouw afhangen van de buitengewone resultaten van de betreffende transacties in samenhang met de benadeling van de werkgever.⁶⁰¹

Het Hof Amsterdam merkte in 2003 op dat de verdachte (de actieve omkoper) redelijkerwijs moest aannemen dat Van de K. en A. hun werkgeefsters niet op de hoogte zouden stellen

⁵⁹⁵ Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8705.

⁵⁹⁶ Idem.

⁵⁹⁷ Idem.

⁵⁹⁸ Hof Amsterdam 4 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6894.

⁵⁹⁹ Idem.

⁶⁰⁰ Idem.

⁶⁰¹ Rb. Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE4700.

van de hier bedoelde inkomsten. Het uitoefenen van een dusdanig goed betaalde nevenfunctie was namelijk onverenigbaar met de aard van hun dienstverband, zodat binnen de gegeven arbeidsverhoudingen in strijd met de goede trouw was gehandeld.⁶⁰² Hetzelfde Hof redeneerde vervolgens in de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping dat de extra inkomsten die de verdachte op die manier verwierf dusdanig ongebruikelijk waren dat hij deze tegenover zijn werkgeefster niet geheim kon houden zonder daarmee in strijd met de goede trouw te handelen.⁶⁰³ De Rechtbank Amsterdam overwoog in 2004 over het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' dat de gegeven beloning dusdanig groot was, ook gemeten naar het inkomen en de positie van de verdachte, dat hij deze beloning naar objectieve maatstaven gemeten, had moeten melden bij zijn werkgever.⁶⁰⁴ Soms wordt dit bestanddeel echter helemaal niet gemotiveerd.⁶⁰⁵

Het Hof Amsterdam liet in 2007 de invulling van het bestanddeel 'redelijkerwijs aannemen dat omgekochte de giften in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever' bij de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping afhangen van de vraag of de actieve omkoper zou voorzien of de omgekochte wel of geen melding van de gift zou maken bij zijn werkgever. Het Hof oordeelde dat de verdachte moest voorzien dat de medeverdachte bij zijn werkgever geen melding zou maken van de ontvangst van deze giften.⁶⁰⁶ De werkgever, de Bank accepteert immers een dergelijk ruimhartige toelage op het salaris van het Hoofd Fiscale Zaken niet en de transacties zouden geen doorgang kunnen vinden, althans niet met de Bank als facilitator.⁶⁰⁷ Kortom, de verdachten mochten redelijkerwijs aannemen dat de omgekochte de giften in strijd met de goede trouw zou verzwijgen tegenover zijn werkgever. Het is opmerkelijk dat het Hof in deze uitspraak niet inging op het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' bij de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping. Het Hof achtte bewezen dat de omgekochte het aannemen van deze giften tegenover zijn werkgever, de Bank, daadwerkelijk heeft verzwegen.⁶⁰⁸ Het Hof ging slechts kort in op het bestanddeel 'verzwijgen' en verwees naar de behandeling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' bij de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping.

602 Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6891.

603 Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6884.

604 Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4871.

605 Rb. Arnhem 22 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC4908, Rb. Zwolle-Lelystad 16 november 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AR5733, Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4348, Hof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:635: het verzwijgen werd gemotiveerd met: 'dat hij het niet nodig vond dit te melden bij Philips'. Het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' wordt niet gemotiveerd.

606 Hof Amsterdam 13 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB2447, Rb. Leeuwarden 17 oktober 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ0311, Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN5059.

607 Idem.

608 Idem.

De Rechtbank Haarlem oordeelde in 2012 in de Klimop-zaak dat de verdachte de ontvangen giften aan zijn werkgever, Bouwfonds, had moeten melden. De rechtbank oordeelde dat het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' is vervuld, aangezien verdachte de op hem van toepassing zijnde 'Business Principles' schond en zaken deed met ex-bouwfondsmedewerkers en zakenrelaties van Bouwfonds.⁶⁰⁹ Volgens de goede trouw had de verdachte de geldlening van 800.000 euro aan Bouwfonds moeten melden om de dienstbetrekking van verdachte met Bouwfonds zuiver te houden.⁶¹⁰ De rechtbank Haarlem gaf na deze overwegingen een uiteenzetting van de 'Business Principles' van Bouwfonds. Het 'Business Principle' integriteit houdt volgens de rechtbank het volgende in: *"medewerkers zijn verplicht privé- en zakelijke belangen te scheiden en zijn gebonden aan regels inzake privébeleggingstransacties. Zij verrichten geen nevenactiviteiten die strijdig kunnen zijn met belangen van Bouwfonds. Elke schijn van corruptie, fraude of omkoping wordt vermeden. Het aanvaarden of aanbieden van betalingen of andere persoonlijke voordelen is niet toegestaan."*⁶¹¹

De Rechtbank Haarlem had in een andere uitspraak van de Klimop-zaak in 2012 het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' eveneens laten afhangen van een gedragscode die op de verdachte van toepassing is. De rechtbank stelde dat de verdachte op 9 februari 2006 de Gedragscode Philips Real Estate Investment Management BV had ondertekend.⁶¹² Volgens deze gedragscode is het volgens de Rechtbank Haarlem niet toegestaan giften, in welke vorm dan ook, aan te nemen van (potentiële) zakelijke relaties van dit Pensioenfonds.⁶¹³ De Rechtbank Haarlem oordeelde dat de verdachte zich niet aan de gedragscode heeft gehouden door bij zijn werkgever geen melding te maken van het feit dat hij een aan zijn functie gerelateerde belofte ontving.⁶¹⁴ Rechtbank Haarlem nam het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in deze zaak zodoende alleen aan op basis van een concrete gedragscode. Deze argumentatie gold ook voor een andere Klimop-zaak, waarbij een bankmedewerker veroordeeld werd voor passieve niet-ambtelijke omkoping omdat hij de gift (aandelen) in strijd met de goede trouw had verzwegen jegens zijn werkgever, de ING-Groep. Daarbij baseerde de Rechtbank Haarlem zich op een gedragscode (compliance-regeling) van de ING-bank, waarin is bepaald dat er nooit een verband mag bestaan tussen effectentransacties van medewerkers en van relaties.⁶¹⁵

609 Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7053.

610 Idem.

611 Idem.

612 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2198.

613 Idem.

614 Idem.

615 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2196.

In 2009 oordeelde de Rechtbank Haarlem in een andere zaak daar ging om een verdachte die zich gedurende enkele jaren schuldig zou hebben gemaakt aan het betalen van steekpenningen aan de Directeur Gaming van Holland Casino.⁶¹⁶ De rechtbank achtte, gelet op het gegeven dat de verdachte de Directeur Gaming van Holland Casino betaalde op diens Zwitserse bankrekening en op de ontkenning van de verdachte dat hij bekend was met het feit dat de directeur over een Zwitserse bankrekening beschikte, bewezen dat de verdachte de directeur heimelijk heeft betaald. Via deze betalingen zorgde de verdachte ervoor dat de leveranciers van speelautomaten alleen door tussenkomst van Otimex BV met Holland Casino zaken konden doen. Een behoorlijke controle op de inkooprijzen van speelautomaten door de directeur bleef als gevolg van de betalingen achterwege.⁶¹⁷ Nu de ontvangst van de betalingen van de directeur evident in strijd met de goede trouw zijn en de verdachte dit redelijkerwijs had moeten begrijpen, acht de rechtbank bewezen dat verdachte de directeur heeft omgekocht.⁶¹⁸ De Rechtbank Haarlem had zich bij de strafmotivering in het bijzonder uitgesproken over de gevolgen van corruptie voor het functioneren van de algehele economie en de daarmee samenhangende concurrentievervalsing: *“Corruptie in deze omvang vormt een aantasting van het financieel-economisch bestel, omdat dit concurrentievervalsing tot gevolg heeft en voorts gelden worden onttrokken aan het zicht van de fiscus en justitie met een ontwrichting van het economisch verkeer tot gevolg.”*⁶¹⁹ In de tegenovergestelde zaak, waarbij de passief omgekochte terecht stond, heeft de Rechtbank Haarlem deze zinsnede herhaald bij de strafmotivering.⁶²⁰ Het is opvallend dat in beide zaken niet specifiek wordt ingegaan op het bestanddeel ‘in strijd met de goede trouw’. De rechtbank stelde immers summier vast dat er evident sprake was van het verzwijgen in strijd met de goede trouw. Het is onbegrijpelijk dat de rechtbank zo’n essentieel bestanddeel niet afdoende heeft gemotiveerd. Dit was anders in de volgende zaak. Bij het Hof Amsterdam bleek in 2011 de overeenkomst van de tolk met zijn lastgever (de politie) van belang voor de invulling van het bestanddeel ‘in strijd met de goede trouw’: *“Verdachte heeft in strijd met de voor hem geldende verplichting tot het te goeder trouw ten uitvoer leggen van de overeenkomst tot vertalen, waaronder begrepen het bewaren van vertrouwelijkheid ten aanzien van het aftappen van de onderhavige telefoongesprekken.”*⁶²¹ Daarbij is het interessant om te vermelden dat dit hof weinig ziet in de redenering van de verdediging dat het doorbreken van het verzwijgen in strijd zou zijn met het nemo tenetur prodere se ipsum-beginsel, dat inhoudt dat niemand gehouden is tegen zichzelf bewijs te leveren.⁶²²

616 Rb. Haarlem 27 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9174.

617 Rb. Haarlem 27 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9174, r.o. 3.3.1.

618 Idem.

619 Idem. zie r.o. 6.2.

620 Rb. Haarlem 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ9799, r.o. 7

621 Hof Amsterdam 22 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1397.

622 Idem.

De Rechtbank 's-Hertogenbosch achtte in 2012 passieve niet-ambtelijke omkoping bewezen, aangezien de verdachte voor zijn betrokkenheid geldbedragen had ontvangen en dat in strijd met de gedragscode en de goede trouw heeft verzwegen tegenover zijn werkgever.⁶²³ De Rechtbank 's-Hertogenbosch ging in dit geval al eerder niet specifiek in op het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw', maar refereerde wel aan de gedragscode die gold binnen de onderneming. Later in de strafmotivering merkte de Rechtbank 's-Hertogenbosch op dat de gedragscode aansloot bij het algemene principe van artikel 328ter Sr dat de vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer beoogde te beschermen: *"Indien dit vertrouwen ontbreekt, belemmert dit in ernstige mate het goed functioneren van een onderneming of organisatie."*⁶²⁴ De gedragscode bepaalt dat werknemers op een betrouwbare, integere en doelmatige wijze functioneren en ervoor moeten waken dat hun privébelangen niet in conflict komen met zakelijke belangen. Tevens moet ook de schijn van een belangenconflict worden voorkomen.

In 2012 overwoog de Rechtbank 's-Hertogenbosch dat de verdachte, gelet op zijn verplichtingen ten opzichte van zijn werkgever, zijn commissies had moeten melden en door dat niet te doen heeft hij die betalingen in strijd met de goede trouw verzwegen.⁶²⁵ Deze uitspraak sluit voor de invulling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' voor een groot deel aan bij de voor de verdachte toepasselijke gedragscodes en verplichtingen jegens de werkgever.

De oorspronkelijke doelstelling die de wetgever had bij het invoeren van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' was dat de wetgever het aannemen van gebruikelijke fooien en relatiegeschenken, oftewel de zogenoemde bagateldelicten, niet onder de strafbepaling van artikel 328ter Sr wilde laten vallen.⁶²⁶ De huidige jurisprudentie omarmt deze doelstelling door voor de invulling van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' aan te sluiten bij de voor de verdachte toepasselijke gedragscodes en verplichtingen jegens de werkgever. Het bestanddeel niet-gerechvaardigd voordeel lijkt mij hier beter geschikt, aangezien niet-gerechvaardigd nauw aansluit bij de doelstelling van de wetgever om bagatelgiften uit te sluiten van strafbaarheid en op deze wijze het discutabele bestanddeel 'verzwijgen' niet meer wordt opgenomen. De koppeling tussen het discutabele bestanddeel 'verzwijgen' (aan wie, wanneer, bij openheid van de werknemer geen strafbaarheid voor hem) en het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' wordt aldus verlaten. Later wordt hier uitgebreid op teruggekomen.

623 Rb. 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV2888.

624 Idem.

625 Rb. 's-Hertogenbosch 17 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX7338.

626 Opmerkelijk is dat de wetgever in de ambtelijke omkopingsbepalingen wel deze giften strafbaar heeft gesteld, aangezien deze giften naar maatschappelijke opvattingen ook als laakbaar kunnen worden beschouwd. Zie verder hoofdstuk 5.

3.4.4 Tijd(stip) mededeling

Volgens de wetgever moet de werknemer naar objectieve maatstaven zo spoedig mogelijk melding maken van de aangenomen of aangeboden gift, belofte of dienst.⁶²⁷ Ingeval bewezen wordt dat er sprake is van gift, belofte of dienst voorafgaand aan de tegenprestatie wordt van de werknemer verwacht dat hij de mededeling in ieder geval voor deze tegenprestatie meldt om strafbaarheid te ontlopen. Teneinde hieraan te voldoen dient er wel rekening mee te worden gehouden dat de omgekochte een redelijke termijn moet worden gegund om de melding aan de werkgever te doen.⁶²⁸ Deze termijn geldt ook bij omkoping achteraf. Wat de lengte van deze termijn is of zou moeten zijn wordt besproken in paragrafen 3.5 en 3.6.2.

3.4.5 Aan wie mededelen?

Teneinde te bepalen of een verdachte voldoet aan het bestanddeel 'verzwijgen' moet worden vastgesteld aan wie de werknemer de melding van de omkopingsmiddelen zou moeten doen. Een employé van een grotere onderneming zal de mededeling moeten doen aan zijn directe chef, tenzij in de relevante instructies iemand anders wordt aangewezen.⁶²⁹ Het gaat er volgens Fokkens om dat de mededeling wordt gedaan aan de verantwoordelijke mensen van de onderneming.⁶³⁰ De disculperende werking van de mededeling vindt geen doorgang in het geval de werknemer redenen heeft om aan te nemen dat de directe chef (of iemand anders volgens de instructies) de mededeling van de omkopingsmiddelen eveneens verzwijgt. Het gaat erom dat de mededeling wordt gedaan aan degenen die binnen de onderneming de verantwoordelijkheid dragen.⁶³¹ Indien er geen bovengeschikte is, moet de omgekochte de feiten rapporteren of vastleggen in de administratie die gegeven de structuur van de onderneming en de daarin door hem ingenomen positie aangewezen is. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het rapporteren aan zijn mededirecteur en aan het op een voor accountants controleerbare manier in de administratie laten vastleggen van de feiten.⁶³² Uit de jurisprudentie zijn - voor zover ik kan nagaan - geen gevallen bekend waarin de voorliggende zaak op dit bestanddeel vastliep.

627 T.J. Kelder, *Commentaar op Wetboek van Strafrecht artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 januari 2013.

628 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012. Zover ik kan nagaan in ieder geval wel voor de tegenprestatie bij omkoping vooraf.

629 Idem.

630 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

631 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

632 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

3.4.6 Literatuur

Rommelink merkt op dat het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' *"tamelijk wollig"* is om een duidelijke afbakening te maken tussen gebruikelijke en ongebruikelijke gunsten in het bedrijfsleven.⁶³³ Ook Sikkema en Mevis vinden dat door de vaagheid van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' de precieze grens tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag onduidelijk is.⁶³⁴ Dit bestanddeel staat volgens hen op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.⁶³⁵ Volgens De Doelder moet deze afbakening door het bedrijfsleven zelf gemaakt worden.⁶³⁶ Hij is van mening dat bedrijven hun werknemers juist en duidelijk moeten voorlichten over wat er op dit punt van hen wordt verwacht. De minister van Justitie wees hier reeds op bij de behandeling van het wetsontwerp.⁶³⁷ De minister verwoordde dit als volgt: *"Door interne organisatorische en controlemaatregelen te treffen, waardoor het geven en aannemen van steekpenningen wordt bemoeilijkt, kan het bedrijfsleven zeer veel doen ter beteugeling van dit ergerlijk kwaad."*⁶³⁸ Ook Van Bemmelen was kritisch over de keuze van de wetgever voor het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. Van Bemmelen merkte eerst op dat het typische burgerrechtelijke bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' slechts sporadisch voorkomt in het Wetboek van Strafrecht.⁶³⁹ Ook merkte hij op dat de goede trouw, in tegenstelling tot het begrip 'te goeder trouw' in artikel 43 lid 2 Sr, objectief wordt ingevuld, waardoor dit criterium het enige is dat op deze wijze in het Wetboek van Strafrecht wordt gehanteerd. Daarbij vermeldt hij dat de werknemer zijn eigen strafbare gedrag moet zien in te schatten door de invoering van dit bestanddeel. Verder merkt hij op dat het vooral voor de ondergeschikte moeilijk is de grens te bepalen tussen 'usantiële fooien en relatiegeschenken', welke aanvaarding hij per se moet mededelen aan de werkgever om niet onder strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping te vallen. Bovendien kan de uitwerking van het objectieve criterium 'in strijd met de goede trouw' ten aanzien van een wat eenvoudig man, die geheel billijk is, kwestieus zijn.⁶⁴⁰ Deze argumenten pleiten volgens Van Bemmelen tegen het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. Hij pleitte voor een ander alternatief, namelijk de term die in vele andere delictomschrijvingen voorkomt: 'met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen'.⁶⁴¹

633 Idem.

634 Sikkema (2005), p. 416 en Mevis (2000), p. 100.

635 Idem.

636 De Doelder (1983), p. 20.

637 Idem.

638 Handelingen Tweede Kamer der Staten-Generaal, Buitengewone zitting, 1967, p. 338.

639 J.M van Bemmelen, 'Niet-ambtelijke omkoping', *NJB* 1966, p. 186. In 1966 werd het begrip 'te goeder trouw' alleen toegepast in artikel 43 lid 2 Sr en artikel 11 van het Reglement Krijgstucht. In 2013 ook in de artikelen 261 lid 3 Sr (belediging) en 273 lid 2 Sr (schending van geheimen).

640 Idem.

641 Idem.

Roording noemt als eerste nadeel van deze omschrijving dat de strafbaarheid van de omgekochte, en daardoor mogelijk ook van de omkoper⁶⁴², afhangt van de werkgever.⁶⁴³ Immers, als de werkgever tijdig op de hoogte was van de gift, belofte of dienst is er geen sprake van strafbaarheid van passieve niet-ambtelijke omkoping. Het wordt problematisch als omkoping, oftewel het 'bijverdienen', in de onderneming al dan niet stilzwijgend wordt geaccepteerd. Tevens kan zich de penibele omstandigheid voordoen dat de leiding van de onderneming het corrupte gedrag van de werknemer afkeurt, maar dit achteraf, wanneer het feit bekend wordt in de onderneming, alsnog achterhoudt uit vrees voor negatieve publiciteit.⁶⁴⁴ Ingeval het feit bekend wordt bij justitie kan de onderneming de werknemer, en publicitair gezien ook zichzelf, in bescherming nemen door justitie te informeren dat de desbetreffende werknemer tijdig melding heeft gemaakt van de gift, de belofte of de dienst. Dit handelen van de werkgever kan ook door middel van chantage door de omgekochte worden bereikt. De strafbaarheid en de effectuering daarvan voor zowel de omgekochte als voor de omkoper zijn derhalve afhankelijk van de onderneming waarin de werknemer zijn beroep uitoefent.

Ten tweede kan volgens Roording gewezen worden op het mogelijke nadeel dat leidinggevenden de gift, de belofte of de dienst niet kunnen melden bij de werkgever, aangezien zij zich bovenaan de 'organisatorische piramide' van de onderneming bevinden. De leidinggevenden zijn daardoor niet strafbaar. Dit nadeel is van substantiële betekenis, aangezien deze personen die juist verantwoordelijk zijn voor de meest essentiële (financiële) beslissingen binnen een onderneming voor 'omkopers' een aantrekkelijk doelwit zijn. Bovendien hebben de leidinggevenden een voorbeeldfunctie voor het andere personeel. Roording nuanceert dit nadeel later door het bestanddeel 'werkgever' ruim te interpreteren zodat de leidinggevenden de giften, beloften of diensten kunnen melden aan bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering of het bestuur van de stichting.⁶⁴⁵ Deze ruimere interpretatie van het bestanddeel 'werkgever' mag volgens Roording echter niet tot gevolg hebben dat personen die volstrekt (100%) eigen baas zijn onder de strafbepaling mogen vallen. Immers, de nadelen van de omkoping blijven dan voor rekening en risico van zijn eigen onderneming. Hij verwijst daarbij (a contrario) naar de Clickfondszaak⁶⁴⁶, waarbij een 15% aandeelhoudersbelang niet in de weg staat aan een veroordeling op grond van artikel 328ter lid 1 Sr (passieve omkoping).

642 De identiteit van de 'omkoper' kan bekend worden (door toedoen van de werkgever of de 'omgekochte').

643 Of lastgever.

644 Roording (2002), p. 146.

645 Ibid, p. 147.

646 Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8705.

Ten derde wordt door Roording gewezen op de onduidelijke normstelling en de daarmee samenhangende moeilijkheidsgraad van het bewijzen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'.⁶⁴⁷ Roording verwijst enerzijds naar Rimmelink⁶⁴⁸, die stelt dat het bestanddeel '*tamelijk wollig*' is, en anderzijds naar het Openbaar Ministerie, dat spreekt van "*een onmogelijk artikel*".⁶⁴⁹ De kritiek van het Openbaar Ministerie is vooral dat niet duidelijk is vanaf welk moment er van 'verzwijgen' kan worden gesproken.⁶⁵⁰ Roording constateert daarbij dat de strafrechtelijke sanctionering van vage privaatrechtelijke normen als de goede trouw niet gebruikelijk en minder wenselijk is.⁶⁵¹ Niettemin is Roording buitengewoon positief over deze norm omdat de norm op het eerste gezicht vager lijkt dan hij in werkelijkheid is. Hij verwijst voor de invulling van de goede trouw naar de wetsgeschiedenis, de 'erkende handelsgebruiken' en de opgestelde integriteitscodes van het bedrijfsleven. Een beter alternatief is er volgens hem niet.⁶⁵² Volgens Mevis is dit bestanddeel opgenomen om te voorkomen dat het geven of aannemen van in een bepaalde bedrijfstak gebruikelijke geschenken door de strafwet wordt verboden.⁶⁵³ Ongelukkigerwijs is dit bestanddeel vaag, waardoor vervolging op grond van artikel 328ter Sr wordt bemoeilijkt en het niet duidelijk is waar de grens tussen strafbaar gedrag en niet strafbaar gedrag ligt.⁶⁵⁴ Mevis is net als De Roos en Sikkema van mening dat het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel.⁶⁵⁵

Het is belangrijk om daarbij te vermelden dat in het specialis-artikel 328quater Sr, dat ziet op omkoping van personen die voorheen vielen onder de ambtelijke omkopingsartikelen maar die door de privatiseringsgolf in de telecommunicatiesector geen ambtenaren meer zijn, geen aansluiting wordt gezocht bij het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever'. In dit artikel wordt daarentegen wel aangesloten bij de wettelijke plicht van de omgekochte tot het verstrekken van inlichtingen betreffende telecommunicatie aan de ambtenaren van justitie of politie, dan wel het verlenen van medewerking aan het aftappen of opnemen van telecommunicatie. Een verklaring waarom het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' niet is opgenomen, kan zijn dat deze personen voorheen vielen onder de ambtelijke omkopingsartikelen, waar deze voorwaarde van het verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever niet wordt geëist.

647 Roording (2002), p. 147.

648 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer/Rimmelink, Strafrecht, artikel 328ter Sr, aant. 3*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

649 Roording (2002), p. 145-147.

650 Ibid, p. 147.

651 Idem.

652 Ibid, p. 148.

653 Mevis (2000), p. 100.

654 Idem.

655 Th. De Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Gouda Quint: Arnhem 1987, p. 139 en p. 141-142.

3.4.7 Enquêtecommissie Bouwnijverheid⁶⁵⁶

De Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (hierna: de commissie) stelt vast dat de strafbepaling omtrent private omkoping met de herziening van de corruptiewetgeving in 2000 ongewijzigd is gebleven. Eveneens constateert de commissie dat het te beschermen rechtsgoed in de eerste plaats de zuiverheid van de dienstbetrekking is, waardoor de strafbaarstelling zich primair richt op misbruik van vertrouwensposities binnen particuliere ondernemingen, en niet op de bescherming van meer algemene maatschappelijke belangen, zoals de eerlijke mededinging of het normbesef.⁶⁵⁷ Het verzwijgen van het aangenomen voordeel tegenover de werkgever is in dit opzicht bepalend voor de strafbaarheid, niet de omkoping als zodanig.

De commissie merkt op dat het huidige artikel 328ter Sr voor de vervolgingspraktijk tot praktische bezwaren leidt, waardoor dit artikel nauwelijks wordt toegepast.⁶⁵⁸ Het blijkt dat de werknemers in een handelspraktijk, waarin het aannemen van giften van derden normaal is en door de leiding wordt getolereerd, niet strafbaar zijn, aangezien zij hun werkgever op de hoogte hebben gesteld. In dit geval is volgens de commissie het gedrag van de werknemers wel schadelijk voor de eerlijke concurrentie. Tevens bestaat de kans dat het oorspronkelijke doel van de meldingsplicht, namelijk het bevorderen van de transparantie en de openbaarheid waardoor de omkoper afziet van het omkopen, teniet wordt gedaan door het stilhouden van het omkopingschandaal door de werkgever. De werkgever handelt de zaak intern af uit vrees dat een strafvervolgning van de betrokken werknemer het imago van de onderneming schaadt.⁶⁵⁹ De strafbaarstelling van artikel 328ter Sr kan in dit geval alleen succesvol zijn bij een behulpzame werkgever.

De commissie merkt tevens bij de invulling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' op dat het bestanddeel dient om te voorkomen dat het geven en aannemen binnen een bedrijfstak van de gebruikelijke geschenken onder het bereik van de strafwet vallen.⁶⁶⁰ Volgens de Commissie kunnen integriteitscodes die binnen bedrijven worden opgesteld een rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een schending van de objectieve goede trouw.

656 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244 (Enquête Bouwnijverheid), nr. 9 (Deelproject 2: 'De aard en omvang van onregelmatigheden in de bouwnijverheid).

657 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244, p. 143.

658 *Ibid*, p. 144.

659 *Idem*.

660 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 244, p. 144.

3.4.8 Openbaar Ministerie: College van Procureurs-Generaal

Het College van Procureurs-Generaal (hierna: college) vermeldt als bezwaar dat het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' tekortschiet in gevallen waarin personen geen werkgever boven zich hebben om te kunnen voldoen aan hun meldingsplicht.⁶⁶¹ Immers, de meeste directeuren in ondernemingen hebben een arbeidsovereenkomst en zijn derhalve formeel werknemer in de zin van artikel 328ter Sr. Het college constateert dat bij grote ondernemingen de directeur verantwoording verschuldigd is aan de aandeelhoudersvergadering of aan het bestuur van de stichting, wat inhoudt dat bij deze entiteiten aan de meldingsplicht kan worden voldaan. Het werkgevers- en lastgeverbegrip is door de jurisprudentie zo uitgebreid dat ook bovenstaande entiteiten eronder vallen. De enige overgebleven groep is dan de directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) die volgens het college niet onder de werking van artikel 328ter Sr valt. De vraag kan gesteld worden of het betreurenswaardig is dat de DGA volgens het college niet onder de werking van artikel 328ter Sr valt, aangezien door een omkopingsgeval de eigen onderneming veelal wordt benadeeld.

In de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel voor de invoering van de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping is aandacht besteed aan de DGA. De minister van Justitie maakte daarbij een opmerking over de rol van personen die als orgaan van de onderneming kunnen worden gezien. Als een van deze personen een gift, belofte of dienst aanneemt met de bedoeling dat te verheimelijken en nalaat het feit te rapporteren of op de aangegeven wijze in de administratie vast te leggen, wordt hij in beginsel geacht het aannemen van de gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw te hebben verzwegen.⁶⁶² De wetgever laat op deze wijze ruimte over de DGA strafrechtelijk te vervolgen.

3.4.9 Tussenconclusie

Het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' is oorspronkelijk in de wetgeving opgenomen om de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever vorm te geven. Daarbij heeft het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw' een nadere invalshoek: een duidelijke afbakening tussen gebruikelijke en ongebruikelijke gunsten in het bedrijfsleven. De kritieken op dit bestanddeel richten zich vooral op de vaagheid en de daardoor complexe toepasbaarheid ervan, waardoor dit bestanddeel minder geschikt is zijn doelstellingen - het afbakenen van gebruikelijke en ongebruikelijke gunsten en de zuiverheid van de vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer te beschermen - op een adequate wijze te behalen. Het belangrijkste kritiekpunt is dat de wetgever op een

661 H.J. Bolhaar, Openbaar Ministerie College van Procureurs-Generaal, Advies conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit.

662 *Kamerstukken II 1966/67, 8437, nr. 6, p. 3.*

naïeve manier de transparantie van handelen wilde bevorderen door het opnemen van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. Daarbij gaat de wetgever lichtzinnig om met de zeer waarschijnlijke mogelijkheid van een besmeurde handelspraktijk waarin het - door de leiding getolereerd - aannemen en geven van giften de normaalste zaak van de wereld is en deze giften zonder schaamte worden meegedeeld aan de werkgever. Het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' is daardoor voor de toepassing in de praktijk niet goed bruikbaar. In paragrafen 6.4.2.2.9 en 6.4.2.2.3 wordt ingegaan op bestanddelen die deze problematiek beter kunnen ondervangen. In de volgende paragrafen wordt ingegaan op de onderwerpen voltooid delict, verjaring, rechtsmacht, deelneming, poging, samenloop en ne bis in idem, dit om aan artikel 328ter Sr een nadere invulling te geven.

3.5 WANNEER IS HET DELICT VOLTOOID?; LITERATUUR

De vraag op welk moment het delict is voltooid, is van belang voor de tijd en plaats van het strafbare feit en voor het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn. De rechtspraak van het voltooide delict wordt in paragraaf 3.6 in het kader van de efficiëntie in samenhang met de verjaring van het delict behandeld, aangezien deze twee zaken nauw met elkaar verweven zijn. Ook wordt in deze en de volgende paragraaf hoofdzakelijk uitgegaan van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw', dat als hoofdbestanddeel is opgenomen in de oude wetgeving en onder de nieuwe wetgeving van toepassing is verklaard in het derde lid.

De uitgebreide behandeling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' heeft laten zien dat de wetgever als primaire doelstelling het beschermen van de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever beoogde. Het kan als 'hoofdbestanddeel' worden aangemerkt, waardoor op het eerste gezicht de tijd en plaats van het passieve delict kunnen worden bepaald bij de vervulling van dit bestanddeel, en niet het moment waarop de gift, de belofte of de dienst wordt aangenomen. Volgens de wetgever moet de werknemer naar objectieve maatstaven zo spoedig mogelijk melding maken van de aangenomen of aangeboden gift, belofte of dienst.⁶⁶³ In het geval dat bewezen wordt dat sprake is van een gift, belofte⁶⁶⁴ of dienst voorafgaand aan de tegenprestatie wordt van de werknemer verwacht dat hij de mededeling in ieder geval voor deze tegenprestatie moet melden om strafbaarheid te ontlopen. Teneinde hieraan te voldoen, dient er wel rekening mee te worden gehouden dat de omgekochte een

663 T.J. Kelder, *Commentaar op Wetboek van Strafrecht artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 januari 2013.

664 Een belofte is moeilijk te bewijzen, waardoor vaak wordt gezocht naar een aangenomen dienst of gift.

redelijke tijd wordt gegund om de melding aan de werkgever te doen.⁶⁶⁵ Deze redelijke termijn geldt ook als de gift, dienst of belofte na de tegenprestatie wordt aangenomen.⁶⁶⁶ Rimmelink is voorstander van de letterlijke interpretatie van de wet en vermeldt dat de tijd en plaats van het delict moet aansluiten op het moment van intreden van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'⁶⁶⁷ Het intreden van het delict, oftewel het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw jegens de werkgever', vindt dan volgens hem plaats één week na het ontvangen van de gift, dienst of belofte.⁶⁶⁸ De omgekochte heeft zodoende één week de tijd gehad het zwijgen te doorbreken. De plaats van het delict is in dat geval de plaats waar de werkgever is gevestigd. De Doelder is een andere mening toegedaan en pleit voor een juridische structuur waarbij het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' als bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid wordt gezien. De plaats en tijd van het 'verzwijgen' zijn immers lastig vast te stellen.⁶⁶⁹ Op deze wijze treedt de strafbaarheid (de voltooiing van het delict) pas in bij het intreden van deze bijkomende voorwaarde, maar worden de tijd en de plaats van het delict bepaald op het moment van het aannemen van een gift, belofte of dienst, net zoals bij de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping.

Het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' kan niet worden aangenomen als een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid zonder causaal verband met de gedraging, aangezien deze voorwaarde nooit uit de gedraging van de omgekochte zelf kan bestaan. Het gevolg van strafbaarheid, bijvoorbeeld 'indien de oorlog uitbreekt'⁶⁷⁰, dient altijd onafhankelijk te zijn van daders gedraging, waardoor het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw', dat gedragsafhankelijk is, nooit een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid kan zijn.⁶⁷¹ Daarentegen is de juridische structuur van De Doelder wel mogelijk als hij veronderstelt dat het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' wordt gezien

665 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

666 Idem.

667 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

668 Idem.

669 De Doelder (1983), p. 18.

670 Op grond van artikel 101 Sr.

671 Zie P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 589: 'een enkele keer heeft de wetgever strafbaarheid van een gedraging laten afhangen van een omstandigheid die volstrekt los staat van die gedraging en welke omstandigheid zich ook eerst na de gedraging voordoet. We hebben het hier over omstandigheden die geheel los staan van de gedraging, die daarmee ook niet in een causaal verband staan'. Zie ook C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 59: 'dit is een omstandigheid die nog niet aanwezig is op het moment van de gedraging, noch er een direct gevolg van is, maar die pas (soms veel) later intreedt'.

als een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid met een (enig) causaal verband tussen deze voorwaarde en de gedraging.⁶⁷²

Het vraagstuk op welk tijdstip het delict voltooid is, hangt sterk samen met de vraag wanneer het delict verjaard is. In de volgende paragraaf wordt daarom nader ingegaan op de vraag wanneer de actieve en passieve variant van niet-ambtelijke omkoping volgens de jurisprudentie voltooid is en welke verjaringsperikelen hierbij spelen.

3.6 VOLTOOID DELICT EN VERJARING

3.6.1 Algemeen

Op grond van artikel 70 lid 1 sub 2 Sr verviel het recht tot strafvordering in zes jaar voor de delicten passieve en actieve niet-ambtelijke omkoping, aangezien op dit misdrijf een gevangenisstraf van niet meer dan drie jaar stond. De termijn van verjaring vangt aan op de dag na de dag waarop het delict is voltooid.⁶⁷³ Ingeval een daad van vervolging is ingesteld binnen deze zes jaar werd de verjaringstermijn verlengd tot zes jaar na de dag waarop deze daad van vervolging is aangevangen, met als maximale (stuitings)verjaringstermijn twaalf jaar, gerekend vanaf de dag waarop de oorspronkelijke verjaringstermijn was gestart.⁶⁷⁴ Bovendien is het in het kader van de verjaring van het delict niet-ambtelijke omkoping belangrijk om te vermelden dat een rechtsgang bij een gerechtelijke instantie de verjaringstermijn niet stuit.⁶⁷⁵ De datum van de uitspraak of het arrest is de peildatum voor de beoordeling of het delict al dan niet door een overschrijding van de verjaringstermijn is verjaard. In het verleden bleek

672 Zie Kelk (2010), p. 59: 'er zijn bijkomende voorwaarden die enig causaal verband met de gedraging onderhouden en er zijn er waarbij dat dat niet het geval is'. Een (onzuivere) bijkomende voorwaarde van strafbaarheid met enig causaal verband treft men bijvoorbeeld aan in artikel 294 lid 2 Sr: wie ander behulpzaam is bij het plegen van zelfdoding is strafbaar indien de zelfdoding volgt'. Zie ook A.G. Machielse, *Noyon/Langemeijer/Rommelink, Wetboek van Strafrecht, 4 bij: Wetboek van strafrecht, artikel 294 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2003: 'de zelfmoord moet (mede) het gevolg zijn van het aanzetten, en hetzelfde feit zijn als dat waartoe middelen (ik denk bijv. ook aan het geval, dat iemand slaappillen klaarlegt, wetende, dat de patiënt daarmee zelfmoord zal plegen) zijn verschaft. Men zal dit moeten afleiden uit de woordenkeuze: 'indien de zelfmoord (en niet 'indien zelfmoord') volgt en daaruit dat het begrip 'volgen' anders geheel onbegrensd zou zijn'.

673 Het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' kan als 'hoofdbestanddeel' worden aangemerkt, waardoor de tijd en plaats van het passieve delict kan worden bepaald bij de vervulling van dit bestanddeel en niet op het moment waarop de gift, belofte of dienst wordt aangenomen of gevraagd. Bij de beoordeling van het voltooide delict van de actieve variant geldt wel het moment waarop de gift, belofte of dienst wordt verleend of aangeboden.

674 Op grond van de artikelen 72 lid 1 jo. 72 lid 2 Sr. Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP4383 (het vorderen door de officier van justitie van een machtiging doorzoeking buiten GVO bij de Rechter-Commissaris is echter geen daad van vervolging). HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8744 (het strafrechtelijk onderzoek tegen medeverdachten geen daad van vervolging is zodat van stuiting in de strafzaak van verdachte geen sprake is, is onjuist volgens de Hoge Raad).

675 HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1655, *RvdW* 2014/964 en HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1626, *RvdW* 2014/962.

een verjaringstermijn van zes jaar onvoldoende om tot veroordelingen te komen.⁶⁷⁶ Dit is ten eerste het geval nu in ogenschouw moet worden genomen dat dit delict binnen zes jaar moest zijn opgespoord en de daders moesten zijn berecht (eerste aanleg, hoger beroep, cassatie).

In de nieuwe wetgeving is de maximale gevangenisstraf verhoogd van twee jaar naar vier jaar, waardoor het recht op strafvordering op grond van artikel 70 lid 1 sub 3 Sr - zonder stuiting - vervalt in twaalf jaar. Het is interessant om de ontwikkeling van de rechtspraak omtrent de verjaringstermijnen te onderzoeken omdat in komende aanhangige niet-ambtelijke omkopingszaken waarschijnlijk de oude wetgeving moet worden toegepast en omdat moet blijken of verjaringsperikelen met de verlenging van de verjaringstermijnen naar twaalf jaar daadwerkelijk worden opgelost.

3.6.2 Passieve niet-ambtelijke omkoping

De Hoge Raad heeft in 2009 bevestigd, en de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Amsterdam hebben in respectievelijk 2014 en 2015 herbevestigd⁶⁷⁷, dat het delict 328ter lid 1 Sr een voortdurend omissiedelict is, waarbij het delict in elk geval⁶⁷⁸ voltooid is op het moment waarop de dader niet langer in gebreke was, zijnde de dag waarop de dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgevonden werd beëindigd.⁶⁷⁹ Het Hof merkte eerder in deze zaak op dat *“de termijn van verjaring ten aanzien van iedere gift in elk geval niet eerder een aanvang genomen heeft dan op of na 1 januari 1999, de dag waarop zijn dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hebben plaatsgehad werd beëindigd.”*⁶⁸⁰ Het Hof sloot niet naadloos aan bij de wettekst van artikel 328ter lid 1 Sr, die uitgaat van de voltooiing van het misdrijf als het voordeel is ‘verzwegen’ jegens de werkgever. Het Hof voerde dit criterium aan, aangezien de omgekochte ook na de eerste ongebruikte

676 Volgens Tonino hebben de verlopen verjaringstermijnen in de corruptiezaken rond de bouwfraude tot niet-ontvankelijkheid van het OM geleid. Zie Tonino (2009), p. 29 en onder andere Hof's Gravenhage 5 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:BG6141. Zie ook (jurisprudentie) verder deze paragraaf.

677 Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:377: Het hof overweegt dienaangaande dat de onder 3. tenlastegelegde feiten niet reeds na het aannemen van de gift of belofte zijn voltooid, doch die voltooiing afhangt van de vervulling van het andere delictsbestanddeel, te weten de verzwijging van de gift tegenover de werkgever. Het in strijd met de goede trouw verzwijgen van het aannemen van een gift of belofte dient te worden aangemerkt als één voortdurende omissie. Mitsdien is het delict pas voltooid als de dader niet langer in gebreke is. Gelet op het vorenoverwogene heeft, nu in de onderhavige strafzaak de verdachte wordt verweten dat hij ten aanzien van iedere afzonderlijke gift in gebreke is gebleven daarvan melding te maken tegenover zijn werkgever, de termijn van verjaring ten aanzien van iedere gift in elk geval niet eerder een aanvang genomen dan op of na 1 maart 2003, de dag waarop zijn dienstbetrekking bij [X] Beheer werd beëindigd. Zie voor dezelfde redenering Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:635.

678 De Hoge Raad laat hier een bepaalde ruimte over.

679 HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1911, NJ 2010/20 m.nt. Reijntjes.

680 Ibid, r.o. 2.3.9.

gelegenheid onverminderd kan blijven zwijgen.⁶⁸¹ Daarbij kan dat volgens het Hof betekenen dat een pas ná die eerste gelegenheid aan de werkgever gedane mededeling omtrent het aannemen van een gift of belofte de strafbaarheid van het eerder verzwijgen niet wegneemt, aangezien het misdrijf in die opvatting al is voltooid.⁶⁸² Reijntjes merkte in zijn noot onder dit arrest wel op dat het uitgangspunt dat de strafbaarheid intreedt op het moment dat voor het eerst melding had moeten worden gedaan, tot complicaties leidt. Hij stelt vast dat bij een enkele te late melding van de gift, belofte of dienst de eerdere strafbaarheid teniet wordt gedaan, als een soort vrijwillige terugtred.

Advocaat-generaal Bleichrodt is, anders dan het Hof en de Hoge Raad, terecht van mening dat artikel 328ter lid 1 Sr geen voortdurend omissiedelict is, maar een aflopend omissiedelict.⁶⁸³ Het delict is volgens hem voltooid op de dag waarop redelijkerwijs de werkgever uiterlijk op de hoogte had moeten worden gesteld en de betrokkene het verzuim rechtens voor het laatst had kunnen voorkomen.⁶⁸⁴ Voor de invulling van de redelijke termijn verwijst Bleichrodt naar de goede trouw.

De rechtsoverweging van de Hoge Raad van 7 juli 2009 dat het delict in elk geval is voltooid op het moment waarop de dienstbetrekking werd beëindigd, is aanvaardbaar, aangezien het delict 'omkoping' in het verborgene plaatsvindt, waardoor het 'verzwijgen' lange tijd kan aanhouden, zo lang dat het verjaringstermijn van zes jaar kan zijn verlopen. Op het argument van Reijntjes dat een enkele, vrijwillige, te late melding de strafbaarheid teniet doet, is het een en ander op te maken, aangezien een vrijwillige melding na het verstrijken van de redelijke termijn de strafbaarheid niet wegneemt. Het misdrijf is, net zoals het Hof constateert⁶⁸⁵, dan al voltooid. De Hoge Raad en het Hof knopen bij de voltooiing van het misdrijf te geforceerd aan bij het eindigen van het dienstverband, aangezien de redenering luidt dat het dienstverband is beëindigd naar aanleiding van het melden van de gift, dienst of belofte aan de werkgever. Het opnemen door het Hof van de zinsnede 'in elk geval' is enigszins hoopgevend, want daardoor kan ook het doorbreken van het verzwijgen in strijd met de goede trouw na afloop van de dienstbetrekking een voltooid delict opleveren.⁶⁸⁶ Reijntjes heeft dan ook gelijk als hij schrijft dat de Hoge Raad beter aansluiting had kunnen

681 Ibid, r.o. 2.3.8.

682 Idem.

683 Parket bij de Hoge Raad 7 juli 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH1911, NJ 2010/20 m.nt. Reijntjes.

684 Idem.

685 Het Hof gaat mijns inziens terecht ervan uit dat een latere melding aan de werkgever of lastgever de strafbaarheid van het in eerste instantie verzwijgen niet opheft, aangezien het delict - onder deze opvatting - al was voltooid.

686 Tonino geeft aan dat dit tevens de start van de verjaringstermijn nog verder zal opschuiven en het recht op vervolging langer laat bestaan. Zie verder Tonino (2009), p. 30.

zoeken bij het criterium 'de ontdekking van het verzwegene' voor de voltooiing van het delict, aangezien dit immers ook na de beëindiging van het dienstverband kan plaatsvinden.

Tonino vraagt zich terecht af of het doorbreken van het verzwijgen na de dienstbetrekking wel in strijd met de goede trouw kan zijn, aangezien de dienstbetrekking op dat moment al is beëindigd. Hij merkt op dat het verzwijgen in strijd met de goede trouw na beëindiging van het dienstverband iets lastiger ligt en met name afhangt van de wijze waarop de arbeidsrelatie (na afloop van de dienstbetrekking) is vormgegeven.

In deze discussie proberen het Hof en de Hoge Raad de verjaringstermijn van het delict passieve niet-ambtelijke omkoping te geforceerd op te schuiven naar een later tijdstip, opdat dit (verborgen) delict niet al te snel verjaart. Daarbij wordt op gekunstelde wijze aansluiting gezocht bij het voltooide delict. De wetgever had er verstandig aan gedaan om artikel 328ter lid 1 Sr op te nemen in artikel 71 sub 1 Sr, zodat de verjaringstermijn aanvangt op de dag na die waarop het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten. Op deze manier wordt een te geforceerde samenhang tussen het intreden van de verjaringstermijn en het voltooide delict doorbroken, waardoor het delict voor zowel omkoping achteraf als voor omkoping vooraf voltooid is - na veertien dagen - uitgezonderd van onredelijke gevallen⁶⁸⁷ - na het aannemen of vragen van een gift, dienst of belofte en de verjaringstermijn intreedt op het moment dat het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar die belast is met de opsporing van strafbare feiten.⁶⁸⁸ Dit betekent in het kader van de rechtsbescherming dat het opsporingsonderzoek moet zijn afgerond binnende verjaringstermijnen van zes of twaalf jaar en dat de verdachte van dit feit in alle rechtsgangen (eerste aanleg, appel, cassatie) moet zijn veroordeeld. Deze aanpak ondervangt zowel de door Tonino als Reijntjes hiervoor aangehaalde problematiek van het doorbreken van het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' na afloop van het dienstverband als de door De Doelder vereiste eenvoudigheid van de bepaling van de tijd en plaats van het delict.⁶⁸⁹

De Hoge Raad zal vermoedelijk deze lijn in de nieuwe wetgeving doortrekken. De woorden 'zal doen of nalaten' wijzen daar in ieder geval op. De omgekochte kan derhalve al strafbaar zijn op het moment dat de tegenprestatie (nog) niet heeft plaatsgevonden. Het delict kan dus mijns inziens al zijn voltooid als de gift, belofte of dienst wordt aangenomen of gevraagd. Dit sluit weer aan bij de voornoemde leer van de Hoge Raad, die aangeeft dat de verjaring in elk geval niet eerder aanvangt dan op het moment dat de dienstbetrekking waarin de giften zijn gegeven, is beëindigd.

687 In onredelijke gevallen kan de rechter op grond van een verschoonbare termijnoverschrijding uitzondering bieden op de duur van dit termijn.

688 Op grond van artikel 71 sub 1 Sr.

689 Zie hiervoor, paragraaf 3.5. De Doelder (1983), p. 18.

3.6.3 Actieve niet-ambtelijke omkoping

In 2010 heeft de Hoge Raad ook duidelijkheid gegeven over het moment van aanvang van de verjaringstermijn van artikel 328ter lid 2 Sr. De Hoge Raad bevestigde dat de verjaringstermijn was aangevangen op het moment dat de giften werden gedaan c.q. de opdracht ter effectuering daarvan werd gegeven, oftewel op het moment dat de verdachte redelijkerwijs moet aannemen dat deze giften tegenover de werkgever of lastgever worden verzwegen.⁶⁹⁰ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat voor artikel 328ter lid 2 Sr het moment van de effectuering of het doen van de giften bepalend is voor de vraag wanneer het delict voltooid is. Dit laatste is niet vreemd, aangezien de bewoordingen van artikel 328ter lid 2 Sr ervan uitgaan van dat hij *“redelijkerwijs moet aannemen dat deze gift⁶⁹¹ of belofte, in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever”*. Dit aannemen wordt bepaald op het moment van het aanbieden of verlenen van de gift, dienst of belofte. In tegenstelling tot de jurisprudentie omtrent passieve niet-ambtelijke omkoping wordt ten aanzien van de bepaling van het voltooide delict in verband met actieve niet-ambtelijke omkoping aansluiting gevonden bij de letterlijke bewoordingen van de wet. Ook ten aanzien van de nieuwe wetgeving waarbij enkel sprake kan zijn van het handelen of nalaten te handelen in strijd met zijn plicht, zal de Hoge Raad deze lijn blijven volgen.

Het is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad⁶⁹² op 13 juli 2010 is teruggekomen van zijn eerdere standpunt van 7 juli 2009⁶⁹³, wat inhield dat de strafbaarheid voor passieve niet-ambtelijke omkoping intreedt op het moment waarop de dader niet langer in gebreke was. De Hoge Raad doelde hier op de dag waarop de dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgehad, werd beëindigd. Een verschil in behandeling tussen de actieve en passieve niet-ambtelijke omkopingsbepalingen valt mijns inziens niet te rechtvaardigen. De Hoge Raad van 13 juli 2010 sluit op deze wijze immers terecht aan bij de letterlijke tekst van de wet voor de bepaling van het voltooide delict. In lijn met de bewoordingen van artikel 328ter lid 1 Sr - verzwijgen in strijd met de goede trouw - is mijns inziens het passieve delict voltooid op het moment dat het zwijgen wordt doorbroken. Helaas wordt het standpunt van de Hoge Raad van 13 juli 2010 niet overgenomen in latere uitspraken van de

690 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1014, NJ 2010/464 en HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1028 (inmiddels vervolgd in Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP4383 en BP4384: Het hof zal derhalve evenals de rechtbank tot uitgangspunt nemen dat de verjaring aanvangt op het moment waarop de giften en beloften zouden zijn gedaan).

691 De wetgever heeft vergeten dienst te vermelden.

692 Het Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:377 gaat echter (onterecht) voorbij aan deze jurisprudentie ten aanzien van de aanvang van de verjaringstermijn van passieve niet-ambtelijke omkoping en houdt vast aan de overweging van Hoge Raad 7 juli 2009 dat de termijn van verjaring ten aanzien van iedere gift in elk geval niet eerder aanvangt dan de dag waarop zijn dienstbetrekking werd beëindigd.

693 HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1911, NJ 2010/20 m.nt. Reijntjes.

Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Amsterdam⁶⁹⁴. Daardoor blijft het eerdere standpunt over het opnemen van het huidige artikel 328ter lid 1 Sr in artikel 71 sub 1 Sr ongewijzigd. Artikel 328ter lid 2 Sr zou ook in artikel 71 sub 1 Sr opgenomen moeten worden, zodat de verjaringstermijn aanvangt op de dag na die waarop het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten. Hoezeer er ook twijfels zijn bij de strafverhoging van het delict van twee naar vier jaar⁶⁹⁵, de verjaringstermijnen zijn daardoor wel verlengd van zes jaar naar twaalf jaar. Dit heeft als consequentie dat indien de omkoper en (de omgekochte) het feit twaalf jaar stilhouden en een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten derhalve niet met het delict bekend wordt, het delict is verjaard, waardoor het opnemen van artikel 328ter lid 2 Sr in artikel 71 sub 1 Sr ook onder deze verlenging van de verjaringstermijnen kan worden gerechtvaardigd. Dat de strafverhoging van twee naar vier jaar als bijkomstigheid een verlenging van de verjaringstermijnen teweegbrengt, betekent nog steeds dat het verschil in aanvang van de verjaringstermijn tussen het delict actieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na het verlenen of aanbieden van de gift, dienst of belofte - en het delict passieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na in elk geval het moment waarop de dader niet langer is gebreke was, zijnde de dag waarop de dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgevonden werd beëindigd - juridisch inconsequent en niet rechtvaardig is. Daarom zou ook door het opnemen van artikel 328ter Sr in artikel 71 sub 1 Sr deze inconsequentie ongedaan kunnen worden gemaakt. Het kan toch niet zo zijn dat een omkoper zes of twaalf jaar na het geven en het stilhouden van de gift vrijuit gaat, terwijl de verjaringstermijn van de omgekochte na ontdekking van de gift na zes of twaalf jaar aanvangt na de dag dat de dienstbetrekking in het kader waarvan de gift had plaatsgevonden werd beëindigd?

3.7 RECHTSMACHT

3.7.1 Algemeen

Het begrip rechtsmacht houdt over het algemeen in de bevoegdheid tot het instellen van strafvervolging.⁶⁹⁶ Sommige auteurs verruimen dit begrip tot bevoegdheden van de uitvoerende macht en van het politieel en justitieel apparaat.⁶⁹⁷ In deze uiteenzetting volstaat de beperkte opvatting van het begrip rechtsmacht.

694 Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:377 en Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:635.

695 Zie verder paragraaf 3.12.

696 Zie ook E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona, A.M.M. Orie, *Handboek Internationaal Strafrecht, schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 30-31.

697 Ch.J. Enschedé & A.H.J. Swart, *Internationaal Strafrecht, Cahiers van het seminarium 'van Hamel' voor strafrecht en strafrechtspleging UvA*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1975, p. 3-5 en G.A.M. Strijards, *Internationaal Strafrecht, strafrechtmacht – algemeen deel*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 16.

Op grond van artikel 2 Sr⁶⁹⁸ is de Nederlandse strafwet toepasselijk op een ieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt. De plaats waar het misdrijf is gepleegd wordt ook wel de locus delicti genoemd. In de jurisprudentie is aangenomen dat de locus delicti van een strafbaar feit kan worden bepaald op grond van de leer van de lichamelijke gedraging⁶⁹⁹, de leer van het instrument⁷⁰⁰ of de leer van het constitutieve gevolg⁷⁰¹. De Hoge Raad hanteert een combinatie van leren, oftewel een ubiquiteitstheorie⁷⁰², waardoor verschillende plaatsen kunnen worden aangewezen als een locus delicti. Als er sprake is van een (oneigenlijk)⁷⁰³ omissiedelict is volgens de jurisprudentie de locus delicti de plaats waar het nagelatene verricht had moeten worden.⁷⁰⁴ De plaats waar de verdachte zich bevond toen hij had moeten handelen is volgens Van Elst als locus delicti ongeschikt, omdat die te veel van het toeval afhangt en met het delict in geen enkel verband staat.⁷⁰⁵ Gezien de omstandigheid dat er geen aanknopingspunten met één van deze leren zijn, kan

698 Artikel 2 Sr: *De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt.* In het kader van de eenvoud, wordt voorbij gegaan aan artikel 3 Sr: *De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich buiten Nederland aan boord van een Nederlands vaartuig of luchtvaartuig aan enig strafbaar feit schuldig maakt.*

699 HR 16 oktober 1899, *W 7347 (Feutres)*. De plaats van het misdrijf wordt, zo overwoog de Hoge Raad: 'niet bepaald door de plaats, alwaar het gevolg van des daders handelingen zich openbaart, maar door de plaats waar al datgene, hetwelk zijnerzijds tot het plegen van een misdrijf vereischt wordt, door hem persoonlijk is volvoerd'. HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9821, *NJ 1997/7*. Waar werd overwogen dat het bewezenverklaarde opzettelijk van het leven beroven 'niet slechts' (met andere woorden: ook) geschiedt op de plaats waar het slachtoffer aan het door de dader gepleegde geweld bezwijkt, zie Van Elst, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 2 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2013.

700 HR 6 april 1915, *NJ 1915 (Azewijnse paard)*. De plaats is volgens de Hoge Raad in dit geval de plaats waar de lasso (het instrument) zijn werking doet.

701 HR 6 april 1954, *NJ 1954/368 (Singapore)* en HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9821, *NJ 1997/7*. Deze leer laat de locus delicti afhangen van de plaats waar het delict door het intreden van het constitutieve gevolg voltooid wordt. Deze leer is bruikbaar bij delicten waar het intreden van een bepaald gevolg een bestanddeel is, zoals bij moord, zie Van Elst, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 2 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2013.

702 HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9821, *NJ 1997/7*, r.o. 5.2: 'niet slechts op de plaats waar het slachtoffer aan het door de dader gepleegde geweld bezwijkt'. HR 4 februari 1958, *NJ 1958/294*: 'De stelling dat het misdrijf enkel wordt gepleegd ter plaatse waar de beledigde het geschrift in handen krijgt is niet juist; het misdrijf wordt in dat geval gepleegd ter plaatse waar de dader het geschrift verzond, daargelaten of mede de plaats waar de beledigde het geschrift in handen kreeg kan gelden als plaats des misdrijfs'. Zie ook HR 6 april 1954, *NJ 1954/368 (Singapore)* en HR 27 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9346, *NJ 1993/744*.

703 Oneigenlijk commissiedelict of oneigenlijk omissiedelict: dit betreft het geval waarin iemand de wettelijke omschrijving van een als commissiedelict geformuleerd delict vervuld door de facto juist niet te handelen, dus door na te laten. Een uiterst wrang voorbeeld daarvan vormt de moeder die - vermoedelijk uit wanhoop - haar pasgeboren kind laat verhongeren: door het kind niet te voeden berooft zij het van het leven (bijv. kinderdoodslag artikel 290 Sr). Zie Kelk (2010), p. 56.

704 HR 29 april 1940, *NJ 1940/805*: 'verdachte heeft er niet voor gezorgd dat in de inrichting een aan de betreffende voorschriften voldoende arbeidslijst was opgehangen'. Zie Sliedregt (2008), p. 48.

705 Van Elst, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 2 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2013.

Nederland alleen met behulp van artikel 7 lid 1 Sr⁷⁰⁶ rechtsmacht vestigen voor het misdrijf passieve en actieve niet-ambtelijke omkoping.

Op grond van artikel 7 lid 1 Sr is de Nederlandse strafwet toepasselijk op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een feit dat door de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld. Dit laatste vereiste wordt ook wel de leer van de dubbele strafbaarheid genoemd. In de wet 'herziening regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken', die op 1 juli 2014 in werking is getreden, werd het oude artikel 5 lid 1 sub 2 Sr vervangen door het huidige artikel 7 lid 1 Sr. De daarbij gestelde voorwaarde van de dubbele strafbaarheid bleef in dit artikel gehandhaafd.⁷⁰⁷

3.7.2 Passieve niet-ambtelijke omkoping

Het delict niet-ambtelijke omkoping is volgens de Hoge Raad⁷⁰⁸ en advocaat-generaal Bleichrodt⁷⁰⁹ een (eigenlijk⁷¹⁰) omissiedelict, waardoor volgens de jurisprudentie de locus delicti de plaats is waar het nagelatene verricht had moeten worden.⁷¹¹ De plaats waar het nagelatene verricht had moeten worden is, vertaald naar de passieve variant van artikel 328ter lid 1 Sr, de plaats waar de werknemer het verzwijgen jegens de werkgever had moeten doorbreken, oftewel de plaats waar de werknemer de gunst had moeten melden. Deze plaats komt vrijwel altijd overeen met de vestigingsplaats van de werkgever of waar de gift had moeten worden gemeld.

Nederland had ten aanzien van de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping in de Clickfondszaak⁷¹² geen rechtsmacht op grond van artikel 2 Sr jo. artikel 328ter lid

706 Artikel 7 lid 1 Sr: *De Nederlandse strafwet is toepasselijk op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een feit hetwelk door de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld.*

707 Zie voorstel van wet en memorie van toelichting: http://www.eerstekamer.nl/behandeling/20131107/gewijzigd_voorstel_van_wet/document3/f=/vjenk52cksyq.pdf en http://www.eerstekamer.nl/behandeling/20130311/memorie_van_toelichting/document3/f=/vj7vlr746qq3.pdf.

708 HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1911, NJ 2010/20 m.nt. Reijntjes. De Hoge Raad en het Hof verschillen wel van mening met A-G Bleichrodt over het feit of dit omissiedelict aflopend dan wel voortdurend is.

709 Idem.

710 Oneigenlijk commissiedelict of oneigenlijk omissiedelict: dit betreft het geval waarin iemand de wettelijke omschrijving van een als commissiedelict geformuleerd delict vervuld door de facto juist niet te handelen, dus door na te laten. Een uiterst wrang voorbeeld daarvan vormt de moeder die - vermoedelijk uit wanhoop - haar pasgeboren kind laat verhongeren: door het kind niet te voeden berooft zij het van het leven (bijv. kinderdoodslag artikel 290 Sr). Zie Kelk (2010), p. 56.

711 Sliedregt (2008), p. 48.

712 Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8706, Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6890 en HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8470.

1 Sr. Daarom heeft het Openbaar Ministerie rechtsmacht bepleit op grond van artikel 7 lid 1 Sr, dit omdat de Nederlandse verdachte destijds werkzaam was in Londen. De Hoge Raad heeft uiteindelijk geoordeeld dat er sprake is van dubbele strafbaarheid, aangezien op het verweten gedrag van de passieve omgekochte in de Britse Prevention of Corruption Act 1906 straf is gesteld. In artikel 7 lid 1 Sr wordt niet geëist dat die gedraging door deze wet op dezelfde wijze als in het Nederlands recht strafbaar is gesteld: *“Niet terzake doet dus of de buitenlandse strafbaarstelling in alle opzichten overeenstemt met de Nederlandse noch of de wijze waarop de strafbaarstelling is gestructureerd, gelijk is.”*⁷¹³ Het verweer van de raadsman dat het bestanddeel ‘goede trouw’ in de Engelse wetgeving geen pendant kent, is derhalve zwak.⁷¹⁴ Ook eerder heeft de Hoge Raad een ruime invulling gegeven aan de dubbele strafbaarheid van artikel 7 lid 1 Sr door ten aanzien van de Italiaanse samengevoegde ambtelijke en niet-ambtelijke omkopingspendant te oordelen dat volgens beide bepalingen - de Nederlandse en de Italiaanse - strafbaar is degene die in strijd met de verplichtingen die uit zijn dienstbetrekking voortvloeien voordeel trekt uit zijn positie als werknemer.⁷¹⁵ Het strafrechtelijke verwijt dat de betrokkene in Italië wordt gemaakt stemt overeen met het verwijt dat in artikel 328ter Sr besloten ligt.⁷¹⁶ De dienstbetrekking met een internationale ambtenaar wordt naar Italiaans recht gelijkgesteld met een nationale ambtelijke dienstbetrekking en naar Nederlands recht (toen nog) niet.⁷¹⁷ Dit betekent dat in het Italiaans recht het accent meer ligt op het publiekrechtelijke aspect van de dienstbetrekking, terwijl naar Nederlands recht het gebrek aan loyaliteit jegens de werkgever een grote rol speelt. Dit is echter geen dusdanig wezenlijk verschil dat op grond van het uiteenlopen van de strekking van de beide strafbepalingen zou moeten worden geoordeeld dat niet is voldaan aan de in artikel 2, eerste lid, Europees Uitleveringsverdrag neergelegde vereiste van de dubbele strafbaarheid.⁷¹⁸ Daarbij oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat de Nederlandse tenlastelegging niet alle bestanddelen van de respectievelijke buitenlandse strafbepalingen bevat niet afdoet aan de dubbele strafbaarheid. Het gaat er immers niet om of de Nederlandse tenlastelegging in het buitenland tot een veroordeling zou kunnen leiden; het gaat erom of de in de tenlastelegging vervatte gedragingen onder

713 HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8470, r.o. 3.5.

714 Idem, de term ‘goede trouw’ ondervangt op basis van de memorie van toelichting ook de buitenlandse normen en waarden, waardoor dit bestanddeel, anders dan de bestanddelen ‘weg’ (Hof Arnhem 15 april 1975, ECLI:NL:GHARN:1975:AB5387, NJ 1976/290) en ‘wettelijk voorschrift’ (HR 17 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9754, NJ 1987/887 (*Vissersschip Linquenda*)), geen typisch nationaal bestanddeel is. Een analoge transformatie kan in dit geval worden aangenomen als de Engelse wetgeving een vergelijkbaar bestanddeel als de ‘goede trouw’ in haar wetgeving had opgenomen.

715 HR 4 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4050.

716 Idem.

717 Zie hiervoor discussie, paragraaf 3.3.2.3.

718 HR 4 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4050.

enige buitenlandse strafbepaling zijn te brengen.⁷¹⁹ Aldus hoeft niet alles in detail te worden onderzocht. Ook een buitenlandse verjaring van het delict is geen reden om de dubbele strafbaarheid niet aan te nemen.⁷²⁰

3.7.3 Actieve niet-ambtelijke omkoping

De actieve variant van niet-ambtelijke omkoping is, in tegenstelling tot de passieve variant, geen omissiedelict, aangezien de omkoper het verzwijgen niet binnen een redelijke termijn hoeft te doorbreken om onder de strafbaarheid uit te komen. Het delict actieve niet-ambtelijke omkoping is volgens de Hoge Raad voltooid *“op het moment dat de gift(en) wordt/worden gedaan c.q. opdracht ter effectuering ervan wordt gegeven,”* oftewel op het moment dat de verdachte redelijkerwijs moet aannemen dat deze giften tegenover de werkgever of lastgever worden verzwegen.⁷²¹ Op grond van de leer van het constitutieve gevolg en de leer van de lichamelijke gedraging is dan de locus delicti de plaats waar de giften worden gegeven. Op grond van de leer van het instrument is de locus delicti de plaats waar de giften hun werking hebben, oftewel de plaats waar de tegenprestatie (het doen of nalaten) van de omgekochte is verricht of zal worden verricht. Hieruit kan worden afgeleid dat er meerdere plaatsen kunnen worden aangewezen als locus delicti. Helaas is tot op heden geen jurisprudentie bekend waarin met betrekking tot actieve niet-ambtelijke omkoping een keuze zou zijn gemaakt voor een van deze twee leren. Tot op heden is er ook geen jurisprudentie bekend waarin een Nederlander is vervolgd c.q. veroordeeld voor actieve niet-ambtelijke omkoping waarin de rechtsmacht buiten Nederland ligt. De dubbele strafbaarheid - die op grond van artikel 7 lid 1 Sr van toepassing is als de rechtsmacht buiten Nederland zou zijn gelegen - kan voor zowel de actieve als de passieve variant weinig problemen opleveren door de ruime uitleg van de dubbele strafbaarheid van de Hoge Raad uit 2000⁷²² en 2004⁷²³. Niettemin beveelt GRECO⁷²⁴ aan de eis van de dubbele strafbaarheid te laten vervallen, aangezien het mogelijk is dat actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping in het buitenland onder een geheel ander delict kunnen vallen. Ook kan wegens de in sommige landen bestaande handelsgebruiken ten aanzien van het doen van giften, de gedraging niet-ambtelijke omkoping in het geheel niet strafbaar en daardoor evenmin vervolgbaar ter plaatse zijn. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat het niet-ambtelijke omkopingsartikel zelfs in Nederland, een land dat bepaald geen hoge tolerantiegrens voor corruptie heeft, pas in 1967 in de strafwetgeving is opgenomen.

719 Rb. Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE4700.

720 HR 18 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5211, NJ 2002/300.

721 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1014, NJ 2010/464.

722 HR 4 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4050.

723 HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8470, r.o. 3.5.

724 Greco Eval III Rep (2007) 8^e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands on ‘Incriminations’ (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 13 juni 2008, p. 26.

Het EU-kaderbesluit verwijst eveneens specifiek naar de te nemen maatregelen van lidstaten voor de vervolging van niet-ambtelijke omkoping door daders die eigen onderdaan van de lidstaat zijn, waarbij de beperking van de dubbele strafbaarheid niet meer is opgenomen.⁷²⁵ Tevens wordt in het WODC-rapport *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht* uit 2010 aanbevolen de vereiste van dubbele strafbaarheid te laten vervallen voor strafbare feiten die gepleegd zijn binnen de Europese Unie.⁷²⁶ Ook Heine merkt op dat de vereiste van de dubbele strafbaarheid praktische problemen oplevert bij de vervolging van private omkopingsfeiten, waardoor er een groeiende behoefte bestaat om nationale inwoners te kunnen vervolgen, los van de vraag waar ze hun criminele activiteiten hebben ontplooid.⁷²⁷ Daarbij geldt de dubbele strafbaarheidseis op grond van artikel 8 Sr voor passieve ambtelijke omkopingsgevallen evenmin. Ook Amerikaanse (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA⁷²⁸) en Britse (Birbery Act 2010⁷²⁹) anti-corruptiewetgeving die van toepassing is op bedrijven, veelal Nederlandse multinationals, die handel drijven in deze landen, hebben 'universal jurisdiction' en kennen zodoende de vereiste van de dubbele strafbaarheid niet meer.⁷³⁰ Een aanpassing in de Nederlandse strafwet zou derhalve neerkomen op een versterking van het 'level playing field' voor Nederlandse bedrijven en kan positief zijn voor een wereldwijde bestrijding van corruptie. Daarbij wordt 'cherry picking' - (vluchtig) crimineel gedrag vertonen in landen waar de laagste of in het geheel geen straffen worden opgelegd - voorkomen.

Hoewel het in beginsel niet strookt met de oorspronkelijke achtergrond⁷³¹ van artikel 7 lid 1 Sr, wordt voorgesteld artikel 328ter Sr op te nemen in het nieuwe artikel 7 lid 2 sub a Sr, zodat de eis van de dubbele strafbaarheid vervalt. Op deze wijze kunnen Nederlanders en Nederlandse ondernemingen die zich in het buitenland stelselmatig met zowel het actief als het passief plegen van deze feiten bezighouden, effectief worden vervolgd en bestraft.

725 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003 L/192, artikel 7 lid 1 EU-kaderbesluit.

726 A. Klip, A. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale Rechtsmacht, Onderzoek naar de grondslagen voor extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-) praktijk*, Maastricht University 2010, p. 138.

727 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 627.

728 As amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq, zie bron: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/statutes/regulations.html>.

729 Zie bron: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

730 Zie bron: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-dutch.pdf>.

731 De bescherming van nationale belangen in het buitenland zonder de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid, aangezien deze delicten in het buitenland niet strafbaar kunnen zijn gesteld of de analogische transformatie niet mogelijk is (omdat deze delicten nationaal typische bestanddelen bevatten).

3.8 DEELNEMING

3.8.1 Algemeen

Deelneming aan strafbare feiten - zoals Titel V Wetboek van Strafrecht luidt - wordt hoofdzakelijk ingevuld door de artikelen 47 Sr (plegen, doen plegen, medeplegen en uitlokken), 48 Sr (medeplichtigheid) en 51 Sr (functioneel daderschap en feitelijk leiding/opdracht geven). Deze strafbepalingen zijn in de strafwetgeving opgenomen teneinde de kring van (rechts)personen die op een of andere wijze medeverantwoordelijk zijn voor het gronddelict strafrechtelijk aansprakelijkheid te kunnen stellen. Alhoewel de wettelijke tekst van artikel 47 Sr spreekt over het plegen van een strafbaar feit is dit eigenlijk ten onrechte in de wetgeving opgenomen, aangezien degene die het feit daadwerkelijk pleegt onder de onderliggende delictsomschrijving valt.⁷³² De strafbare gedragingen genoemd in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr zijn uitingen van noodzakelijke deelneming.⁷³³ Dit vloeit voort uit het feit dat bij een omkopingsgeval zowel de omkoper als de omgekochte verplicht moeten samenwerken wil er sprake zijn van een succesvol voltooid delict. In deze paragraaf worden achtereenvolgens de deelnemingsvormen doen plegen, uitlokken, medeplegen, medeplichtigheid, functioneel daderschap, feitelijk leiding/opdrachtgeven en de aparte strafbaarstelling deelneming aan een criminele organisatie behandeld. Het doel is om aan de hand van deze deelnemingsvormen enig inzicht te verkrijgen in hoe deze deelnemingsvormen zich verhouden tot het delict niet-ambtelijke omkoping en of deze deelnemingsvormen al dan niet in de niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie voorkomen.

3.8.2 Doen plegen

De term 'doen plegen' als uiting van functioneel daderschap is in artikel 47 Sr opgenomen teneinde de persoon die middellijk het misdrijf heeft gepleegd strafbaar te stellen, en niet de onmiddellijke, feitelijk 'willoze en onwetende' uitvoerder. Het gaat volgens aloude 'regtgeleerde' adviezen om een zekere werktuigelijke en dus, naar de algemene beginselen van het strafrecht, ontoerekenbare handeling bij de knecht via wie de meester de onwettige daad volvoert. Hieruit valt goed te verklaren waarom alleen de meester en niet de knecht strafbaar wordt gesteld.⁷³⁴ Daaruit kan worden afgeleid dat het voor de strafbaarheid van het doen plegen essentieel is dat de feitelijke uitvoerder - om welke reden dan ook - niet zelf kan worden gestraft. In de visie van de wetgever dient de feitelijke uitvoerder als werktuig te zijn gebruikt en daarbij zonder "opzet, schuld of toerekenbaarheid" te hebben gehandeld.⁷³⁵

732 Zie ook P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 656.

733 Zie ook A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, artikel 47 Sr, aant. 5*, bijgewerkt tot 1 oktober 2012.

734 Vijfde verzameling van regtgeleerde adviezen, Den Haag 1857, p. 253 e.v.

735 Dolman, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 47 Sr*, bijgewerkt tot 1 mei 2014.

De straffeloosheid van de onmiddellijke uitvoerder kan zowel door wettelijke als door buitenwettelijke schulditsluitingsgronden worden aangenomen⁷³⁶ Eveneens is er alleen sprake van het doen plegen als de middellijke dader opzet heeft gehad op de gedraging van de onmiddellijke uitvoerder. In de niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie zijn - voor zover ik kan nagaan - geen voorbeelden bekend van het doen plegen van niet-ambtelijke omkoping. Dit is begrijpelijk nu de niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie indirecte omkoping ook onder de strafbepaling van artikel 328ter Sr schaaft, waardoor de 'doen pleger' als actieve of passieve pleger kan worden vervolgd.⁷³⁷ Het 'doen plegen' draagt derhalve iets bij aan de vervolging van niet-ambtelijke omkoping.

3.8.3 Uitlokken

Een vergelijkbare deelnemingsvorm als het doen plegen doet zich voor in de verschijningsvorm van het uitlokken. Op grond van artikel 47 lid 1 sub 2 Sr kunnen de uitlokkers van strafbare feiten strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld in het geval de uitlokker een ander heeft aangezet tot het begaan van een strafbaar feit waarvoor de uitgelokte zelf eveneens kan worden bestraft.⁷³⁸ Het feit dat de uitgelokte zelf ook strafbaar kan worden geacht, is ook gelijk het essentiële verschil tussen het doen plegen en het uitlokken; de uitgelokte zelf moet strafbaar zijn, terwijl de onmiddellijke dader bij het doen plegen straffeloos dient te zijn.⁷³⁹ De strafbaarheid van de uitgelokte hoeft echter niet ten laste gelegd en bewezen te worden.⁷⁴⁰ Voldoende is dat niet blijkt dat de uitgelokte straffeloos is, waardoor de uitgelokte die het delict pleegt niet wegens een schulditsluitingsgrond vrijuit mag gaan.⁷⁴¹ Het uitgelokte delict moet voor de strafbaarheid van de uitlokker (en de uitgelokte) wel op het uitlokken zijn gevolgd. Alhoewel de wettelijke uitlokkingsmiddelen⁷⁴² zeer ruim kunnen worden geïnterpreteerd worden deze wel genoemd in artikel 47 lid 1 sub 2 Sr. Poging tot uitlokking (mislukte uitlokking) is ook strafbaar gesteld onder artikel 46a Sr.

In de memorie van antwoord uit 1966 werd de vraag gesteld waarom niet werd gekozen voor alleen een centrale strafbaarstelling voor het delict passieve niet-ambtelijke omkoping, zodat de verdachte van de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping kon worden

736 HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431 (melk en water-arrest; afwezigheid van alle schuld).

737 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ9799 (direct of indirect).

738 Dolman, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 47 Sr*, bijgewerkt tot 1 mei 2014. Zie ook P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 657.

739 Idem.

740 Idem.

741 Idem.

742 De uitlokkingsmiddelen genoemd in artikel 47 lid 1 sub 2 Sr zijn: giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, misleiding, of door het verschaffen van de gelegenheid, middelen of inlichtingen.

vervolgd wegens uitlokking.⁷⁴³ De minister reageerde door op te merken dat de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping is opgenomen als zelfstandig delict, aangezien het aan twijfel onderhevig is of de rechter het doen van een gift als uitlokkingsmiddel zal beschouwen: *“Een gift wordt immers pas gedaan, wanneer zij tevens wordt aangenomen.”* Er is volgens de minister sprake van een coincidentie - een samenloop van omstandigheden - en niet van successie - opvolging - van strafbare feiten.⁷⁴⁴

Het is opmerkelijk dat de wetgever specifiek het in het meervoud beschreven bestanddeel ‘giften’ in het artikel 47 lid 1 sub 2 Sr heeft opgenomen, waardoor er op het eerste gezicht in een uitlokkings situatie sprake lijkt te zijn van meer giften. Uit het artikelsgewijs commentaar⁷⁴⁵ valt op te maken dat de wetgever ook een enkelvoudige gift in dit artikel heeft willen onderbrengen, waardoor de gift als meest reële en effectieve mogelijkheid om iemand aan te zetten tot een strafbaar feit als uitlokkingsmiddel kan worden beschouwd.

Evenzeer heeft het zelfstandig karakter van het delict actieve niet-ambtelijke omkoping volgens de minister tot gevolg dat deelneming eraan of uitlokking ervan eenvoudig kunnen worden vervolgd, met name in de gevallen waarin de actieve omkoper tot zijn gedrag is aangemoedigd of aangespoord om op oneerlijke wijze voordelen voor zijn bedrijf te verkrijgen.⁷⁴⁶ Dit argument is overtuigend, aangezien anders de ondoorzichtige en complexe constructies van de samengestelde deelneming tevoorschijn komen. Hoewel de Hoge Raad meerdere veroordelingen voor uitlokking tot uitlokking in stand heeft gelaten, dient een dergelijke constructie indien mogelijk te worden vermeden, omdat het zou kunnen leiden tot oeverloze uitbreiding en complexiteit van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁷⁴⁷

In de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping is het vragen van een omkopingsmiddel als delictsbestanddeel opgenomen, waardoor het uitlokken van in wezen eigen omkoping strafbaar wordt gesteld. In de Belgische strafwetgeving is het vragen, indien gevolgd door het aannemen van een omkopingsmiddel van de actieve omkoper, zelfs strafverhogend.⁷⁴⁸ Los van de omstandigheid dat het vragen van een omkopingsmiddel als poging tot passieve niet-ambtelijke omkoping kan worden beschouwd, is het opnemen van het

743 *Kamerstukken II 1966/67, 8437, nr. 6.*

744 *Idem.*

745 Dolman, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 47 Sr*, bijgewerkt tot 1 mei 2014 (spreekt telkens over een omkopingsmiddel).

746 *Kamerstukken II 1966/67, 8437, nr. 6.*

747 Hof Arnhem 26 januari 1979, ECLI:NL:GHARN:1979:AC6477, NJ 1979/357 (uitlokking tot uitlokking van medeplegen van poging tot brandstichting), HR 31 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9797 (uitlokking tot uitlokking van moord), Zie ook HR 24 januari 1950, NJ 1950/501 (conclusie).

748 Zie verder, paragraaf 4.3.2.3.

vragen in artikel 328ter lid 1 Sr op basis van voorgaande argumenten boven het strafbaar stellen van het uitlokken van actieve niet-ambtelijke omkoping, te rechtvaardigen. Ook in de niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie zijn - net als van het doen plegen - geen voorbeelden bekend van het uitlokken (tot uitlokking) van niet-ambtelijke omkoping. Dit is ook niet verwonderlijk, aangezien deze problematiek in de huidige bepaling ondervangen wordt door enerzijds de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het direct dan wel indirect omkopen of omgekocht worden en anderzijds door het opnemen van de bestanddelen aanbieden en vragen in de leden 1 en 2 van artikel 328ter Sr.

3.8.4 Medeplegen

De strafrechtelijke aansprakelijkheidsvorm medeplegen is in de wetgeving opgenomen, zodat daders die gezamenlijk uitvoering geven aan hun crimineel handelen en daarbij ieder voor zich niet volledig de delictsomschrijving vervult strafrechtelijk vervolgd en bestraft kunnen worden. In beginsel kan er sprake zijn van het feitelijk in fysieke vorm medeplegen van een strafbaar feit, maar de Hoge Raad heeft al in 1981 deze strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgebreid naar gevallen waarin de medepleger niet in fysieke zin bij het medeplegen van het strafbare feit betrokken was. Bij het vervolgen van medeplegen dient dan ook te worden beoordeeld of er sprake is van een 'nauwe en bewuste samenwerking' tussen de pleger en de medepleger, waarbij lijfelijke aanwezigheid niet vereist is.⁷⁴⁹ Medeplegers treden - in tegenstelling tot zij die zich schuldig maken aan medeplichtigheid⁷⁵⁰ - op als min of meer gelijkwaardige participanten wier intellectuele of materiële aandeel in het delict van vergelijkbare betekenis is.⁷⁵¹

In de Klimop-zaak is voor het eerst - voor zover ik kan nagaan - een verdachte voor het strafbare feit 'medeplegen van actieve niet-ambtelijke omkoping' veroordeeld. In casu werd aan de verdachte tenlastegelegd dat hij door het laten overhandigen van horloges aan een directeur van Philips Pensioenfonds het strafbare feit actieve niet-ambtelijke omkoping heeft medegepleegd. De verdachte wordt verweten dat hij een tussenschakel is geweest tussen de omkoper en de omgekochte, aangezien hij op verzoek van de omkoper de horloges aan de omgekochte heeft laten overhandigen en daarbij gefactureerd heeft aan diezelfde omkoper. De verdachte wist dat de omgekochte een functie bekleedde bij Philips Pensioenfonds en dat hij op de hoogte was van het feit dat de omgekochte deze horloges in het kader van zijn functie bij Philips Pensioenfonds ontving.⁷⁵² De verdachte heeft op verzoek van de omkoper de horloges laten overhandigen aan de omgekochte,

749 HR 17 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7387, NJ 1983/84 en HR 6 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1135, NJ 1999/90.

750 Zie verder, paragraaf 3.8.5.

751 Dolman, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 47 Sr*, bijgewerkt tot 1 mei 2014.

752 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2204 (feit 6).

zodat de omgekochte de verdachte niet kon zien. De rechtbank stelt aldus vast dat de feitelijke overdracht via een derde heeft plaatsgevonden, omdat conform de instructies van de omkoper de verdachte door de omgekochte niet mocht worden gezien.⁷⁵³ De verdachte ondersteunde ook het doel van de overdracht van de horloges, aangezien het volgens hem 100% zeker is dat deelname aan dergelijke praktijken noodzakelijk is om in de vastgoedbranche te overleven.⁷⁵⁴

Zoals hiervoor is uiteengezet, hoeft de actieve medepleger niet geheel de delictsomschrijving van het grondfeit te vervullen, maar is de Rechtbank Haarlem wel van mening dat het essentiële bestanddeel redelijkerwijs aannemen dat de omgekochte de gift zou verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover zijn werkgever of lastgever' ook door de actieve medepleger dient te worden vervuld. Naar het oordeel van de rechtbank wijzen de hiervoor geschetste omstandigheden erop dat de verdachte op zijn minst redelijkerwijs moest aannemen dat de passieve omgekochte een dergelijke gift tegenover zijn werkgever zou verzwijgen.⁷⁵⁵ De verdachte heeft immers horloges met een niet onaanzienlijke waarde aan de omgekochte laten overdragen en was op de hoogte van de functie van de omgekochte binnen Philips Pensioenfonds, waar de omgekochte op dat moment zaken mee deed.

In een andere zaak in de Klimop-zaak is het medeplegen van actieve omkoping als subsidiair feit naast het plegen van actieve omkoping tenlastegelegd. De verdachte is echter veroordeeld voor het primair tenlastegelegde feit, namelijk het plegen van actieve niet-ambtelijke omkoping.⁷⁵⁶ In de niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie is - voor zover bekend - het medeplegen van niet-ambtelijke omkoping niet meer tenlastegelegd.

Overigens kan de ambtelijke omkopingsjurisprudentie relevant zijn voor de uitwerking van het medeplegen aan een omkopingsvorm. Het Hof Arnhem was in een zaak waarin aan de verdachte het medeplegen aan passieve ambtelijke omkoping werd tenlastegelegd, van oordeel dat de verdachte/medepleger moet hebben begrepen wat de achtergrond was van de ontvangen giften, namelijk het bestendigen van de goede relatie van het bedrijf met verdachte en zijn mededader als opdrachtgever namens de Rijksgebouwendienst⁷⁵⁷ om opdrachten te verwerven.⁷⁵⁸ De verdachte/medepleger heeft moeten beseffen dat het bezoeken van genoemde gelegenheden, zeker met deze frequentie, verder gaat dan

753 Idem.

754 Idem. 113 Verklaring verdachte ter terechtzitting van 4 maart 2011: proces-verbaal trz, p. 19 (midden en onder).

755 Idem (feit 6).

756 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW2172.

757 Rijksgebouwendienst.

758 Hof Arnhem 30 november 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6212.

binnen de acquisitie van potentiële opdrachtnemers als gewoon kan worden gezien.⁷⁵⁹ In een latere zaak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch werd de overweging herhaald dat voor medeplegen vereist is dat er een nauwe en bewuste samenwerking tussen de pleger en de medepleger is, waarbij de medepleger willens en wetens, dus met opzet, heeft samengewerkt tot het verrichten van de strafbare gedraging.⁷⁶⁰ Het is daarbij van belang dat de verdachte/medepleger redelijkerwijs had moeten begrijpen dat de gift niet belangeloos was gedaan. De rechtbank was van oordeel dat verdachte/medepleger betrokken is geweest bij het aanvaarden van de hierna bewezen verklaarde giften dan wel het verdoezelen van de herkomst van een bepaalde gift.

De rechtbank was voorts van oordeel dat verdachte/medepleger moet hebben beseft, dat de voordelen, die zij⁷⁶¹ en haar echtgenoot, een ambtenaar bij de Provincie Limburg belast met het onderhoud en de aanleg van provinciale wegen, van een bedrijf - een wegebouwer - hebben aanvaard, niet vrijblijvend aan hen zijn geschonken.⁷⁶² Door zo te handelen, heeft verdachte/medepleger voorwaardelijk opzet gehad op het handelen door haar echtgenoot in strijd met zijn ambtsplicht, te weten het anders dan om zakelijke redenen begunstigen van de wegebouwer.⁷⁶³ Zoals in deze jurisprudentie is te zien, wordt dubbel opzet ten aanzien van het medeplegen van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping aangenomen. Het gaat hier om de opzet op de onderlinge samenwerking en om de opzet op de verwezenlijking van de actieve of passieve niet-ambtelijk omkoping. De wetenschap van het doel, de waarde van de giften en de relatie tussen omgekochte en omkoper zijn van essentieel belang voor een veroordeling wegens het medeplegen van omkoping.

3.8.5 Medeplichtigheid

Artikel 48 Sr omvat een afzwakkende vorm van het medeplegen, namelijk de medeplichtigheid ten aanzien van een misdrijf. De maximale hoofdstraf is gesteld op een tweederde van de straf die op het gronddelict staat (artikel 49 lid 1 Sr). Een deelnemer kan alleen strafbaar zijn voor deelneming als het delict waaraan wordt deelgenomen voltooid is. Het accessoriteitsbeginsel eist echter niet dat de pleger van het gronddelict daadwerkelijk ter zake is veroordeeld. Voldoende is dat een strafbaar gronddelict tot stand is gekomen; de pleger behoeft daarvoor niet vervolgd te (kunnen) worden.⁷⁶⁴ De Titel V 'deelneming aan strafbare feiten' wijst daar ook op.

759 Idem.

760 Rb.'s-Hertogenbosch 19 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP1514.

761 De vrouw van de echtgenoot.

762 Rb.'s-Hertogenbosch 19 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP1514..

763 Idem.

764 Dolman, *T&C Strafrecht, commentaar op titel V Sr*, bijgewerkt tot 1 mei 2014.

3

Degene die een strafbaar feit faciliteert door het doen plegen, medeplegen of uitlokken daarvan, worden volgens de strafwet als dader van een strafbaar feit aangemerkt, in tegenstelling tot de medeplichtigen, die volgens diezelfde wetgeving alleen als medeplichtigen worden gekenschetst. Op grond van artikel 48 sub 1 en 2 Sr kan van medeplichtigheid worden gesproken als de verdachte behulpzaam is geweest bij het plegen van een misdrijf - en dus niet bij een overtreding op grond van artikel 52 Sr - dat door een ander is begaan.⁷⁶⁵ De verdachte kan dus in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld voor medeplichtigheid jegens een misdrijf voor gedragingen die zich na het misdrijf hebben voorgedaan. Los van de omstandigheid dat er op medeplichtigheid lagere straffen staan dan op medeplegen, staan medeplichtigen als ongelijkwaardige partijen tegenover de (mede)pleger(s). Dit uit zich in het feit dat de pleger het gehele misdrijf voor zijn rekening neemt en de medeplichtige de uitvoering daarvan slechts ondersteunt en aldus een ondergeschikte rol speelt.⁷⁶⁶ De medeplichtige moet daarbij tweeledig opzet hebben: zijn opzet moet enerzijds gericht zijn op het misdrijf dat hij ondersteunt, en anderzijds op die ondersteuning.⁷⁶⁷ De medeplichtigheid (of het medeplegen) in het kader van niet-ambtelijke omkoping zou een rol kunnen spelen in het geval een directe chef waaraan de omgekochte de gift dient te melden eveneens op zijn beurt de gift verheimelijkt.⁷⁶⁸ Op deze wijze is de chef de omgekochte behulpzaam bij het vervullen van het essentiële bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw', waardoor de verheimelijking van de omkoping zijn doorgang kan blijven vinden. Ook kan bij de passieve niet-ambtelijke omkopingsvariant een medeplichtige worden ingeschakeld bij het in ontvangst nemen of het vragen van een gift.⁷⁶⁹

3.8.6 Functioneel ouderschap en feitelijk leidinggeven

Tot op heden is er geen jurisprudentie bekend waarin een verdachte rechtspersoon is veroordeeld voor actieve of passieve niet-ambtelijke omkoping op grond van artikel 51 Sr. Ook is er - voor zover ik kan nagaan - geen enkele verdachte veroordeeld voor het leidinggeven aan dan wel opdrachtgeven tot actieve of passieve niet-ambtelijke omkoping binnen en door een rechtspersoon.

Een strafrechtelijke (functionele) aansprakelijkheid voor rechtspersonen kan een aanvullende waarde zijn voor de bestrijding van corruptie binnen het bedrijfsleven,

765 Idem.

766 Idem.

767 Idem.

768 *Kamerstukken II 1966/67, 8437, nr. 6.*

769 Zie J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 362 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 362*, bijgewerkt tot 15 september 2009. Zie ook hiervoor, paragraaf 3.8.4.

indien binnen een bedrijf een cultuur heerst dat werknemers worden aangemoedigd of worden aangezet om op illegale wijze het bedrijf te bevoordelen. Ook een (functionele) aansprakelijkheid voor rechtspersonen voor passieve omkoping is aan te moedigen, aangezien rechtspersonen die gevoelig zijn voor passieve omkoping van hun personeel passieve omkoping moeten ontmoedigen door middel van gedragscodes, voorlichting over omkoping en het mededelen van arbeidsrechtelijke consequenties van passieve omkoping. Tevens is het in het belang van de onderneming zelf dat deze mogelijk niet financieel wordt benadeeld door passieve omkoping. De verantwoordelijke personen kunnen worden aangesproken op grond van het feitelijk leidinggeven dan wel feitelijk opdrachtgeven aan het strafbare feit dat door de rechtspersoon is begaan. Deze deelnemingsvormen breiden weliswaar de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van medeplegen en medeplichtigheid uit, maar kunnen ook tot gevolg hebben dat corruptie niet alleen door middel van integriteits- en gedragscodes wordt bestreden, maar ook dat daadwerkelijk ondernemingen op dit gebied een cultuuromslag maken.

In de internationale wet- en regelgeving is ook een beweging zichtbaar naar het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van rechtspersonen en zijn feitelijk leidinggevendenden ('soft law'). In artikel 5 EU-kaderbesluit, wat Nederland volgens de Europese Commissie volledig en correct heeft overgenomen⁷⁷⁰, staat bijvoorbeeld dat elke EU-lidstaat de nodige maatregelen dient te treffen om ervoor te zorgen dat rechtspersonen of feitelijk leidinggevendenden in de rechtspersoon aansprakelijk kunnen worden gesteld voor actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping.⁷⁷¹

3.8.7 Deelneming criminele organisatie

In artikel 140 Sr is een aparte strafbaarstelling opgenomen voor het strafbaar stellen van crimineel groepsgegedrag in de vorm van het deelnemen aan een criminele organisatie. Het gaat daarbij niet om het oogmerk van de afzonderlijke leden van de organisatie, maar om het oogmerk van het samenwerkingsverband als geheel.⁷⁷² Dit oogmerk hoeft echter niet te zijn verwezenlijkt. De wetenschap dat de organisatie de bedoeling heeft om misdrijven voor te bereiden is voldoende.⁷⁷³

770 Zie bron: http://www.eumonitor.nl/9353000/1/j4nvhdscs8blja_j9vvik7m1c3gyxp/vikqhlh016x6.

771 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003, L /192. Zie ook vergelijkbaar artikel 18 van het verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130 en artikel 26 van het verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie; New York, 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244 (*Trb.* 2004, 11 Engelse versie).

772 Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4871.

773 Ten Voorde, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 140 Sr*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

Het bestanddeel deelneming in artikel 140 Sr kan niet gelijk worden gesteld aan de algemene deelneming in Titel V van het Wetboek van Strafrecht, aangezien het deelnemen in artikel 140 Sr gericht dient te zijn op de misdadige organisatie en niet op deelnemen aan de (beoogde) misdrijven die deze organisatie zal gaan plegen of pleegt. Het gaat niet om de betrokkenheid bij een bepaald strafbaar feit, maar om de betrokkenheid bij de organisatie.⁷⁷⁴ Artikel 140 Sr wordt vaak tenlastegelegd in samenhang met het delict niet-ambtelijke omkoping, waarbij ter invulling van het oogmerk van de organisatie op het plegen van misdrijven wordt verwezen naar het andere tenlastegelegde delict niet-ambtelijke omkoping.⁷⁷⁵ De niet-ambtelijke omkopingsgedraging wordt zodoende gebruikt voor de delictomschrijvingen van zowel artikel 328ter als van artikel 140 Sr, waarbij de vraag kan worden gesteld of deze situatie een dubbele vervolging voor hetzelfde feit oplevert. Tevens is het interessant om te onderzoeken of verjaarde omkopingsdelicten kunnen meewegen bij het beoordelen van het oogmerk van de 'criminele' organisatie.

De Hoge Raad heeft in 1993 beslist dat een vervolging voor artikel 140 Sr en voor het medeplegen van uitvoer van cocaïne - de misdrijven die de criminele organisatie tot oogmerk heeft - geen dubbele vervolging oplevert. Daarmee heeft de Hoge Raad de overweging van het Hof dat sprake is meerdaadse samenloop (artikel 57 Sr) in stand gelaten.⁷⁷⁶ Volgens Advocaat-generaal Meijers, die zich baseert op de uitspraak van het Hof, komt artikel 57 Sr niet aan de orde, aangezien het materiële element van artikel 140 Sr het deelnemen aan de misdadige organisatie is en niet het deelnemen aan de misdadige of verboden handelingen waarop het oogmerk van de organisatie is gericht.⁷⁷⁷

Overigens is in een van de Klimopzaken het aangevoerde verweer dat er sprake is van één voortgezette handeling gestoeld op één ongeoorloofd wilsbesluit ten aanzien van de artikelen 225 Sr, 140 Sr en 328ter Sr verworpen, wat betekent dat deze strafbepalingen afzonderlijk naast elkaar kunnen worden toegepast.⁷⁷⁸

De Rechtbank en het Hof Amsterdam gaven navolging aan het arrest uit 1993 door in verband met een niet-ambtelijke omkopingskwesitie beide feiten - zowel passieve niet-ambtelijke omkoping als deelneming aan een misdadige organisatie - bewezen te achten, ondanks het gegeven dat het oogmerk ingekleed werd door de meermalen gepleegde

774 Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4871.

775 Zie onder andere Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:631.

776 HR 19 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1962.

777 Idem (conclusie).

778 Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7053.

actieve dan wel passieve niet-ambtelijke omkopingsdelicten.⁷⁷⁹ De personen hebben zich gedurende geruime tijd in een gestructureerd samenwerkingsverband beziggehouden met het plegen van passieve en actieve omkoping in de zin van artikel 328ter Sr, waardoor er sprake is van een organisatie die tot doel heeft het plegen van misdrijven.⁷⁸⁰

Een ongelijktijdige vervolging en veroordeling voor artikel 140 Sr kan aan een latere vervolging op grond van misdrijven die in artikel 140 Sr - bijvoorbeeld 328ter Sr - ter vervulling van het oogmerk zijn gebruikt, in de weg staan.⁷⁸¹ Dit gebeurt niet op grond van artikel 68 Sr, maar door de beginselen van een behoorlijke procesorde. De Hoge Raad bepaalde in 1996 dat al is de strekking van artikel 140 Sr een andere dan die van artikel 225 Sr, het niet valt uit te sluiten dat met betrekking tot in opeenvolgende tenlasteleggingen omschreven feiten sprake is van omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat dan beginselen van een behoorlijke procesorde zich ertegen verzetten dat tegen degene die ter zake van artikel 140 Sr is of wordt vervolgd, vervolgens ook ter zake van feiten strafbaar ingevolge artikel 225 Sr een vervolging wordt ingesteld.⁷⁸² Ook is uitlevering voor deelneming aan het delict van artikel 140 Sr ingevolge artikel 9 EUV⁷⁸³ ontoelaatbaar als eerder de verdachte is veroordeeld voor strafbare feiten die het oogmerk van de misdadige organisatie hebben vervuld.⁷⁸⁴

De vraag of verjaarde delicten kunnen meewegen bij het oogmerk van de misdadige organisatie is bevestigend beantwoord in één van de Clickfondszaken.⁷⁸⁵ De verdachte is in eerste aanleg tenlastegelegd dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan deelneming aan een criminele organisatie die onder meer het oogmerk had om het verjaarde delict oplichting te plegen. Het Hof leidt uit de tenlastelegging af dat de beoogde misdrijven van de criminele organisatie niets anders behelzen dan strafbare feiten die wegens verjaring niet meer als zelfstandige strafbare feiten kunnen worden vervolgd, waardoor het vonnis van de rechtbank dat het OM niet-ontvankelijk was verklaard voor de vervolging op

779 Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8705, Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6884 en zie ook HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP8400 (*Clickfonds*).

780 Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8705.

781 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, commentaar op artikel 140 Sr*, bijgewerkt tot 1 september 2009.

782 HR 26 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0583, NJ 1997/209.

783 Europees Uitleveringsverdrag. Zie bron: http://wetten.overheid.nl/BWBV0001010/geldigheidsdatum_13-03-2014#VertalingNL.

784 HR 2 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1465, NJ 1999/331.

785 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2004:AP8460.

grond van artikel 140 Sr in stand kan blijven.⁷⁸⁶ De Hoge Raad stelt echter dat artikel 140 Sr een zelfstandig misdrijf is, waarop rechtstreeks een eigen termijn voor de verjaring van toepassing is.⁷⁸⁷ Het is volgens de Hoge Raad dus niet van belang of de door de organisatie beoogde misdrijven, voor zover deze ook zijn begaan, inmiddels zijn verjaard.⁷⁸⁸

3.9 POGING TOT NIET-AMBTELIJKE OMKOPING

3.9.1 Algemeen

Op grond van artikel 45 Sr is poging tot een misdrijf strafbaar wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Dit artikel bestaat uit een objectief (begin van uitvoering) en een subjectief (voornemen) bestanddeel. Ter invulling van het objectieve bestanddeel wordt het criterium van de Hoge Raad uit 1987 gebruikt: *“begin van uitvoering is als een handeling is verricht die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op de voltooiing van het betreffende misdrijf.”*⁷⁸⁹ Onder het subjectieve bestanddeel wordt - net als bij opzet - verstaan de eis dat de verdachte bewust willens en wetens moet hebben gehandeld, tenzij het misdrijf meer eist.⁷⁹⁰ Hij moet volgens Mevis een handeling hebben gepleegd die bewust gericht was op de voltooiing van het betreffende misdrijf en hij moet die voltooiing ook hebben gewild. Het zodanige voornemen moet bestaan op het moment van die gedraging.⁷⁹¹

3.9.2 Passieve niet-ambtelijke omkoping

Ten aanzien van de passieve niet-ambtelijke omkopingsvariant is poging volgens Van der Velden ondenkbaar, omdat poging tot het verzwijgen (in strijd met de goede trouw) aan de werkgever niet kan voorkomen.⁷⁹² Dit uitgangspunt is minder relevant, aangezien de poging gerelateerd dient te zijn aan het aannemen of het vragen van een omkopingsmiddel door de omgekochte. Dit sluit beter aan bij het begin van uitvoering van het gehele delict, dat immers ontstaat op het moment van aannemen of vragen van een omkopingsmiddel.

't Hooft acht de poging tot het aannemen mogelijk als bijvoorbeeld een brief, waarin het aannemen is verrat, niet op het bedoelde adres aankomt, of als de omgekochte zijn hand uitsteekt om de gift aan te nemen, maar hij neemt de gift niet aan, en zijn hand terugtrekt

786 Hof Amsterdam 14 februari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF7486.

787 De maximale gevangenisstraf is zes jaar. De verjaringstermijn is aldus volgens artikel 70 lid 1 sub 3 Sr twaalf jaar.

788 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2004:AP8460.

789 HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, NJ 1988/612 (*Grenswisselkantoor*).

790 Mevis (2009), p. 646.

791 Idem.

792 Van der Velden, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 328ter Sr*, bijgewerkt tot 1 juli 2013.

omdat zijn werkgever net binnen komt stappen.⁷⁹³ In het bovenstaande tweede voorbeeld van 't Hooft komt Sikkema wel tegemoet aan de stelling van 't Hooft dat er sprake is van poging tot het aannemen. De gift is wel aangeboden door de omkoper, maar is (nog) niet in de macht van de omgekochte geraakt.⁷⁹⁴ Smid is een andere mening toegedaan en gaat uit van de beslissing of bedoeling van de omgekochte en niet zozeer om het fysieke aannemen zelf. De bedoeling was volgens hem immers het aannemen van de gift. Hij stelt daarom dat er sprake is van voltooid aannemen en niet van een poging tot het aannemen.⁷⁹⁵ Smid heeft slechts ten dele gelijk, want de bedoeling in civielrechtelijke zin moet te herleiden zijn tot een tweezijdige verklaring, en dat is hier niet het geval.⁷⁹⁶ Indien dit het geval is, is er sprake van het voltooid aannemen mede in civielrechtelijke zin ingeval de gift door een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling is overgedragen en zo in de macht van de omgekochte is geraakt.⁷⁹⁷ Ook Sikkema constateert dat het bestanddeel 'aannemen' ruim dient te worden geïnterpreteerd, omdat het aanvaarden hier ook onder valt. Smid stelt voor aannemen te vervangen door accepteren, omdat deze term beter aansluit op de psychische beweegredenen van de omgekochte en niet alleen op het aannemen in fysieke zin. Het bestanddeel 'accepteren' heeft volgens Smid ook voordelen in het geval de omgekochte het voordeel aanneemt, terwijl hij niet weet waarvoor de gift dient en hij dit voordeel later teruggeeft.

Hij is in dat geval niet op de hoogte van het doel van de gift, terwijl hij volgens Smid wel voldoet aan het bestanddeel 'aannemen', dat tot strafbaarheid kan leiden. Smid hecht weinig waarde aan enerzijds de (ruime) civielrechtelijke reikwijdte van het bestanddeel 'aannemen' en anderzijds het door de wetgever en Sikkema geachte opzetvereiste met betrekking tot dit bestanddeel.⁷⁹⁸ De bedoeling is door de opzetvereiste al aanwezig in het bestanddeel 'aannemen', waardoor de door Smid voorgestelde wijziging (het bestanddeel 'aannemen' vervangen door het bestanddeel 'accepteren') onodig is. Een delict is voltooid op het moment dat er sprake is van bewust willens en wetens handelen (wetenschap) en feitelijk aannemen dan wel een tweezijdige verklaring van overdracht.⁷⁹⁹ Indien daar geen sprake van is, resteert poging.

793 't Hooft (1890), p. 69.

794 Idem.

795 Smid (2012), p. 235.

796 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.9.1 voor een verdere civielrechtelijke beschrijving van de overdracht in relatie tot feitelijke machtsuitoefening.

797 Idem.

798 WHC (MvT), p. 8. (minister Korthals). Sikkema (2005), p. 206 en zie ook Mevis (2000), p. 93.

799 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.9.1 voor een verdere civielrechtelijke beschrijving van de overdracht in relatie tot feitelijke machtsuitoefening.

Het bestanddeel 'vragen', dekt in principe een aanzienlijk gedeelte van poging, aangezien daarbij het 'uiteindelijke', ontvangen voordeel en het doen of nalaten van de omgekochte voor de strafbaarheid een irrelevant gegeven is. Niettemin kan er sprake zijn van een poging tot vragen, bijvoorbeeld als een brief naar de omkoper met een vraag tot een gift, dienst of belofte niet aankomt. In die situatie is immers sprake van een begin van uitvoering die naar de uiterlijke verschijningsvorm gericht is op de voltooiing van het misdrijf en de omgekochte is zich ten aanzien van zijn handelen willens en wetens bewust geweest van de voltooiing van het misdrijf.

3.9.3 Actieve niet-ambtelijke omkoping

De strafbaarstelling van het aanbieden van giften, diensten en beloften dekken in principe al een groot gedeelte van actieve niet-ambtelijke poging af, aangezien de uiteindelijk verleende gunst en het doen of nalaten van de omgekochte voor de strafbaarheid een irrelevant gegeven is. Desalniettemin bestaat in de literatuur een discussie over de (on) mogelijke ruimte van een strafbare poging binnen het delict actieve niet-ambtelijke omkoping.

De artikelsgewijze commentaren van Van der Velden⁸⁰⁰ en Machielse⁸⁰¹ merken ten aanzien van actieve niet-ambtelijke omkoping op dat poging alleen kan bestaan in de vorm van poging tot het doen van een gift. Smid geeft als voorbeeld een geval waarin de gift per post wordt verstuurd, maar niet de bestemming bereikt.⁸⁰² Het doen van de gift is dan een poging, aangezien een begin van uitvoering ter voltooiing van het desbetreffende misdrijf is gemaakt en de dader willens en wetens heeft gehandeld.

Volgens Van der Velden⁸⁰³ is een poging tot het doen van een mondelinge belofte niet goed denkbaar, aangezien deze belofte, zelfs wanneer deze de omgekochte niet bereikt, kan worden gezien als een voltooide aangeboden belofte.⁸⁰⁴ Smid stelt terecht dat poging tot het doen van een mondelinge belofte wel mogelijk is als halverwege het uitspreken van de belofte de mond van de omkoper wordt gesnoerd.⁸⁰⁵ Een 'volledige' belofte heeft de omgekochte in dergelijke gevallen niet gedaan. Ook een poging tot een schriftelijke belofte

800 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

801 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 177 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 177*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

802 Smid (2012), p. 234.

803 Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.

804 Idem.

805 Smid (2012), p. 234. Bijvoorbeeld door binnenkomst van een superieur of een ingreep door de 'omgekochte'.

is mogelijk, bijvoorbeeld als een brief met een belofte niet aankomt bij de omgekochte. Het delict, het aanbieden van een schriftelijke belofte, is dan ook niet voltooid.⁸⁰⁶ Wanneer deze brief wel aankomt bij de omgekochte, kan er sprake zijn van het aanbieden of verlenen van een belofte of een gift. Machielse vindt dat wanneer de brief waarin de omkoper zijn schriftelijke belofte heeft geschreven de bestemming niet bereikt, er toch sprake is van een voltooide aangeboden belofte. Hij verwoordt dit als volgt: *“Immers, dat de belofte niet vernomen wordt door hem voor wie zij bestemd is, neemt niet weg dat zij gedaan is.”*⁸⁰⁷ Machielse heeft hierin geen gelijk, want de belofte is door het niet aankomen van de brief niet voltooid. De belofte heeft de bestemming niet bereikt en is daardoor dus niet voltooid.

Wie deze discussie overziet, moet concluderen dat het onderscheid tussen poging tot vragen en aanbieden enerzijds en het vragen en aanbieden anderzijds arbitrair is. Wel is duidelijk dat de bestanddelen ‘vragen’ en ‘aanbieden’ - als blijkt kan worden gegeven van een begin van uitvoering en de dader op dat moment voornemens kan zijn het misdrijf te voltooien - onder ‘poging’ worden geschaard. Het opnemen van het vragen en het aanbieden van een voordeel als zelfstandige delictsbestanddelen in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr rekt overigens al dan niet in samenhang met de blijvende bestaande mogelijkheden op grond van artikel 45 Sr de strafrechtelijke aansprakelijkheid overigens te ver uit. Het is immers op dit moment mogelijk om poging tot het vragen of het aanbieden van een gift, dienst of belofte bewezen te achten. Deze constructie van de poging tot poging dient - net als de in paragraaf 3.8.3 genoemde samengestelde deelnemingsconstructies - zoveel mogelijk te worden vermeden, aangezien het zou kunnen leiden tot oeverloze uitbreiding en complexiteit van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁸⁰⁸

Deze lijn wordt doorgetrokken naar de voorgestelde strafbaarstelling (zonder de zelfstandige delictsbestanddelen ‘vragen’ en ‘aanbieden’), aangezien de gift, dienst of belofte moet zijn verleend of zijn aangenomen wil er sprake zijn van strafbaar gedrag. Op dat moment is immers duidelijk dat de omkoper beïnvloedt en de omgekochte zich laat beïnvloeden door het opzettelijk verlenen of aannemen van een niet-gerechtigd voordeel. Dit betekent dat de omgekochte vanaf dat moment niet meer onafhankelijk en onbevangen ten opzichte van de omkoper en zijn werkgever kan functioneren. In paragraaf 6.3.2.2 wordt gepleit voor een afschaffing van de tegenprestatie. Ook gezien deze wijziging is het in het kader van de

806 In het kader van de beperktheid van het proefschrift wordt niet ingegaan op de ‘vrijwillige terugtrekproblematiek’.

807 A.J. Machielse, ‘artikel 177 Sr, aant. 4’ in: J.W. Fokkens & A.J. Machielse (red.), *Het Wetboek van Strafrecht (Noyon/Langemeijer/Remmelink)*.

808 Hof Arnhem 26 januari 1979, ECLI:NL:GHARN:1979:AC6477, NJ 1979/357 (uitlokking tot uitlokking van medeplegen van poging tot brandstichting), HR 31 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9797 (uitlokking tot uitlokking van moord), Zie ook HR 24 januari 1950, NJ 1950/501 (conclusie).

rechtsbescherming verstandig om de delictsbestanddelen 'vragen' en 'aanbieden' niet meer op te nemen in artikel 328ter Sr en om poging tot niet-ambtelijke omkoping niet meer strafbaar te stellen. Dit strookt niet met de minimumvoorschriften gesteld in de internationale verdragen en kaderbesluiten, maar dat gegeven wordt gecompenseerd door de zojuist genoemde, verdergaande afschaffing van de tegenprestatie in het voorgestelde eerste lid.

Ook rechtvaardigt het vragen en aanbieden als zelfstandige delictsbestanddelen niet dat het volledige strafmaximum kan worden opgelegd, terwijl bij poging dit maximum wordt verminderd met een derde van het maximum van de hoofdstraf. De bestanddelen 'vragen' en 'aanbieden' worden zodoende niet meer zelfstandig opgenomen in de nieuw voorgestelde strafbepaling.⁸⁰⁹ In het voorgestelde artikel 328ter Sr wordt dan ook - in lijn met artikel 300 lid 5 Sr (mishandeling) - een derde lid toegevoegd waaruit blijkt dat poging tot het misdrijf niet-ambtelijke omkoping niet strafbaar is.

3.10 SAMENLOOP

3.10.1 Algemeen

Het begrip 'samenloop' is een overkoepelende term voor eendaadse, meerdaadse samenloop en de voortgezette handeling. Op grond van artikel 55 lid 1 Sr (eendaadse samenloop) is bepaald dat wanneer een feit in meer dan één strafbepaling valt slechts een van die strafbepalingen wordt toegepast. Bij verschil in strafhoogtes geldt die bepaling waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld. Als voor een feit dat in een algemene strafbepaling valt eveneens een bijzondere strafbepaling bestaat, komt alleen deze bepaling in aanmerking (artikel 55 lid 2 Sr).

Artikel 56 lid 1 Sr gaat in op gevallen waarin meerdere feiten die elk op zichzelf een misdrijf of een overtreding opleveren en in zodanig verband staan dat ze moeten worden beschouwd als een voortgezette handeling. In dergelijke gevallen wordt er slechts één strafbepaling toegepast, en wel die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld. De drie essentiële kenmerken van een voortgezette handeling zijn dat er sprake is van één ongeoorloofd wilsbesluit voorafgaande aan de meerdere feiten, van gelijksoortige feiten (niet van feiten van zeer verschillende aard⁸¹⁰) en van een zekere eenheid van tijd waarin de uitvoering plaatsvindt.⁸¹¹

Op grond van artikel 57 lid 1 Sr (meerdaadse samenloop) wordt bij samenloop van feiten die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd en meer dan één

809 Zie verder, paragraaf 6.4.2.

810 HR 9 juni 1913, *W* 9511; 30 juni 1913, *NJ* 1913, p. 1096, *W* 9519.

811 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, artikel 56 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2005.

misdrijf opleveren waarop gelijksoortige hoofdstraffen zijn gesteld, één straf opgelegd. Het maximum van deze straf is het totaal van de hoogste straffen op de feiten gesteld, doch - voor zover het gevangenisstraf of hechtenis betreft - niet meer dan een derde boven het hoogste strafmaximum (artikel 57 lid 2 Sr). De afbakening van het feitbegrip is van essentieel belang voor de toepassing van deze strafrechtelijke bepalingen. In het algemeen is in het kader van de samenloopregeling het uitgangspunt ontwikkeld dat er bij (gelijktijdige) gedragingen die onder verschillende strafbepalingen vallen sprake is van meerdaadse samenloop, ook wanneer het verschil tussen de strafbepalingen niet wezenlijk is.⁸¹² Van eendaadse samenloop is in de kern alleen nog sprake bij een duidelijke eenheid van tijd en plaats, terwijl de toepasselijke strafbepalingen een duidelijk gelijksoortige strekking hebben.⁸¹³ In de volgende paragraaf wordt eerst ingegaan op samenloop 'extern', oftewel de wijze waarop het niet-ambtelijke omkopingsdelict kan samenlopen met andere delicten uit het Wetboek van Strafrecht. Daarna zal samenloop 'intern' aan bod komen.

3.10.2 Samenloop extern

3.10.2.1 Ambtelijke omkoping

Het opnemen van de termen 'anders dan als ambtenaar' in artikel 328ter Sr heeft externe samenloop tussen enerzijds niet-ambtelijke omkoping en anderzijds ambtelijke omkoping in het kader van nationale ambtenaren⁸¹⁴ onmogelijk gemaakt. Sikkema stelt dan ook dat ambtelijke omkoping een zuiver ambtsdelict is en alleen passief door een ambtenaar kan worden gepleegd, en het delict niet-ambtelijke omkoping alleen door niet-ambtenaren.⁸¹⁵ Roording spreekt van een "*wederzijdse exclusieve*" verhouding en twee "*communicerende vaten*".⁸¹⁶ Hij merkt op dat door de invoering van artikel 328ter Sr "*privatisering van overheidsdiensten en overheidstaken er aldus niet toe leidt dat de werknemers in de geprivatiseerde instelling zich voortaan ongestraft aan corruptie schuldig kunnen maken*".⁸¹⁷

Een externe samenloop is ook op basis van de wettelijke tekst van niet-ambtelijke en ambtelijke omkoping zeer onwaarschijnlijk. Immers, artikel 328ter Sr gaat onder andere uit van het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw', terwijl de ambtelijke omkopingsartikelen⁸¹⁸ deze strafvoorwaarde niet stellen en de bestanddelen 'wetende of redelijkerwijs

812 M.J.A. Duker, De samenloopregeling herijkt, *DD* 2011, 43.

813 M.J.A. Duker, De samenloopregeling herijkt, *DD* 2011, 43 en zie de (Hullu) 2009, p. 502-504, p. 82.

814 Zie de discussie over de toepassing van artikel 328ter Sr ten aanzien van buitenlandse en internationale ambtenaren, paragraaf 3.3.2.

815 Idem.

816 Roording (2002), p. 142.

817 Idem. In de toelichting van artikel 7 van het RvE-Corruptieverdrag wordt het privatiseringsproces als een belangrijke reden genoemd voor de strafbaarstelling van private corruptie.

818 Op grond van de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr.

vermoedende' en 'in strijd met zijn plicht' behelzen. Bovendien zijn de (oorspronkelijk) te beschermen rechtsbelangen tussen deze delicten verschillend van aard, waardoor er volgens Sikkema duidelijk geen sprake kan zijn van eendaadse samenloop.⁸¹⁹ Daarbij is het delict niet-ambtelijke omkoping door de wetgever geplaatst onder de bedrogsdelicten en de ambtelijke omkopingsbepalingen onder de ambtsmisdriven en misdrijven tegen het openbaar gezag.

Sikkema vraagt zich af of in theorie - dus los van de woorden 'anders dan als ambtenaar' - meerdaadse externe samenloop voor de niet-ambtelijke en ambtelijke omkopingsbepalingen mogelijk zou moeten zijn, aangezien een passieve omgekochte ambtenaar inbreuk maakt op de integriteit van het bestuur en de gift, dienst of belofte 'in strijd met de goede trouw' verzwijgt aan zijn werkgever (de overheid).⁸²⁰ Hij maakt met andere woorden inbreuk op meerdere rechtsgoederen, zodat men een (gematigde) cumulatie van sancties op zijn plaats kan achten. Sikkema heeft gelijk dat enige cumulatie voor het delict ambtelijke omkoping gerechtvaardigd is, maar daarbij moet in het algemeen bedacht worden dat cumulatie - via de meerdaadse samenloop - alleen kan plaatsvinden als er sprake is van een samenloop van feiten die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd. Dat is bij één feitencomplex of één feitbegrip, zoals sprake is bij ambtelijke omkoping, niet het geval, waardoor een (gematigde) cumulatie beter via een (verhoging) van de ambtelijke strafmaxima ten opzichte van de niet-ambtelijke strafmaxima kan worden bereikt.

3.10.2.2 Overige delicten

Het delict niet-ambtelijke omkoping loopt vaak samen met fiscale delicten, bijvoorbeeld het opzettelijk niet doen van een aangifte of het opzettelijk onjuist of onvolledig invullen van een aangifte (artikel 69 AWR⁸²¹), aangezien steekpenningen niet of op een onjuiste of onvolledige wijze worden opgegeven.⁸²² Ook valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr) is een delict dat vaak voorkomt bij niet-ambtelijke omkoping, aangezien illegale geldstromen door middel van valse verklaringen worden 'witgewassen'.⁸²³ De Rechtbank Haarlem heeft meerdaadse samenloop tussen de artikelen 225 Sr en 328ter Sr aangenomen, aangezien de strekkingen van deze strafbepalingen wezenlijk van elkaar verschillen.⁸²⁴ Daarbij kan ook witwassen (artikel 420bis Sr) tezamen met passieve niet-ambtelijke omkoping ten laste worden gelegd.

819 Zie artikel 55 lid 1 Sr en verder Sikkema (2005), p. 419.

820 Sikkema (2005), p. 419.

821 Algemene Wet Rijksbelastingen.

822 Tonino (2009), p. 30. Zie ook Rb. Haarlem 27 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9174.

823 Idem.

824 Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7053.

Het witwassen zal dan wel moeten bestaan uit het verbergen en verhullen van criminele vermogens die afkomstig zijn uit het eigen misdrijf passieve niet-ambtelijke omkoping.⁸²⁵

Een interessant gegeven is dat het verzwijgen van de gift in strijd met de goede trouw jegens de werkgever volgens de Hoge Raad niet automatisch het verbergen en verhullen van criminele vermogens inkleedt.⁸²⁶ Daarvoor is nodig dat er bijkomende gedragingen zijn verricht die ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het verbergen en verhullen van de criminele herkomst van dat geld.⁸²⁷ Opmerkelijk is dat het Hof Amsterdam in 2015 het verhullen en verbergen van deze omkopingsgelden al aanneemt door enkel te verwijzen naar valse brieven, valse overeenkomsten en valse facturen.⁸²⁸

Een samenloop tussen het delict passieve niet-ambtelijke omkoping en heling is echter uitgesloten, aangezien voor het delict heling de 'heler-steler-regel' van toepassing is verklaard.⁸²⁹ Dit houdt in dat diegene die wordt veroordeeld voor het gronddelict (in dit geval niet-ambtelijke omkoping) niet ook veroordeeld kan worden voor heling (artikel 416 Sr). Dit verhoudt zich volgens de rechter niet met het begunstigingskarakter van heling.⁸³⁰

De keuze van het OM om in omkopingszaken, zoals de vastgoedfraudezaak⁸³¹ en de Clickfondszaak⁸³², mede een verdenking van een criminele organisatie (artikel 140 Sr) ten laste te leggen, is ingegeven door verjaringsperikelen⁸³³ die bij het delict niet-ambtelijke omkoping konden opkomen.⁸³⁴ Het delict 'deelneming aan een criminele organisatie' heeft immers een verjaringstermijn van twaalf jaar⁸³⁵ in vergelijking met het delict niet-ambtelijke omkoping, dat, zonder stuiting, voor het in werking treden van de wet financieel economische criminaliteit op 1 januari 2015 nog na zes jaar was verjaard.⁸³⁶ Daarbij is

825 Ook de verhullings en verbergingshandeling is van toepassing op artikel 420bis lid 1 sub b Sr, zie HR 6 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:480.

826 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6909.

827 HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714.

828 Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:635.

829 HR 7 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AB7391, *NJ* 1978/661 en HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, *NJ* 1995/65.

830 Memorie van antwoord, wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven, Vergaderjaar 2000–2001, Nr. 288a.

831 Zie hiervoor, paragraaf 1.1.1

832 Idem.

833 Zie hiervoor, paragraaf 3.6.

834 Zie bijv. HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1911, *NJ* 2010/20 m.nt. Reijntjes.

835 Ingeval van stuiting 24 jaar.

836 Zie hiervoor, paragraaf 3.6. Op 1 juli 2014 is het wetsvoorstel (financieel-economische criminaliteit) door de Tweede Kamer aangenomen, waarin de hoogte van de strafmaxima wordt verhoogd naar 4 jaar.

het interessant zoals we eerder hebben gezien dat delicten die zijn verjaard, kunnen meespelen bij de bepaling van het oogmerk van de criminele organisatie tot het plegen van misdrijven.⁸³⁷

Het bedrogsdelict 'oplichting' (artikel 326 Sr) wordt - niet zozeer in verband met samenloop - meer als alternatief gezien voor het delict niet-ambtelijke omkoping.⁸³⁸ Het delict oplichting wordt gekenmerkt door het bewegen van iemand tot een afgifte van een goed, tot het verlenen van een dienst, tot het ter beschikking stellen van gegevens, tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld. Deze gevallen van oplichting dienen veroorzaakt te zijn door bepaalde oplichtingsmiddelen, zoals het aannemen van een valse naam of een valse hoedanigheid, listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdichtfels. Van Bemmelen haalt in verband met het oplichtingsdelict een voorbeeld aan: *"Een bedrijf kreeg op een bepaald tijdstip een grote hoeveelheid oud materiaal ter beschikking, dat van de hand moest worden gedaan. Dit materiaal werd gekocht door een sloper, bij wie als procuratiehouder in dienst was een oud-ondergeschikte van het eerstgenoemde bedrijf. Deze procuratiehouder voorzag zijn oud-collega's, die belast waren met de controle op de aflevering van het materiaal, rijkelijk van geld. Hiermee bereikte hij, dat dezen zich nauwelijks meer van hun toezichttaak kweten. Het bedrijf werd hierdoor benadeeld voor ten minste f 150 000."*⁸³⁹ Van Bemmelen stelt dat in een dergelijk geval de vervolging van de procuratiehouder naast niet-ambtelijke omkoping, mede kan zijn gericht op het delict uitlokking van oplichting (artikel 47 lid 1 sub 2⁸⁴⁰ jo. artikel 326 lid 1 Sr). Daarbij lichten Van Bemmelen en Tonino⁸⁴¹ toe dat de bewijsbaarheid van oplichting problemen kan opleveren, aangezien het verzwijgen van deze werknemers aan de werkgever nog geen listige kunstgreep of, zoals Tonino opmerkt, geen oplichtingsmiddel⁸⁴² oplevert. Van Bemmelen stelt dan ook voor artikel 326 Sr uit te breiden naar het *"listig verzwijgen van gegevens, tot welker mededeling hij krachtens de wet of overeenkomst verplicht was"*.⁸⁴³ De vervolgvraag is of het doorbreken van het verzwijgen naar de overeenkomst en krachtens de wet in dit specifieke geval verplicht is. Wat als deze

837 HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP8460.

838 Zie Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2202. Gekozen voor het delict oplichting (artikel 326 Sr) in verband met omkoping van mededirecteur (betrokkene 2) Philips Pensioenfonds.

839 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

840 Artikel 47 lid 3 Sr: ten aanzien van de laatsten komen alleen die handelingen in aanmerking die zij opzettelijk hebben uitgelokt, benevens hun gevolgen.

841 Tonino (2009), p. 31.

842 Idem: 'met name dit laatste is soms bij oplichting een probleem omdat het enkel verzwijgen van bepaalde omstandigheden, of het de andere kant op kijken niet zo makkelijk als een oplichtingsmiddel zal kunnen worden gekwalificeerd'.

843 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

gedraging niet is opgenomen in de overeenkomst en ook niet strafbaar is krachtens de wet, blijft dan strafbaarheid voor uitlokking tot oplichting volgens de redenering van Van Bemmelen uit?

Tonino merkt in verband met het oplichtingsdelict op dat steeds vaker niet duidelijk is of iemand eigenlijk wel wordt opgelicht.⁸⁴⁴ Tonino noemt als voorbeeld een directeur die zelf bevoegd is om bijvoorbeeld grote aan- of verkooptransacties te verrichten en in het kader van een dergelijke transactie een (forse) retourprovisie heeft bedongen. Is de betreffende vennootschap of onderneming door het handelen van hem en de omkoper (de wederpartij bij deze transacties) opgelicht? Tonino redeneert als volgt: *“De wetenschap van een directeur is in beginsel toe te rekenen aan de vennootschap. De afgifte van het goed of het aangaan van de schuld staat daarom vaak niet in enig causaal verband met een gehanteerd oplichtingsmiddel.”*⁸⁴⁵ In dit voorbeeld kan wel sprake zijn van niet-ambtelijke omkoping in het geval de directeur de provisies niet had gemeld aan zijn werkgever. Volgens Tonino kan de directeur dit melden aan de raad van commissarissen⁸⁴⁶, een complianceofficer, een mededirecteur of een van de grootaandeelhouders.⁸⁴⁷ Fokkens merkt daarbij op dat de persoon die voor mededeling in aanmerking komt het spel niet mag meespelen en dat zodanig melding moet worden gemaakt van het aannemen van de gift dat degenen die de boekhouding van de BV controleren er kennis van kunnen nemen.⁸⁴⁸ Of een aanpassing van het oplichtingsdelict geschikt kan zijn als alternatief voor het niet-ambtelijke omkopingsartikel wordt behandeld in paragraaf 6.3.1.2.

Het delict ‘verduistering in dienstbetrekking’ (artikel 322 Sr) is eveneens een delict dat wel tezamen met niet-ambtelijke omkoping ten laste kan worden gelegd.⁸⁴⁹ De essentiële vraag ten aanzien van dit delict is of de omgekochte het geld of de goederen rechtmatig onder zich heeft (en zich deze wederrechtelijk toe-eigent). De omgekochte is derhalve strafbaar in het geval hij de goederen rechtmatig onder zich heeft, dus ‘anders dan als misdrijf’. Indien er aanwijzingen zijn dat de verdachte het goed door eigen misdrijf (dus onrechtmatig) heeft verkregen, is een veroordeling ter zake van verduistering, en dus ook

844 Tonino (2009), p. 31.

845 Idem.

846 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.: ‘Fokkens zou voor de toepassing van ons artikel een mededeling aan commissarissen een goede oplossing achten’. Vgl. hierover Minister Polak in de Eerste Kamer (*Handelingen I* 1967/68, p. 78): ‘schoon hij twijfelde of de commissarissen wel geacht konden worden de rechtspersoon te vertegenwoordigen’.

847 Tonino (2009), p. 32

848 Noyon/Langemeijer/Rimmelink, *Strafrecht, artikel 328ter Sr, aant. 3*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.

849 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194 (*Klimop-zaak*) en Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:631.

van samenloop, uitgesloten.⁸⁵⁰ Bij misdrijf moet gedacht worden aan die misdrijven die de wezenlijke oorzaak kunnen zijn dat de dader het goed onder zich krijgt, dus aan delicten als diefstal, afpersing, afdreiging en bedrog. De oorzaak van de verduistering mag derhalve niet zijn gelegen in een misdrijf. In de vastgoedfraudezaak is het op deze manier tot een vrijspraak gekomen: *“Om die reden kan geen sprake zijn van een wederrechtelijke toe-eigening van goederen of gelden die verdachte uit hoofde van zijn dienstbetrekking en anders dan door misdrijf onder zich had.”*⁸⁵¹

3.10.3 Samenloop intern

De situatie kan ontstaan dat achtereenvolgens het aannemen van de belofte dan wel het vragen van een gift, dienst of belofte voorafgaand aan de tegenprestatie en het aannemen achteraf van de gift of dienst in de tenlastelegging worden opgenomen. Het is niet gerechtvaardigd deze omgekochte verschillende keren te straffen, aangezien op deze wijze de samenloopregeling van artikel 57 lid 1 Sr onrechtvaardig wordt toegepast. Bij het aannemen van een belofte of het vragen van een gift, dienst of belofte voorafgaand aan de tegenprestatie, gevolgd door het aannemen achteraf, is sprake van eendaadse samenloop, aangezien de omgekochte al is omgekocht door het aannemen en vragen van een omkopingsmiddel en niet door het aannemen van de gift of dienst achteraf. De strekkingen van de verschillende bepalingen zijn immers niet wezenlijk anders. De rechter dient een enkelvoudige keuze te maken tussen deze verschillende tenlastegelegde delictsvarianten. Deze uiteenzetting is ook van toepassing op de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping.

3.11 NE BIS IN IDEM

3.11.1 Algemeen

Op grond van artikel 68 Sr kan niemand andermaal worden vervolgd voor een feit waarover de rechter onherroepelijk heeft beslist. Een aanknopingspunt voor het feitbegrip in artikel 68 Sr is de juridische aard van de feiten, waarmee wordt bedoeld de strekking van de strafbaarstellingen ten aanzien van het te beschermen rechtsgoed. Een ander aanknopingspunt is te vinden in de gedraging van de verdachte, meer specifiek de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen en het tijdstip waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder deze gedragingen zijn verricht.⁸⁵² Het feitbegrip in artikel 68 Sr heeft derhalve een groter bereik dan het feitbegrip ten aanzien van samenloop.⁸⁵³

850 HR 13 november 2001, *NJB* 2002/5.

851 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2202.

852 Zie HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, *NJ* 2011/394.

853 Zie hiervoor, paragraaf 3.10.

3.11.2 Ne bis in idem intern

Het kan gebeuren dat de omgekochte onherroepelijk wordt veroordeeld voor het vragen van een gift, dienst of belofte op grond van artikel 328ter lid 1 Sr en enige tijd later wordt vervolgd voor het aannemen van een gift, dienst, belofte voorafgaand aan de tegenprestatie op grond van hetzelfde artikel.⁸⁵⁴ Tevens kan het gebeuren dat de omgekochte driemaal wordt vervolgd, namelijk voor het vragen van de belofte, voor het aannemen van de belofte en later voor het aannemen van de gift of dienst voorafgaand aan de te leveren tegenprestatie. Het is onjuist deze omgekochte tweemaal of zelfs driemaal te vervolgen. Sikkema heeft gelijk als hij schrijft dat het aannemen van de gift, dienst of belofte slechts de uitvoering is van hetzelfde wilsbesluit dat aan het aannemen van de belofte of het vragen van de gift ten grondslag ligt en dat het daarom onrechtvaardig en in strijd met de letter van artikel 68 Sr is om deze verdachte nogmaals te vervolgen.⁸⁵⁵

In gevallen waarin het vragen van de belofte, dienst of gift voorafgaat aan de te leveren tegenprestatie en de omgekochte daarvoor onherroepelijk wordt veroordeeld en later wordt vervolgd voor het aannemen van de gift of dienst na afloop van de tegenprestatie is, anders dan advocaat-generaal Bessier⁸⁵⁶ stelt, dubbele vervolging wederom niet mogelijk. Het gaat nog steeds om hetzelfde feit(encomplex), aangezien de omgekochte door het aannemen of vragen van de belofte al is omgekocht. Immers, hij wordt beïnvloed in zijn handelen en dat geldt niet meer door het aannemen van de gift of dienst na afloop van de tegenprestatie. De wezenlijke strekking van de strafbaarstelling - het tegengaan van niet-ambtelijke omkoping - en de aard en de strekking van de gedragingen - het door omkoping verstrekken van een tegenprestatie - leveren, hoewel de tijd en plaats van de gedragingen kunnen verschillen, hetzelfde feit op in de zin van artikel 68 Sr. Deze uiteenzetting is ook van toepassing op de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping.

3.12 SANCTIES

De strafmaxima in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr zijn vier jaar of een geldboete van de vijfde categorie.⁸⁵⁷ Daarbij is artikel 328ter lid 1 en 2 Sr opgenomen in de recidiveregelingen van de artikelen 43a jo. 43b Sr, zodat de tijdelijke gevangenisstraf van vier jaar met een derde kan worden verhoogd indien tijdens het plegen van het misdrijf geen vijf jaar zijn verlopen

854 In deze situatie wordt aangenomen dat sprake is van hetzelfde feitencomplex, waardoor de meerdaadse samenloopregeling geen toepassing kan vinden.

855 Sikkema (2005), p. 306.

856 HR 24 februari 1919, W 10 401.

857 Zie artikel 23 lid 4 Sr. Per 1 januari 2014 81.000 euro. In het wetsvoorstel (financieel economische criminaliteit) dat op 1 juli 2014 door de Tweede Kamer is aangenomen, zijn de strafmaxima voor niet-ambtelijke omkoping verhoogd van 2 jaar naar 4 jaar.

sedert een vroegere veroordeling van de schuldige tot een gevangenisstraf met betrekking tot een soortgelijk misdrijf. Tevens kan aan de veroordeelde van niet-ambtelijke omkoping als bijkomende vermogensstraf een verbeurdverklaring worden uitgesproken op grond van artikel 33 Sr, van voorwerpen - waaronder wordt verstaan alle zaken en vermogensrechten (artikel 33a lid 4 Sr) - die bijvoorbeeld door middel of uit de baten van het strafbare feit zijn verkregen (artikel 33a lid 1 sub a Sr).

Een afbakening met de ontnemingsmaatregel (artikel 36e Sr) is niet geheel duidelijk, maar het eerste verschil is dat de verbeurdverklaring van toepassing is op voorwerpen die onmiddellijk uit het delict zijn verkregen en al wat vervolgens uit de baten van dat onmiddellijk resultaat zou worden verkregen - het vervolprofijs - onder het toepassingsbereik van artikel 36e Sr valt.⁸⁵⁸ Het tweede verschil is dat bij de ontnemingsmaatregel een verplichting ontstaat tot het betalen van een bepaald geldbedrag aan de Staat, terwijl bij de verbeurdverklaring de straf strekt tot confiscatie van bepaalde voorwerpen.⁸⁵⁹ In een omkopingsgeval waarbij de omgekochte aanzienlijke financiële voordelen heeft ontvangen, behoort een verbeurdverklaring op grond van artikel 33a Sr tot de mogelijkheden, terwijl de ontnemingsmaatregel van artikel 36e Sr van toepassing is op gevallen waarin de omgekochte deze financiële voordelen omzet in goederen of investeert en daarmee winst behaalt. Bovendien kan de veroordeelde als bijkomende straf worden ontzet van de uitoefening uit het beroep waarin hij het misdrijf heeft begaan (artikel 339 lid 1). Evenzeer kan op grond van artikel 339 lid 2 jo. artikel 28 sub 1, 2 en 4 Sr de rechter aan een veroordeelde wegens niet-ambtelijke omkoping vergaande toekomstige ontzetting uitspreken voor ambtelijke functies. Met betrekking tot de maximale gevangenisstraffen van artikel 328ter lid 1 en 2 Sr moet men zich realiseren dat bij ambtelijke omkoping een maximale gevangenisstraf van zes jaar kan worden opgelegd.⁸⁶⁰ Het is de vraag of dit onderscheid te rechtvaardigen is. Volgens Tonino zijn de gevolgen voor slachtoffers van niet-ambtelijke corruptie de laatste tijd veel zwaarder geworden.⁸⁶¹ Gedacht kan worden aan de omvangrijke financiële misstanden bij Bouwfonds en Philips Pensioenfonds in de Klimop-zaak. Beide bedrijven werden voor ongeveer 200 miljoen⁸⁶² benadeeld. Tonino merkt op dat het gaat om het *“op professionele wijze leegroven van de onderneming waar de omgekochte werkzaam is dan wel in ieder geval op zeer structurele en omvangrijke schaal het accepteren, betalen en verdelen van steekpenningen.”*⁸⁶³ De (financiële) gevolgen van niet-ambtelijke omkoping kunnen

858 J. Rozie, M. Borgers, *Voordeelsontneming, de procesrechtelijke invalshoek*, Oisterwijk: WLP 2002, p. 215.

859 *Ibid.*, p. 216.

860 Op grond van artikel 363 Sr. Op grond van artikel 362 Sr twee jaar in het geval van het handelen ‘zonder in strijd met de plicht’.

861 Tonino (2009), p. 27. Zie hiervoor, paragraaf 1.1.1 ten aanzien van de vastgoedfraudeaffaire.

862 Zie bron: <http://www.om.nl/actueel/strafzaken/vastgoedfraude/@157135/gevangenisstraffen-7/>.

863 Tonino (2009), p. 27.

derhalve van groot maatschappelijk belang zijn. Sikkema is van mening dat ambtelijke omkoping zwaarder dient te worden bestraft dan corruptie in het bedrijfsleven, aangezien omkoping van een ambtenaar het algemene publieke vertrouwen in de integriteit van het openbaar bestuur aantast, terwijl omkoping in de private sector alleen de zuiverheid van een concrete dienstbetrekking schaadt.⁸⁶⁴ Bovendien merkt Sikkema op dat de geldboetes niet verschillen omdat in de gevallen van niet-ambtelijke en ambtelijke omkoping een maximale geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Deze gelijkstelling van geldelijke boetes doet afbreuk aan het verschil in gevangenisstrafmaxima tussen deze delicten, zeker nu het ter ontneming van het door het misdrijf verkregen voordeel door de invoering van de ontnemingsmaatregel van artikel 36e lid 1 Sr een gelijkstelling onnodig maakt.⁸⁶⁵

Een strafmaat van vier jaar bij het aangenomen nieuwe artikel 328ter Sr is aanvaardbaar, aangezien door omkoping een hele branche kan worden besmeurd en de financiële effecten daarvan niet te overzien zijn. Daarnaast kan met een strafmaat van vier jaar aansluiting worden gezocht bij de strafmaxima van het hoofdbedrogsdelict oplichting (artikel 326 Sr), verduistering in dienstbetrekking (artikel 322 Sr) en valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr). Ook is een strafmaximum van vier jaar internationaal te rechtvaardigen, aangezien Duitsland en België een maximale gevangenisstraf van drie jaar hanteren, Denemarken van vier jaar en Frankrijk van vijf jaar.⁸⁶⁶ Op deze wijze kan het delict niet-ambtelijke omkoping eveneens onder artikel 67 Sv vallen, waardoor bijvoorbeeld voorlopige hechtenis en meerdere opsporings- en dwangmiddelen kunnen worden ingezet. Naar aanleiding van deze argumenten moeten er geen veranderingen worden aangebracht in de strafmaxima van het nieuwe niet-ambtelijke omkopingsartikel.

864 Sikkema (2005), p. 420.

865 Op grond van artikel 36^e lid 1 jo. lid 2 en 3. Zie ook H.J.B. Sackers, P.A.M. Mevis, *Fraudedelicten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk-Willink 2000, p. 102.

866 Strafgesetzbuch (StGB) 2013, § 299 laatst bijgewerkt tot 6 januari 2015, zie bron: <http://www.jusline.de/index.php?cpid=f92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8&lawid=3&paid=299>. Strafwetboek (Sw), laatst bijgewerkt tot 9 juli 2014, bron: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1867060801&table_name=wet. Straffeloven, laatst bijgewerkt tot 7 september 2013, zie bron: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=152827&exp=1> (Criminal Code in Danisch). De keuze voor het land Denemarken is te rechtvaardigen, aangezien dit land vanaf het jaartal 1995 tot de top vijf behoort van de Corruption Perception Index van de internationale corruptiebestrijdende organisatie 'International Transparency'. In 2008, 2010, 2012 en 2013 behaalde Denemarken zelfs de eerste plaats van ongeveer 177 landen die wereldwijd meededen aan dit onderzoek. Code pénal (Cp), laatst bijgewerkt tot 6 januari 2015, zie bron: http://www.legifrance.com/affichCode.do?sessionId=B729DD31007822A25209F0C2556FF8C5.tpdjo15v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165387&cid-Texte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20150106.

3.13 STRAFVORDERLIJKE ASPECTEN

Op grond van artikel 67 lid 1 Sv kan er een bevel tot voorlopige hechtenis worden gegeven in het geval van een verdenking van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping. De constatering dat voor het delict niet-ambtelijke omkoping voorlopige hechtenis mogelijk is, heeft consequenties voor de toepassing van bepaalde dwangmiddelen door de officier van justitie. Ten eerste kan het dwangmiddel - de aanhouding buiten heterdaad (artikel 54 lid 1 Sv) - door de officier van justitie worden aangewend, aangezien aanhouding buiten heterdaad openstaat voor gevallen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Ten tweede kan de officier van justitie de in verzekeringstelling bevelen (artikel 58 lid 1 Sv) en ten derde kunnen bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden worden ingezet (Titel IVA Sv).

Het OM kan ten aanzien van artikel 328ter Sr op grond van de artikelen 257a Sv en 74 Sr een strafrechtelijke vervolging afdoen met een bestraffende strafbeschikking waartegen verzet mogelijk is (artikel 257e sv) en met een transactieaanbod.⁸⁶⁷ Daarbij zijn de verbeurdverklaring en de ontnemingsmaatregel eveneens van toepassing op deze buitengerechtigde afdoeningsmogelijkheden (artikel 74 lid 2 sub c en d Sr en artikel 257a lid 3 sub b en c Sv), waardoor in een pril stadium criminele vermogens kunnen worden ontnomen.

Op grond van artikel 338 Sr is artikel 316 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard op Titel XXV, waar het niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr is ondergebracht. Daarmee is in artikel 316 lid 1 Sr een strafvervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen voor gevallen waarin de niet van tafel en bed of goederen gescheiden dan wel geregistreerde⁸⁶⁸ partner zijn echtgenoot bijvoorbeeld omkoopt of vice versa. In artikel 316 lid 2 Sr is een strafvervolgingsbeperkingsgrond opgenomen voor de van tafel en bed of goederen gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner, bloed- en of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlinie. Deze bepaling houdt in dat de strafvervolging alleen kan aanvangen op basis van een klacht van degene tegen wie het misdrijf is gepleegd.⁸⁶⁹

De klachttermijn van artikel 66 Sr vangt op grond van artikel 316 lid 3 Sr aan op het moment dat de klachtgerechtigde kennis nam van de identiteit van de verdachte. In de praktijk zal met betrekking tot een omkopingsgeval binnen familiale omstandigheden van

867 Zie ook Aanwijzing OM-afdoening van 31 januari 2012, *Stcr.* 2012, 8299.

868 Op grond van artikel 90octies Sr.

869 A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, artikel 316 Sr*, bijgewerkt tot 1 september 2009 (Bloed- en aanverwantschap in de rechte lijn is de relatie ouders met kinderen, resp. schoonouders met schoonzoon of schoondochter. Ook die van grootouders met kleinkinderen en hun echtgenoten. De zijlijn in de tweede graad omvat broer zusters, zwagers en schoonzusters).

deze klachtmogelijkheid nauwelijks gebruik worden gemaakt, daar bij omkoping zowel de actieve omkoper als de passieve omgekochte als daders kunnen worden aangewezen en financieel voordeel hebben bij hun handelen jegens elkaar. Het delictsbestanddeel in artikel 316 lid 1 en 2 Sr 'tegen wie het misdrijf is gepleegd' is zodoende in het kader van niet-ambtelijke omkoping geen juiste grondslag omdat de actieve omkoper de omkoping samen pleegt met de passieve omgekochte, en niet jegens hem. Het is dan ook opmerkelijk dat de wetgever dit slachtofferloos delict heeft opgenomen in artikel 316 Sr. Dit heeft strafvorderlijke consequenties, omdat het zou kunnen zijn dat een ex-vrouw nog steeds gevoelig kan zijn voor de omkopingscharmes van haar ex-man en dat daarbij de ex-vrouw uiteraard geen klacht wegens financiële en persoonlijke redenen tegen hem zal indienen. Het kan ook voorkomen dat een onder huwelijkse voorwaarden getrouwde vrouw verantwoordelijk is voor de keuze van een merk speelautomaten in een gerenommeerd Nederlands casino en wordt omgekocht door haar man, die directeur-groootaandeelhouder is in een onderneming die deze speelautomaten levert. Zowel de vrouw als de man kunnen daar financieel beter van worden. Een vervolgingsuitsluitingsgrond voor beide personen zou in strafrechtelijke zin niet te rechtvaardigen zijn. Het is daarom verstandig om artikel 316 Sr - via artikel 338 Sr - niet van overeenkomstige toepassing te verklaren op artikel 328ter Sr.

3.14 WET 'VERRUIMING MOGELIJKHEDEN BESTRIJDING FINANCIËEL-ECONOMISCHE CRIMINALITEIT'

3.14.1 Algemeen

Financieel-economische fraude verdient volgens voormalig minister van Veiligheid en Justitie Ivo Opstelten extra aandacht. Op 15 mei 2012 legde de minister een conceptwetsvoorstel getiteld Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit ter advies voor aan verschillende instanties, waarna dit wetsvoorstel op 1 juli 2014 door de Tweede Kamer is aangenomen.⁸⁷⁰ Volgens Opstelten zorgde de combinatie van hoge winsten en verhoudingsgewijs lage straffen ervoor dat het plegen van financieel-economische fraude aantrekkelijk was. Het kabinet wilde hier een einde aan maken en probeerde met dit wetsvoorstel een aanscherping van de strafposities bij financieel-economische criminaliteit alsmede een verruiming van de mogelijkheden voor opsporing en vervolging van dit soort feiten te realiseren.⁸⁷¹ Tegelijkertijd werd met dit wetsvoorstel een aantal op de bestrijding van financieel-economische criminaliteit toegesneden strafbaarstellingen verruimd en

870 Raad van korpschefs, het Platform bijzondere opsporingsdiensten, Openbaar Ministerie (OM), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Raad voor de rechtspraak (Rvdv), de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB).

871 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 1 (MvT).

geactualiseerd.⁸⁷² In deze paragraaf worden de juridische aanleidingen en doelstellingen van het wetsvoorstel van de wetgever behandeld, alsmede de wijzigingen in het kader van niet-ambtelijke omkoping. Ook wordt aandacht besteed aan de reacties en visies van diverse organisaties/personen uit het juridisch veld op deze wijzigingen.

3.14.2 Juridische aanleidingen

In de memorie van toelichting van de wet die per 1 januari 2015 is ingevoerd, wordt eerst een actuele beschouwing gegeven van het artikel 328ter Sr, waarbij wordt gesteld dat de strafbaarheid van artikel 328ter Sr afhankelijk is van het verzwijgen van de voordelen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever.⁸⁷³ De werknemer kan de strafbaarheid ontlopen als deze de voordelen mededeelt aan de werkgever. Het doel openheid en transparantie binnen ondernemingen te bevorderen, ligt volgens de minister besloten in dit artikel. Eveneens wordt ingegaan op het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw', dat volgens de memorie van toelichting als doel heeft de meldingsplicht met betrekking tot het vragen of aannemen van onbeduidende of kleine gebruikelijke fooien en relatiegeschenken uit te sluiten.⁸⁷⁴ Het wetsvoorstel gaat vervolgens in op de internationale verplichtingen inzake de strafbaarstelling van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping. Het RvE-Corruptieverdrag⁸⁷⁵, het EU-kaderbesluit⁸⁷⁶ en het VN-verdrag⁸⁷⁷ koppelen actieve en passieve omkoping in de particuliere sector aan het criterium handelen in strijd met een plicht.⁸⁷⁸

Het derde GRECO-evaluatierapport⁸⁷⁹ maakt ten aanzien van de implementatie van het RvE-Corruptieverdrag kritische kanttekeningen bij het gebruik van het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw', aangezien dit bestanddeel te vaag is om het doel te bereiken. Daarbij zet het rapport vraagtekens bij het gebruik van dit bestanddeel, omdat deze formulering sterk afwijkt van de formuleringen die gebruikt worden in de Nederlandse actieve en passieve ambtelijke omkopingsbepalingen. Ook de Europese Commissie stelt in een rapport van 6 juni 2011⁸⁸⁰ dat deze Nederlandse beperking van strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping niet in lijn is met het EU-kaderbesluit. Het plichtsverzuim omvat immers *“ten minste deloyaal*

872 Ibid, p. 2.

873 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 1 (MvT), p. 1.

874 Idem.

875 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

876 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

877 Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, New York 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244.

878 Zie verder bijlage 3, 4 en 5.

879 Greco Eval III Rep (2007) 8E, *Third Evaluation Round*, Strasbourg 13 juni 2008, p. 13.

880 Report from the Commission to the Council and to the European Parliament based on article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Brussels 6 June 2011, SEC(2011) 663.

gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector". Het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw', dat volgens de internationale evaluaties de strafbaarheid van artikel 328ter Sr beperkt, is derhalve in strijd met de eisen van het EU-kaderbesluit. Op basis van deze internationale verplichtingen bestond een juridische aanleiding om artikel 328ter lid 1 en lid 2 Sr te wijzigen. Zie over de internationale evaluaties van Nederland ten aanzien van artikel 328ter Sr verder hoofdstuk 4.

3.14.3 Wetswijziging

De minister was door deze juridische aanleidingen van oordeel dat er reden is om de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping aan te passen.⁸⁸¹ In de plaats komt een nieuw artikel 328ter Sr waar de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping gestalte krijgt door het handelen 'in strijd met zijn plicht' als kernbestanddeel op te nemen. In het derde lid wordt verduidelijkt dat onder handelen in strijd met zijn plicht in ieder geval ook het verzwijgen in strijd met de goede trouw van een gift, belofte of dienst wordt begrepen.⁸⁸² De minister noemde naast de noodzaak van het nakomen van internationale verplichtingen het belang van de ontwrichtende werking van omkoping in de particuliere sector als reden voor de invoering van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. De omvangrijke strafzaken rondom de Bouw- en Vastgoedfraude hebben laten zien dat overheden en aandeelhouders ook de dupe kunnen worden van niet-ambtelijke omkoping en dat niet alleen de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever onder de omkoping lijdt. De minister merkte op dat passende mogelijkheden tot strafrechtelijk optreden bijdragen aan een eerlijke manier van zakendoen en dat het vertrouwen van consumenten en bedrijven in een integere dienstverlening wordt ondersteund.⁸⁸³ Het strafmaximum voor actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping werd naar aanleiding van deze beweegredenen verhoogd naar vier jaar.⁸⁸⁴ Ook is in de nieuwe wet de ongelijktijdigheidsproblematiek ondervangen. Voor een uitvoerige analyse daarvan wordt teruggewezen naar paragraaf 3.3.7. Daarbij stelt de minister in het kader van de sanctionering van ondernemingen voor de in artikel 23 lid 7 Sr genoemde straf te wijzigen in een geldboete van ten hoogste 10% van de omzet⁸⁸⁵ van de onderneming. Op deze wijze kunnen corrupte ondernemingen effectief en passend worden bestraft. Het nieuwe artikel 328ter Sr kwam te luiden:

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

882 *Idem.*

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

884 Indien wordt gehandeld in strijd met de plicht.

885 De omzet in het jaar voorafgaande aan het tijdstip van de veroordelende uitspraak of uitvaardigen van de strafbeschikking.

“1. Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, in strijd met zijn plicht een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt⁸⁸⁶, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2. Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze handelt in strijd met zijn plicht.

3. Onder handelen in strijd met zijn plicht als bedoeld in de voorgaande leden wordt in elk geval begrepen het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst.”

Het nieuw voorgestelde artikel 328ter lid 1 Sr bevatte echter een fout van de wetgever, aangezien het handelen of nalaten te handelen in strijd met zijn plicht dient te zijn en niet het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst. De VVD-fractie had via parlementaire wegen weten te bereiken dat deze fout werd gecorrigeerd door middel van een nota van wijziging van de Minister van Veiligheid en Justitie⁸⁸⁷. Het betrof volgens de minister een technische verbetering van de delictsomschrijving opgenomen in artikel 328ter, eerste lid, Wetboek van Strafrecht, waarin abusievelijk de zinsnede met betrekking tot het handelen in strijd met zijn plicht op een verkeerde plaats was opgenomen.⁸⁸⁸ Het nieuwe artikel 328ter Sr met inbegrip van de nota van wijziging luidde als volgt:

“1. Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in strijd met zijn plicht in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2. Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of

886 Een fout van de wetgever: het is het handelen of nalaten te handelen dat in strijd met de plicht dient te zijn. Deze fout zal worden gecorrigeerd door een nota van wijziging.

887 *Kamerstukken II 2012/13, 33 685, nr. 10, p. 1.*

888 *Kamerstukken II 2012/13, 33 685, nr. 10, p. 2.*

nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze handelt⁸⁸⁹ in strijd met zijn plicht.

3. *Onder handelen in strijd met zijn plicht als bedoeld in de voorgaande leden wordt in elk geval begrepen het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst*
4. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber, indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid omschreven alsmede hij die dit feit begaat na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*
5. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die een feit als in het tweede lid omschreven begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een dienstbetrekking of het optreden als lasthebber, indien deze dienstbetrekking of dit optreden als lasthebber is gevolgd alsmede hij die dit feit begaat jegens een persoon na diens dienstbetrekking of optreden als lasthebber.”*

3.14.4 Adviezen en reacties

3.14.4.1 Strafverhoging

De Raad van Korpschefs bracht een positief advies uit ten aanzien van het wetsvoorstel ‘Verruiming bestrijding financieel-economische criminaliteit’ omdat dit wetsvoorstel volgens de korpschefs een effectievere opsporing en vervolging van financieel-economische criminaliteit mogelijk maakte. Deze Raad sprak daarbij de verwachting uit dat de inspanningen in het kader van het wetsvoorstel zouden leiden tot meer en hogere boetes.⁸⁹⁰ Het Openbaar Ministerie merkte, naast het belang van het functioneren van de economie, op dat netwerken die zich nu bezighouden met het plegen van min of meer klassieke delicten, zoals drugsmokkel of mensenhandel, profiteren van financieel-economische criminaliteit, waardoor deze (georganiseerde) criminaliteit eveneens door dit wetsvoorstel kan worden aangepakt.⁸⁹¹ De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Raad voor de rechtspraak hadden echter vooral kritiek op de veronderstelling dat hogere maximumstraffen een meer afschrikkend effect kunnen hebben, waardoor de samenleving veiliger zou worden.⁸⁹²

889 Ik ben van mening dat hier had moeten te staan: ‘handelt of zal handelen’. Op deze wijze komt de bepaling overeen met het ‘zal doen of nalaten’.

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

891 H.J. Bolhaar, Openbaar Ministerie College van Procureurs-Generaal, Advies conceptwetsvoorstel mogelijkheden verruiming bestrijding financieel-economische criminaliteit, PaG/B&S/23 augustus 2012.

892 J. Silvis, NVvR, voorzitter, Conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, 29 juni 2012.

De Raad was niet overtuigd van de afschrikwekkende werking van het verhogen van het strafmaximum en acht het belang van de pakkans in dit verband meer van belang. Daarbij stelden de Raad en de Afdeling advisering van de Raad van State vast dat de voorgestelde wijziging in de memorie van toelichting⁸⁹³ wordt beargumenteerd met de stelling dat de combinatie van hoge winsten en lage strafbedreiging het plegen van deze delicten aantrekkelijk maakt. De Raad en de Afdeling waren van mening dat de onderbouwing van deze stellingname in de Memorie van Toelichting ontbreekt. Voor een goed begrip van het wetsvoorstel is zo'n onderbouwing wel nodig, zeker gezien het ingrijpende karakter van sommige voorstellen, aldus de Raad.⁸⁹⁴ De Afdeling haalde daarbij aan dat onderzoeken naar de effectiviteit van strafverhogingen, rechtsvergelijkende onderzoeken naar strafmaxima in andere landen en andere Nederlandse strafdelicten, en onderzoeken naar strafopleggingen ten aanzien van niet-ambtelijke omkoping niet zijn aangehaald.⁸⁹⁵ Evenmin wordt verwezen naar rechterlijke uitspraken waarin de maximale wettelijke gevangenisstraf is toegepast.⁸⁹⁶

De voorgestelde strafverhoging naar vier jaar gevangenisstraf is volgens de Afdeling eveneens onvoldoende gemotiveerd, zeker nu blijkt dat bij de wet van 26 november 2009, *Stb.* 2009, 525 de maximale gevangenisstraf van niet-ambtelijke omkoping onder invloed van het derde GRECO-evaluatierapport al is verhoogd van één jaar naar twee jaar. Evenals de Raad voor de rechtspraak en de Afdeling advisering van de Raad van State was de Adviescommissie Strafrecht kritisch op de voorgestelde strafverhogingen. De Afdeling stelde voor om meer belang te zien in het vergroten van de pakkans. De Adviescommissie zag in de voorgestelde strafverzwaringen slechts symboolpolitiek, waarbij ten onrechte de suggestie werd gewekt dat de criminaliteit daardoor beter kon worden aangepakt.⁸⁹⁷ Ook blijkt de rechter nimmer de maximale gevangenisstraf bij het delict niet-ambtelijke omkoping op te leggen, waaruit mag worden afgeleid dat de rechter in staat is steeds een straf op te leggen die recht doet aan de ernst van het gepleegde feit en de concrete omstandigheden van het geval. Rosing constateerde eveneens dat de huidige maximale gevangenisstraf voor fraudedelicten nog nooit is geëist en opgelegd, waardoor strafmaximumverhogingen geen effect hebben.⁸⁹⁸ Ook uitte Rosing kritiek op de strafmaximumverhoging voor onder andere niet-ambtelijke omkoping van twee jaar naar vier jaar teneinde opsporingsbevoegdheden uit te breiden: voorlopige hechtenis wordt mogelijk, evenals aanhouding buiten heterdaad.

893 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 1.

894 Raad voor de Rechtspraak, Advies conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, p. 3.

895 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 4, p. 2. (advies RvS).

896 *Idem.*

897 *Idem.*

898 Rosing (2012), p. 319. Wat daar ook van zij, belangrijker is te constateren dat de huidige maximale gevangenisstraf of geldboete naar aanleiding van de relevante omstandigheden in een concrete zaak in praktijk vrijwel nooit wordt geëist en/of opgelegd.

In de praktijk blijkt echter dat er omtrent de opsporing en vervolging van omkoping geen knelpunten in strafvorderlijke zin zijn, aangezien dit delict vaak gepaard gaat met verdenkingen van feiten zoals valsheid in geschrifte en oplichting, waar verdergaande opsporingsbevoegdheden voor kunnen worden toegepast. Bovendien uitte Rosing kritiek op de verwachte repressieve en preventieve werking van de strafverhogingen.⁸⁹⁹ Uit onderzoek is gebleken dat de preventieve werking van strafverhogingen minimaal is.⁹⁰⁰

3.14.4.2 Vormgeving

De Afdeling advisering van de Raad van State stelde - evenals Sikkema en Roomen⁹⁰¹ - vast dat de huidige strafbepaling niet voldoet aan de Europese verplichtingen voortvloeiend uit het EU-kaderbesluit.⁹⁰² Ook wees de Afdeling erop dat deze internationale verplichtingen spreken over het 'verzuimen van een plicht'.⁹⁰³ Het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' moet ook volgens Sikkema en Roomen terzijde worden geschoven, aangezien deze beperking van strafbaarheid niet in lijn is met het EU-kaderbesluit⁹⁰⁴ en het RvE-Corruptieverdrag⁹⁰⁵. Het huidige te beschermen rechtsbelang, 'de zuiverheid van de dienstbetrekking', wordt op deze wijze verruimd naar het algemeen belang.⁹⁰⁶

Evenzeer had de Afdeling kritiek op het nieuwe bestanddeel 'in strijd met zijn plicht', omdat dit bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' voor de praktijk onvoldoende houvast biedt.⁹⁰⁷ De Afdeling adviseerde in de Memorie van Toelichting concrete voorbeelden op te nemen waaruit blijkt wanneer er sprake is van handelen in strijd met de plicht. Ten aanzien van de ambtelijke omkopingsbepalingen wordt door Sikkema betoogd, en dit punt is later door de wetgever overgenomen, dat het onderscheid tussen handelen 'in strijd met zijn plicht' en het handelen 'zonder in strijd met zijn plicht' te laten vervallen. Het onderscheid tussen deze

899 M.E. Rosing, 'Witteboordencriminelen harder aanpakken? Over nut en noodzaak van het conceptwetsvoorstel 'verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit', *Strafblad* 2012, p. 319.

900 Zie bijvoorbeeld prof. dr. H. Elffers, 'Afschrikken en het aanleren van normen. De theorie van Kelman toegepast op het strafrecht', *Justitiële Verkenningen* 2008. (Elffers concludeert dat afschrikking een bescheiden rol speelt bij de bestrijding van criminaliteit en dat het verzwaren van straffen geen bijdrage levert aan het reduceren van criminaliteit).

901 Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

902 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

903 Report from the Commission to the Council and to the European Parliament based on article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Brussels 6 June 2011, SEC(2011) 663, p. 24.

904 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

905 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

906 Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

907 Idem.

bestanddelen is immers niet meer scherp te maken. Sikkema, Roomen en Rosing vinden de introductie van het discutabele bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in artikel 328ter Sr, een opmerkelijke stap, aangezien het bestanddeel '(zonder) in strijd met zijn plicht' juist niet meer in de ambtelijke omkopingsbepalingen wordt opgenomen. Deze inconsequentie van de wetgever wordt volgens Rosing kwalijker omdat uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel niet blijkt wanneer van een dergelijk handelen 'in strijd met zijn plicht' sprake is. Sikkema en Roomen stellen terecht de vraag of het dan bij niet-ambtenaren wel gemakkelijk is om een onderscheid te maken tussen handelen in strijd met de plicht.⁹⁰⁸

De (verdere) invulling van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' laat de wetgever volgens de Memorie van Toelichting over aan het bedrijfsleven.⁹⁰⁹ Volgens de wetgever hebben de belangrijkste onderdelen van het bedrijfsleven reeds door middel van het opstellen van gedrags- en ethische codes laten zien dat ze deze taak serieus nemen.⁹¹⁰ De wetgever verwijst naar gedrags- en ethische codes van het bedrijfsleven om aan het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' invulling te geven. Roomen en Sikkema vinden dat het voorgestelde bestanddeel niet minder vaag of wollig is dan het oude bestanddeel, maar denken dat de rechter bij de invulling van het voorgestelde bestanddeel onder andere gebruik kan maken van de huidige jurisprudentie inzake de invulling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'.⁹¹¹ Dit laatste is zeker het geval nu in het derde lid van het voorgestelde artikel 328ter Sr wordt aangegeven dat onder het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' ook het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' wordt begrepen. Deze invulling kan volgens Roomen en Sikkema naar aanleiding van de uiteenzetting van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in het EU-kaderbesluit niet anders worden. Bovendien erkent de Europese Commissie zelf ook dat het geïntroduceerde criterium kennelijk onduidelijkheid schept en dat de zinsnede "*perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties*" behoort tot de meest problematische elementen van de strafbaarstellingsverplichting.⁹¹²

Roomen en Sikkema stellen terecht de vraag of een ander bestanddeel kan worden ingevoerd dat wel voldoet aan het *lex certa*-beginsel. In een rechtsvergelijkend onderzoek van de Commissie Mulder⁹¹³ kwam al naar voren dat landen als het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Zwitserland hun grondslag voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping baseren op de zuiverheid van de dienstbetrekking. Het 'verzwijgen jegens de werkgever'

908 Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

909 Zie bron: http://www.eerstekamer.nl/behandeling/20130628/memorie_van_toelichting_5/info.

910 Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

911 Idem.

912 Report from the Commission to the Council and to the European Parliament based on article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Brussels 6 June 2011, SEC(2011) 663, p. 5.

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

was in deze landen als kernbestanddeel opgenomen. Daartegenover stonden landen als Duitsland, Oostenrijk en Zweden, waar in de strafbepalingen het beschermen van de concurrentieverhoudingen centraal stond.⁹¹⁴ Deze verschillende uitgangspunten werden in de verdragen en kaderbesluiten over corruptie opgenomen.⁹¹⁵ In het EU-kaderbesluit kan op grond van artikel 2 lid 3 de lidstaten de strafbaarheid beperken tot gedragingen die de concurrentie in verband met de aankoop van goederen of commerciële diensten vervalsen of zouden kunnen vervalsen. Duitsland, Oostenrijk, Italië en Polen hebben van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Sikkema en Roomen vinden het opvallend dat in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit geen ander criterium is overwogen. Het had de wetgever gesierd als deze meer aandacht had besteed aan het criterium concurrentievervalsing.

Deze auteurs vinden dat het onduidelijk is waarom de wetgever in artikel 328ter lid 3 wel een extra zinsnede aan de trouweloosheid van een werknemer heeft toegevoegd, maar niet aan de oneerlijke mededinging.⁹¹⁶ Roomen en Sikkema pleiten dan ook voor een minder ondergeschikte betekenis van het te beschermen rechtsbelang 'concurrentieverhoudingen' in het voorgestelde artikel 328ter Sr. Dit rechtsbelang kan volgens hen zijn weerklink vinden in artikel 328ter Sr of in de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel. De auteurs zijn van mening dat er pas sprake is van concurrentievervalsing of oneerlijke mededinging indien de omkoper als gevolg van de betaalde steekpenningen een voorkeursbehandeling krijgt. De onzakelijke motieven voor een bepaalde transactie tussen omkoper en omgekochte moeten bij de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping mede centraal staan.

De auteurs pleiten voor een invoering van een helder criterium voor de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping, maar erkennen de noodzaak van het respecteren van internationale verplichtingen. Deze verplichtingen gaan immers uit van het opnemen van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. De auteurs bevelen naar aanleiding van het onduidelijke en vage criterium 'in strijd met zijn plicht' aan in artikel 328ter Sr een vierde lid op te nemen dat onder het handelen in strijd met zijn plicht in elk geval óók het geven van een voorkeursbehandeling dan wel het benadelen van de eerlijke concurrentie laat vallen.⁹¹⁷

De invulling van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' laat de wetgever over aan de rechter en het bedrijfsleven, in het vertrouwen dat wordt gehandeld in overeenstemming met de heersende normen inzake verantwoord ondernemen en eerlijke concurrentie-

914 *Kamerstukken II* 1965/66, 8437, nr. 4, p. 12-15.

915 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509-(R1671), nr. 3 en Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

916 Roomen en Sikkema (2012), p. 5.

917 *Ibid.*, p. 6.

verhoudingen.⁹¹⁸ Tal van ondernemingen en bedrijfstakken hebben overigens door het opstellen van gedrags- en ethische codes laten zien dat deze taak serieus wordt genomen.⁹¹⁹

3.15 CONCLUSIE VAN HOOFDSTUK 3

In dit hoofdstuk is getracht alle bestanddelen van artikel 328ter uitvoerig te behandelen. In paragraaf 3.3.7 is geconstateerd dat giften, beloften of diensten verkregen voorafgaand aan of na afloop van de dienstbetrekking niet onder de strafbaarstelling van artikel 328ter Sr vielen. Volgens Tonino is ongelijktijdigheid in artikel 328ter Sr een nog niet opgelost probleem, aangezien de woorden ‘zijnde in dienstbetrekking’⁹²⁰ op deze gelijktijdigheid wijzen.⁹²¹ Daarbij uitte het College van procureurs-generaal in 1998 al zijn zorgen over de beperkte strekking van artikel 328ter Sr.⁹²² Deze opmerkelijke exceptie van de wetgever werd versterkt doordat beloften gegeven in de dienstbetrekking waaruit kan worden afgeleid dat giften in de toekomst na de dienstbetrekking worden verleend, wel onder de strafbepaling van artikel 328ter Sr vallen en giften die daadwerkelijk na de dienstbetrekking zijn verleend, zoals hiervoor weergegeven, niet. Deze ongelijktijdigheidsproblematiek dient - net als bij de actieve en passieve ambtelijke omkopingsbepalingen - te worden ondervangen in de niet-ambtelijke omkopingsbepaling 328ter Sr.

Dit kan door ook het aannemen of verlenen van giften, diensten of beloften voorafgaande en na afloop van de dienstbetrekking strafbaar te stellen. In de aanbeveling wordt dan ook voorgesteld deze problematiek te ondervangen door het opnemen van de zinsnede ‘voorafgaand, indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber’ in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr. Het is goed om te zien dat de ongelijktijdigheidsproblematiek op verzoek van de VVD-fractie door de Tweede Kamer is verholpen.⁹²³

Een van de andere constatering is het verschil in aanvang van de verjaringstermijnen tussen de actieve en passieve niet-ambtelijke omkopingsvarianten. Dit verschil in aanvang van de verjaringstermijn tussen actieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na het verlenen van de gift, dienst of belofte - en passieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na in elk geval het moment waarop de dader niet langer in gebreke was, zijnde de dag waarop de

918 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 5.

919 Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

920 Of zijnde (optredend) als lasthebber.

921 Tonino (2009), p. 27.

922 *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 469, nr. 3 (MvT) en het College van procureurs-generaal, Advies herziening corruptiewetgeving, Den Haag, 15 september 1998.

923 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 685, nr. 15.

dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgevonden werd beëindigd - is juridisch inconsequent en niet rechtvaardig, en moet ongedaan worden gemaakt. De wetgever had er aldus verstandig aan gedaan artikel 328ter lid 1 en 2 Sr op te nemen in artikel 71 sub 1 Sr, zodat de verjaringstermijn voor beide delicten aanvangt op de dag na die waarop het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten.

GRECO beveelt aan de eis van de dubbele strafbaarheid te laten vervallen, aangezien het mogelijk is dat de strafbare gedraging 'actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping' in het buitenland onder een geheel ander delict valt. Ook is wegens de in sommige landen bestaande handelsgebruiken ten aanzien van het doen van giften de gedraging niet-ambtelijke omkoping in het geheel niet strafbaar, waardoor ter plaatse evenmin vervolgd kan worden. Ook Amerikaanse (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA⁹²⁴) en Britse (Bribery Act 2010⁹²⁵) anti-corruptiewetgeving die van toepassing is op bedrijven, veelal Nederlandse multinationals, die handel drijven met deze landen, heeft 'universal jurisdiction' en kent zodoende niet langer de vereiste van de dubbele strafbaarheid.⁹²⁶ Artikel 328ter Sr zou moeten worden opgenomen in het nieuwe artikel 7 lid 2 sub a Sr, zodat de eis van de dubbele strafbaarheid vervalt. Op deze wijze kunnen Nederlanders en Nederlandse ondernemingen die zich (stelselmatig) in het buitenland aan deze feiten schuldig maken, effectief worden vervolgd en bestraft. Ook cherry-picking wordt voorkomen.

De keuze voor het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in artikel 328ter Sr is destijds door de Commissie Mulder gebaseerd op het proefschrift van Salomonson, waarin staat dat de ondeugdelijke bedoeling onder meer *kan* worden afgeleid uit de omstandigheid dat de steekpenningen buiten voorkennis en toestemming van de principaal zijn gegeven en aangenomen. De Commissie Mulder ging voorbij aan het woord 'kan', waardoor de commissie op een verkeerde grondslag heeft voorgesteld tot het opnemen van alleen het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. Het gevolg was dat andere mogelijkheden tot ondeugdelijke bedoelingen onterecht werden uitgesloten van strafbaarheid. Terecht zette de vaste Commissie van Justitie later kanttekeningen bij dit bestanddeel, aangezien schade aan de oneerlijke concurrentie niet wordt bestreden als de werknemer openheid geeft aan de werkgever en/of de werkgever het feit stilhoudt wegens de kans zijn goede naam te verliezen. Ook laat de wetgever de interpretatie van dit complexe bestanddeel over aan de werknemer. Het is echter de vraag

924 As amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq, zie bron: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/statutes/regulations.html>.

925 Zie bron: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

926 Zie bron: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-dutch.pdf>.

of de werknemer daar wel geschikt voor is. Daarenboven is het bevreemdend dat hetzelfde bestanddeel is opgenomen in de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping, terwijl de actieve omkoper met de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever niets van doen heeft. Bovendien is het bestanddeel vaag, waardoor het niet duidelijk is wat de grens tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag is. Het bestanddeel staat zodoende op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.

Naar aanleiding van deze overwegingen en de overwegingen genoemd in dit hoofdstuk kan worden geconcludeerd dat de keuze voor (alleen) het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' geen gelukkige is geweest. De wetgever heeft daarom onder invloed van de internationale verplichtingen voorgesteld het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' te vervangen door het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' teneinde strafbaar gedrag af te bakenen. Diverse auteurs vinden dit een opmerkelijke stap omdat het bestanddeel '(zonder) in strijd met zijn plicht' in de ambtelijke omkopingsbepalingen juist vanwege zijn arbitraire karakter niet meer wordt opgenomen. De invulling van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' laat de wetgever over aan het bedrijfsleven, in het vertrouwen dat gehandeld wordt in overeenstemming met de heersende normen inzake verantwoord ondernemen en eerlijke concurrentieverhoudingen.⁹²⁷ Tal van ondernemingen en bedrijfstakken hebben overigens door het opstellen van gedrags- en ethische codes laten zien dat deze taak serieus wordt genomen.⁹²⁸

927 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 5.

928 Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

Hoofdstuk 4

**Internationale monitoring van
het Nederlandse niet-ambtelijke
omkopingsartikel en enkele buitenlandse
niet-ambtelijke omkopingsartikelen**

4.1 INLEIDING

Het verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (hierna: RvE-Corruptieverdrag)⁹²⁹ is het eerste verdrag waarin een aanzet is gegeven voor een bepaling van actieve en passieve private omkoping. Ook het Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector (hierna: EU-kaderbesluit)⁹³⁰ en het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie (hierna VN-Corruptieverdrag)⁹³¹ geven aan hoe niet-ambtelijke omkoping in de particuliere sector dient te worden ingevuld.

In de paragrafen 4.2 en 4.3 worden de internationale monitoring ten aanzien van de juridische invulling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving en voor enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsartikelen behandeld. Het doel van deze paragrafen is om aan de hand van de commentaren van GRECO⁹³² en de Europese Commissie tot aanbevelingen te komen voor de Nederlandse strafwetgeving. Het is van belang hoofdstuk 4 aansluitend op hoofdstuk 3 te behandelen, aangezien inhoudelijke kennis van artikel 328ter Sr noodzakelijk is voor een goed begrip van de evaluaties en de aanbevelingen van de internationale gouvernementele organisaties met betrekking tot het Nederlandse artikel 328ter Sr. Dit geldt eveneens voor de behandeling van enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsartikelen en hun monitoring. Ook hierbij is een inhoudelijke achtergrond en kennis van artikel 328ter Sr onontbeerlijk. In paragraaf 4.3 worden enkele strafbaarstellingen van niet-ambtelijke omkoping in hoofdzakelijk⁹³³ Europese⁹³⁴ landen geëvalueerd. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van de 'derde ronde' evaluaties⁹³⁵ van GRECO ten aanzien van de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag⁹³⁶ en de evaluaties⁹³⁷ van de Europese Commissie in verband met de artikelen 1 en 2 EU-kaderbesluit⁹³⁸.

929 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

930 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

931 Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, New York 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244.

932 Group d'Etats contre la corruption oftewel Groep van Staten tegen corruptie.

933 De Federale Republiek Rusland is als enige land niet gelegen op het Europees continent, maar is als land wel lid van de Raad van Europa. Dit land wordt derhalve eveneens door GRECO gemonitord.

934 Dit zijn landen die op het Europees continent zijn gelegen.

935 Zie website GRECO, zie bron: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/ReportsRound3_en.asp.

936 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

937 Zie ook COM(2007)328 def en COM(2011)309 def.

938 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003, L /192.

De keuze voor de te vergelijken landen is gevallen op Duitsland, België, Frankrijk, Denemarken, Moldavië en Rusland. Het is relevant en interessant om Duitsland, België en Frankrijk te bespreken, omdat deze landen qua afstand het dichtst bij Nederland liggen en omdat Nederland in de geschiedenis onderhevig is geweest aan Duitse en Franse⁹³⁹ invloeden. De keuze voor de overige landen is gemaakt aan de hand van de *Corruption Perception Index*⁹⁴⁰ van de internationale anti-corruptie-denktank Transparency International.⁹⁴¹ Deze index meet de corruptieperceptie ten aanzien van publieke omkoping. Het onderzoek is dus gericht op publieke omkoping, maar bij gebrek aan onderzoek naar private omkoping wordt dit onderzoek toch als leidraad gebruikt voor de keuze van de overige te onderzoeken landen. Het niveau van de corruptie in de publieke sector is mijns inziens een belangrijke graadmeter voor de corruptie in de particuliere sector.

De keuze voor Denemarken is te rechtvaardigen omdat dit land vanaf 1995⁹⁴² tot de top vijf van de *Corruption Perception Index* behoort.⁹⁴³ In 2008, 2010, 2012 en 2013 behaalde Denemarken zelfs de eerste plaats van de 177 landen die wereldwijd meededen aan dit onderzoek.⁹⁴⁴ Verder is het interessant om Moldavië te behandelen, omdat dit land als een na laatste (nog voor Rusland) van 102 Europese landen stond genoteerd op de *Corruption Perception Index 2013*.⁹⁴⁵ Ook in de *Corruption Perception Index* stond Moldavië laag genoteerd.⁹⁴⁶ In de *Corruption Perception Index 2013*⁹⁴⁷ bezette Rusland de 127^{ste} plaats

939 In de periode 1795-1813 (Bataafse-Franse tijd) was Nederland onderdeel van de Franse Republiek. In deze periode is in het jaar 1798 een nieuwe grondwet in Nederland ingevoerd, die gebaseerd was op de uitgangspunten van vrijheid, gelijkheid en broederschap. Dat heeft gezorgd dat veel Franse invloed in onze wetgeving is te herkennen.

940 The Corruption Perceptions Index ranks countries/territories based on how corrupt a country's public sector is perceived to be. It is a composite index, drawing on corruption-related data from expert and business surveys carried out by a variety of independent and reputable institutions. Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>.

941 Een internationale organisatie die zich bezighoudt met de bestrijding van corruptie wereldwijd: *'global movement sharing one vision: a world in which government, business, civil society and the daily lives of people are free of corruption'*.

942 Zie website Transparency International, zie bron: http://archive.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi.

943 The Corruption Perceptions Index ranks countries/territories based on how corrupt a country's public sector is perceived to be. It is a composite index, drawing on corruption-related data from expert and business surveys carried out by a variety of independent and reputable institutions. Het onderzoek is derhalve gericht op publieke omkoping, maar wegens gebrek aan onderzoek naar private omkoping wordt dit onderzoek onder andere als leidraad gebruikt voor de keuze van de te onderzoeken landen. Het corruptielevel in de publieke sector is mijns inziens een belangrijke graadmeter voor de corruptie in de particuliere sector. Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>.

944 Zie website Transparency International, zie bron: <http://www.transparency.org/research/cpi/>.

945 Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>.

946 Zie website Transparency International, zie bron: http://archive.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi.

947 Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>.

van de 177 deelnemende landen. Van alle landen die lid zijn van de Raad van Europa stond Rusland het laagst. Ook in eerdere edities van *Corruption Perception Index* stond Rusland van alle landen die lid zijn van de Raad van Europa het laagst.⁹⁴⁸ Bovendien stond Rusland onderaan (plaats 28) in de *Bribe Payers Index 2011*.⁹⁴⁹ Daarenboven is Rusland interessant om te onderzoeken omdat het voor het grootste deel niet op het Europese Continent ligt, waardoor een onderzoek naar de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in Rusland kan bijdragen aan een bredere, globale visie op dit onderwerp.

Beseft dient te worden dat uit de hoogte of de laagte van het desbetreffende land op de ranking van de *Corruption Perception Index 2013* - naast het feit dat deze index gericht is op publieke omkoping - niet mag worden afgeleid dat de niet-ambtelijke omkopingsbepaling verantwoordelijk is voor een bepaalde plaats op de ranking van deze index. Er zijn immers vele factoren, onder andere opsporings- en vervolgingscapaciteiten, culturele omgangsvormen en de algehele economische staat van een land, die de positie op een index bepalen. De geselecteerde landen zijn gekozen om een gevarieerd beeld te verkrijgen van de toepasselijke niet-ambtelijke omkopingsbepalingen en niet om de behandelde internationale niet-ambtelijke omkopingsbepalingen te koppelen aan de ranking op deze index. Het doel is om aan de hand van de formuleringen van deze buitenlandse strafbepalingen en de commentaren van GRECO en de Europese Commissie daarop tot aanbevelingen te komen voor het delict 328ter Sr. Overigens wordt volstaan met een beschrijvende analyse van de desbetreffende strafbepalingen, aangezien het in dit verband onmogelijk is om voor alle landen diepgravend literatuur- en jurisprudentieel onderzoek te verrichten naar de toepassing van deze artikelen in de praktijk. Bij deze internationale vergelijking is zoveel mogelijk gebruikgemaakt van de Engelse vertaling, behalve voor België. De originele wetteksten staan in de bijlage.⁹⁵⁰ Zoals aangegeven wordt eerst ingegaan op de evaluaties van GRECO en de Europese Commissie ten aanzien van het Nederlandse artikel 328ter Sr.

948 Zie website Transparency International, zie bron: http://archive.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi.

949 Zie bron: <http://www.transparency.org/country#RUS>. The Bribe Payers Index ranks the world's wealthiest and most economically influential countries according to the likelihood of their firms to bribe abroad.

950 Zie bijlagen 9 t/m 12.

4.2 RELEVANTE RAPPORTAGE OVER NEDERLAND

4.2.1 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie

4.2.1.1 GRECO 'First Round Evaluation'

Op 28 maart 2003, 18 maart 2005 en 21 maart 2007 heeft GRECO respectievelijk een evaluatierapport⁹⁵¹, een compliancerapport⁹⁵² en een bijbehorend addendum⁹⁵³ over het (private) anti-corruptiebeleid van Nederland aangenomen.⁹⁵⁴ GRECO stelt in het evaluatierapport dat Nederland behoort tot de groep van de lidstaten van de Raad van Europa die het minst zijn aangetast door corruptie. De officiële statistieken laten zien dat er in de afgelopen jaren weinig gevallen van corruptie zijn ontdekt. Enkele vertegenwoordigers van de Nederlandse overheid zijn het eens met deze statistieken, die aangeven dat de algemene perceptie in Nederland is dat corruptie geen groot probleem is. De kijk van de burgerlijke samenleving op corruptie in Nederland is echter een stuk minder positief.

GRECO stelt een aantal algemene aanbevelingen voor die kunnen bijdragen aan een effectieve bestrijding van (private) corruptie in Nederland. Ten eerste wordt van de Nederlandse autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de vervolging en bestrafing van corruptie een meer proactieve houding verwacht, zodat corruptie in het voorstadium kan worden bestreden. Ook zijn niet alleen de integriteits- en gedragscodes van belang, maar dient er vooral een cultuuromslag te worden gemaakt: *"integrity shall not only be professed, but also experienced"*.⁹⁵⁵ Ten tweede moet Nederland meer aandacht besteden aan het vergaren van gedetailleerde statistieken en het doen van gericht onderzoek, dit om de omvang van (private) corruptie in Nederland beter te meten. Ten derde moeten volgens GRECO de autoriteiten die belast zijn met de opsporing en vervolging van private corruptie, zoals het Openbaar Ministerie, de Rijksrecherche en de FIOD-ECD, beter samenwerken met de private sector. GRECO noemt als positief voorbeeld het politiekorps Amsterdam-Amstelland, die gekwalificeerd personeel heeft aangenomen teneinde de banden met de private sector aan te halen en te verbeteren. Het bedrijfsleven huurt immers vaak forensische accountants in bij complexe fraudegevallen en doet vaak geen aangifte bij de vervolgings- en opsporingsinstanties. Ten slotte moet er meer aandacht worden besteed aan specifieke opleidingen met betrekking tot private corruptie voor het personeel van

951 Greco Eval I Rep (2003) 1^E, *First Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 28 maart 2003.

952 Greco RC- I (2004) 13^E, *First Evaluation Round, Compliance Report on the Netherlands*, Straatsburg 18 maart 2005.

953 Greco RC- I (2004) 13^E (Addendum), *First Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on the Netherlands*, Straatsburg 21 maart 2007.

954 Group d'Etats contre la corruption oftewel Groep van Staten tegen corruptie.

955 Greco Eval I Rep (2003) 1^E (Final), *First Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 28 maart 2003, p. 23.

het Openbaar Ministerie, de Rijksrecherche en de FIOD-ECD. Ook beveelt GRECO aan meer personeel in te zetten ter bestrijding van deze vorm van corruptie. Het compliancerapport en het bijbehorende addendum bevatten geen specifieke aanbevelingen in verband met het bestrijden van private corruptie, waardoor in de volgende paragraaf kan worden ingegaan op de tweede evaluatieronde van GRECO.

4.2.1.2 GRECO 'Second Round Evaluation'

Op 14 oktober 2005 nam GRECO het tweede evaluatierapport⁹⁵⁶ aan. In dit rapport staan geen specifieke aanbevelingen voor de bestrijding van private corruptie. Volgens het evaluatierapport dienen publieke instanties door de overheid gefaciliteerde gedragsregels op te stellen. Een ander punt is dat de GRECO pleit voor een ontnemingsmaatregel (artikel 36e Sr) en voor het verhogen van het boeteplafond voor actieve ambtelijke omkoping naar de vijfde categorie (artt. 177a en 178 Sr). Deze aanbevelingen zijn door de regering overgenomen. Het compliance rapport⁹⁵⁷ en het bijbehorende addendum⁹⁵⁸ gaan verder in op deze wetsaanpassingen, maar houden geen verband met private corruptie.

4.2.1.3 GRECO 'Third Round Evaluation'

In de periode van 9 juni tot en met 13 juni 2008 is Nederland voor de derde keer door GRECO geëvalueerd. Op 13 juni heeft GRECO het evaluatierapport aangenomen.⁹⁵⁹ Tijdens dit bezoek van de GRECO-commissie is onder andere de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping (artikel 328ter Sr) juridisch geëvalueerd, waarna GRECO op 11 juni 2010 een compliancerapport⁹⁶⁰ heeft vastgesteld.

4.2.1.4 Evaluation Report

In het evaluatierapport⁹⁶¹ constateert GRECO dat het delict niet-ambtelijke omkoping verrassend genoeg afwijkt van de ambtelijke omkopingsbepalingen.⁹⁶² Op deze wijze worden volgens GRECO strafbare gedragingen, die wel onder ambtelijke omkoping kunnen

956 Greco Eval II Rep (2005) 1^E, *Second Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 14 oktober 2005.

957 Greco RC- II (2007) 7^E, *Second Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 19 oktober 2007.

958 Greco RC- II (2007) 7^E(Addendum), *Second Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 8 oktober 2009.

959 Greco Eval III Rep (2007) 8^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 13 juni 2008.

960 Greco RC-III (2010) 5E, *Third Evaluation Round, Compliance Report on the Netherlands, "Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)" and "Transparency of Party Funding"*, Straatsburg 11 juni 2010.

961 Greco Eval III Rep (2007) 8^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 13 juni 2008, p. 24.

962 De artikelen 177a, 178, 362 en 363 Sr.

vallen, door de strafrechtelijke beperking in artikel 328ter Sr uitgezonderd van strafbaarheid. De elementen zoals het 'vragen' en het 'aannemen van een belofte' werden niet opgenomen in artikel 328ter lid 1 Sr.⁹⁶³ Tevens werd het 'aanbieden' van een omkopingsmiddel niet strafbaar gesteld in artikel 328ter lid 2 Sr.⁹⁶⁴ Evenzeer merkt GRECO op dat een 'dienst' niet was opgenomen in de leden 1 en 2 van artikel 328ter Sr.⁹⁶⁵ Verder was GRECO van mening dat de gevangenisstrafmaxima moesten worden verhoogd naar twee jaar om effectief, proportioneel en afschrikwekkend te zijn.⁹⁶⁶ Daarbij is terecht beargumenteerd dat op deze wijze beter wordt aangesloten bij de strafmaxima van verduistering (3 jaar, artikel 321 Sr), verduistering door een ambtenaar gepleegd (6 jaar, artikel 359 Sr), oplichting (4 jaar, artikel 326 Sr)⁹⁶⁷ en ambtelijke omkoping (2 jaar, artikelen 362/177a Sr).

GRECO heeft deze constatering omgezet in aanbevelingen, zodat de Nederlandse strafbepaling beter kan aansluiten bij de strafbaarstelling van ambtelijke omkoping. Deze aanbevelingen zijn reeds in de Nederlandse strafwetgeving ingevoerd.

Door de formulering van de Nederlandse wetgever ten aanzien van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' worden gebruikelijke en legitieme giften en diensten niet onder de strafbaarstelling van artikel 328ter Sr begrepen. GRECO constateerde dat dit bestanddeel onnodig complex en vaag is en daardoor weinig bijdraagt aan het door de wetgever gestelde doel. GRECO stelde dan ook voor artikel 328ter Sr beter te laten aansluiten bij de tekst van de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag.⁹⁶⁸ Deze artikelen gaan immers uit van de formulering "*in breach of their duties*", oftewel het handelen 'in strijd met zijn plicht'. Het GRECO-evaluatierapport merkt op: "*The Dutch authorities indicate that the central element in the criminalisation of private sector bribery is not the breach of duties as such, but the concealment of the gift or promise from the employer contrary to the requirements of good faith.*"⁹⁶⁹ In de verdere analyse stelt GRECO dat "*it was surprised to note how differently this offence was formulated compared to bribery in the public sector*". In de vervolgedenering doelde GRECO mede op het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw': "*In this context, the GET also took note of the number of references made to the complexity and the vagueness of this article, in particular as regards the meaning of the qualification "concealment of*

963 Deze strafrechtelijke beperkingen zijn op dit moment wel aangepast in de huidige Nederlandse strafwetgeving. Zie bijlage 1 voor artikel 328ter Sr.

964 Deze strafrechtelijke beperkingen zijn op dit moment wel aangepast in de huidige Nederlandse wetgeving. Zie bijlage 1 voor artikel 328ter Sr.

965 Idem.

966 Greco Eval III Rep (2007) 8^e, *Third Evaluation Round*, Straatsburg 13 juni 2008, p. 28.

967 Idem.

968 Zie hiervoor, paragraaf 2.2.2.2.1.

969 Greco Eval III Rep (2007) 8^e, *Third Evaluation Round*, Straatsburg 13 juni 2008, p. 13.

*the gift or promise contrary to the requirements of good faith" and, although the GET appreciates that this was formulated in such a way to exclude gifts which would normally be exchanged within the context of legitimate business (and would thus not be contrary to good faith), it would agree with some of its interlocutors that this phrase might be unnecessarily vague.*⁹⁷⁰

De invulling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' is dus ondanks de verdedigbare bedoeling van de Nederlandse wetgever om gebruikelijke en legitieme giften en diensten uit te sluiten van strafbaarheid, onnodig vaag en complex. Een aansluiting bij het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' is volgens GRECO derhalve gewenst.

4.2.1.5 Compliance Report

Op 11 juni 2010 heeft GRECO het derde compliancerapport⁹⁷¹ vastgesteld. In dit rapport zijn enkele concrete aanbevelingen opgenomen ten aanzien van de Nederlandse strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping. De strafrechtelijke bepaling van niet-ambtelijke omkoping moet meer in overeenstemming worden gebracht met de ambtelijke omkopingsbepalingen, zodat wordt voldaan aan de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag. GRECO constateerde dat Nederland dit deels heeft bereikt door de bestanddelen 'vragen en aanbieden van een omkopingsmiddel' en de 'dienst' in artikel 328ter Sr op te nemen. Daarbij apprecieerde GRECO de strafverhoging van een naar twee jaar die de Nederlandse regering had ingevoerd. Wel merkte GRECO op dat Nederland nog steeds, ongeveer twee jaar na de opmerkingen uit het derde evaluatierapport, wettelijk gezien vasthoudt aan het onnodig vage en complexe bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw'. GRECO beval wederom aan artikel 328ter Sr beter in overeenstemming te brengen met de tekst van de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag en het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' te vervangen door het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' (en niet zoals Nederland doet alsnog dit bestanddeel behouden in het nieuwe derde lid).

De minister van Justitie reageerde op 20 juli 2010 in een brief aan de Tweede Kamer koelbloedig op het derde evaluatie- en compliancerapport door aan te geven dat de eindconclusie van het evaluatierapport luidde dat Nederland voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie en het Aanvullende protocol. GRECO heeft volgens de minister van Justitie met tevredenheid vastgesteld dat alle aanbevelingen ten aanzien van de strafbaarstelling van corruptie zijn uitgevoerd.

970 Idem, herhaalt in Greco RC-III (2010) 5^e, *Third Evaluation Round, Compliance Report on the Netherlands, "Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)" and "Transparency of Party Funding"*, Straatsburg 11 juni 2010.

971 Greco Eval III Rep (2007) 8^e, *Third Evaluation Round*, Straatsburg 13 juni 2008, p. 13

4.2.1.6 GRECO 'Fourth Round Evaluation'

In het vierde evaluatierapport⁹⁷² is verder geen aandacht besteed aan de specifieke bepalingen over niet-ambtelijke omkoping en aan eventuele beleidsaspecten. In het rapport worden voor het publiek toegankelijke gedragscodes voor parlementariërs bepleit. Daarnaast dient de informatieverplichting van de parlementariërs meer gedetailleerd te zijn ten aanzien van hun (financiële) belangen en beval GRECO aan een vertrouwelijke commissie in te stellen waar parlementariërs advies en begeleiding kunnen vragen over bijvoorbeeld mogelijke belangenconflicten.

4.2.2 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector

Op grond van artikel 2⁹⁷³ EU-kaderbesluit⁹⁷⁴ is er pas sprake van strafrechtelijk handelen van zowel de omgekochte als de omkoper als de omgekochte zijn plicht verzuimt. In artikel 1 EU-kaderbesluit wordt met de term plichtsverzuim bedoeld *“ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector”*. Het EU-kaderbesluit laat de lidstaten door middel van de toevoeging 'ten minste' de ruimte tot verruiming van de strafbaarheid van niet-ambtelijke omkoping.

De Europese Commissie lichtte in haar eerste rapport⁹⁷⁵ van 18 juni 2007 toe dat Nederland mogelijk tekortschiet bij de implementatie van het EU-kaderbesluit.⁹⁷⁶ De commissie constateerde specifiek dat Nederland het bestanddeel 'aangeboden' in de actieve niet-ambtelijke omkopingsvariant weg had gelaten.⁹⁷⁷ Tevens had Nederland nagelaten de bestanddelen 'onmiddellijk en middellijk' op te nemen in de strafwetgeving. Daarbij maakte Nederland geen melding van voordelen van immateriële aard (bijvoorbeeld de dienst).⁹⁷⁸ Bovendien heeft Nederland nagelaten het bestanddeel 'derde' te benoemen in zijn strafwetgeving.⁹⁷⁹ De gift, dienst of belofte kan immers aan een derde worden gegeven, bijvoorbeeld in de kas van het zangkoor of de politieke partij van de omgekochte.

972 Greco Eval IV Rep (2012) 7^E, *Fourth Evaluation Round, Corruption in respect of member of parliament, judges, and prosecutors*, Straatsburg 18 juli 2013.

973 Zie bijlage 4 voor een uiteenzetting van artikel 2 EU-kaderbesluit. Zie ook hiervoor, paragraaf 2.3.3.2.1.1.

974 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192. (Nederlandse vertaling)

975 COM(2007)328 def.

976 Idem.

977 Op dit moment wel opgenomen in artikel 328ter lid 2 Sr.

978 Op dit moment wel opgenomen in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr.

979 Op dit moment niet opgenomen in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr.

Tot op heden is dit bestanddeel opmerkelijk genoeg nog steeds niet opgenomen in het artikel 328ter Sr.

De Europese Commissie evalueerde op 6 juni 2011 Nederland voor de tweede keer inzake de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping.⁹⁸⁰ De commissie merkte nu wel op dat Nederland de werkingssfeer van het delict beperkt tot de gevallen waarin de werkgever niet op de hoogte was van de zaak, oftewel dat het voordeel voor de werkgever verborgen was gehouden. De Commissie constateerde dat *“Dutch law introduces a specific limitation – that the offence not be declared to the employer or principal – which is not foreseen in the FD has not been addressed. Hence NL is considered to partly meet the requirements of Artikel2(1)(a en b).”*⁹⁸¹ Deze strafrechtelijke beperking in de Nederlandse strafwetgeving voor zowel de actieve als de passieve niet-ambtelijke omkopingsvariant dient volgens de commissie in zijn geheel te worden opgeheven.

4.2.3 Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie

Het VN-verdrag heeft in artikel 21⁹⁸² een (optionele) invulling gegeven van actieve en passieve omkoping in de particuliere sector, waarbij dit artikel uitgaat van het bestanddeel ‘in strijd met zijn of haar plichten’. Het verzwijgen van de omkopingsmiddelen jegens de werkgever kan derhalve irrelevant zijn voor de bepaling van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping in het VN-verdrag. De minister van Buitenlandse Zaken merkte op dat artikel 21 VN-verdrag is ontleend aan de artikelen 7 en 8 van het RvE-Corruptieverdrag. Aangezien tot op heden geen monitoringsmechanisme door de lidstaten is aangenomen, volstaat Nederland voor de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan artikel 21 VN-verdrag met een verwijzing naar de memorie van toelichting bij de rijkswet tot goedkeuring van het RvE-Corruptieverdrag⁹⁸³ ten aanzien van de artikelen 7 en 8 van dat verdrag.

980 COM(2011)309 def.

981 Idem.

982 Zie bijlage 5.

983 *Kamerstukken II 2000/01 27 509 (R 1671), nr. 3, p. 16–17.*

4.3 ENKELE BUITENLANDSE NIET-AMBTELIJKE OMKOPINGS-BEPALINGEN EN ZIJN MONITORING

4.3.1 Duitsland

4.3.1.1 Strafbaarstelling

“Section 299 Taking and giving bribes in commercial practice”⁹⁸⁴

(1) *Whosoever as an employee or agent of a business, demands, allows himself to be promised or accepts a benefit for himself or another in a business transaction as consideration for according an unfair preference to another in the competitive purchase of goods or commercial services shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.*

(2) *Whosoever for competitive purposes offers, promises or grants an employee or agent of a business a benefit for himself or for a third person in a business transaction as consideration for such employee's or agent's according him or another an unfair preference in the purchase of goods or commercial services shall incur the same penalty.*

(3) *Subsections (1) and (2) above shall also apply to acts in competition abroad.”*

4.3.1.2 Inhoudelijke behandeling

Ook in Duitsland is in de laatste jaren de bezorgdheid over het fenomeen private omkoping onder politici gegroeid, aangezien deze onderkennen dat de problematiek een gevaar vormt voor de samenleving en de staat.⁹⁸⁵ Dit heeft ervoor gezorgd dat in 1996 het niet-ambtelijke omkopingsartikel - volgens sommigen symbolisch - is verplaatst van de Unfair Competition Act (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) naar de Criminal Code (*Strafgesetzbuch*).⁹⁸⁶ Op deze wijze werd getracht private omkoping onder het publieke bewustzijn te brengen.

Het Duitse artikel is geplaatst in Titel 26 ('Mededelingsfeiten'), waaruit kan worden afgeleid dat het primaire belang van deze strafbaarstelling de bestrijding van de oneerlijke concurrentie is.⁹⁸⁷ De passieve en de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping worden strafbaar gesteld in respectievelijk artikel 299 lid 1 en 2 StGB.⁹⁸⁸

984 Greco Eval III Rep (2009) 3^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*; Straatsburg 4 december 2009, p. 16. Zie originele wettekst bijlage 9.

985 G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National en Suprational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003, p. 120.

986 Idem.

987 Ibid, p. 122, 123 en 125.

988 Strafgesetzbuch: het Duitse Wetboek van Strafrecht, ibid, p. 123.

De bestanddelen werknemer (employee) of vertegenwoordiger (agent of a business) dienen volgens de Duitse wetgever ruim te worden geïnterpreteerd.⁹⁸⁹ Een werknemer is iedereen die in dienstbetrekking is bij een eigenaar van een bedrijf op grond van een arbeidscontract of diegene die feitelijk onder gezag van een eigenaar van een bedrijf functioneert.⁹⁹⁰ Een langdurige arbeidsrelatie of een betaalde arbeidsrelatie is daarbij niet van belang, waardoor werknemers die niet betaald krijgen of niet langdurig in dienst zijn toch onder de strafbepaling kunnen vallen. Ook bestuurders van rechtspersonen vallen onder het bestanddeel 'werknemer', ook indien er geen sprake is van enige gezagsverhouding. Een lasthebber, oftewel een agent, die niet als werknemer kan worden aangemerkt, valt eveneens onder de strafbepaling van artikel 299 StGB. Het gaat erom dat de omgekochte partij invloed kan uitoefenen op de aankoop van goederen of diensten.⁹⁹¹ Daarbij kan, net als bij het bestanddeel werknemer, een materiële invulling⁹⁹² worden aangenomen; contractuele verbintenissen zijn niet per se nodig.⁹⁹³ Alleen werkgevers en honderdprocenteigenaren (DGA's) van bedrijven vallen niet onder deze strafbepaling.⁹⁹⁴ De strafbepaling van artikel 299 StGB is primair gericht op de bestrijding van oneerlijke concurrentie in het kader van zakelijke activiteiten. Dit wordt uitgedrukt in de bestanddelen 'competitive' en 'unfair preference in the purchase of goods or commercial services'. De omgekochte is zodoende strafbaar op grond van artikel 299 lid 1 StGB, indien deze de omkoper in een competitieve markt oneerlijk bevoordeelt bij de aankoop van goederen of commerciële diensten. Het Nederlandse bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' jegens de werkgever als uitvloeisel van de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever is hier voor de strafbaarheid van de verdachte niet van belang.

De reikwijdte van de term 'benefit' is ruim, maar dient in beginsel een relatie te hebben met de betaling van geld.⁹⁹⁵ Ook andere materiële voordelen die monetaire waarde hebben, kunnen bij deze term worden ondergebracht, waarbij kan worden gedacht aan

989 Greco Eval III Rep (2009) 3^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*; Straatsburg 4 december 2009, p. 16. G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003, p. 130.

990 Greco Eval III Rep (2009) 3^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*; Straatsburg 4 december 2009, p. 16.

991 G. Heine, B. Huber, T. Rose, (2003), p. 130.

992 Federal Court of Justice of 13 May 1952, 1 StR 670/51: "Were one to cast doubt on the characteristic of an employee because his/her employment was (...) not of a contractual nature, at least that person was an agent. This term is to be given a broad interpretation; it covers anyone who as a result of his/her position in the business is entitled and obliged to act for it in business activity, and exerts an influence on the decisions to be taken in the context of the operation".

993 Greco Eval III Rep (2009) 3^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*; Straatsburg 4 december 2009, p. 16.

994 G. Heine, B. Huber, T. Rose, (2003), p. 130.

995 Ibid, p. 127.

een loongarantie, verlenging van een terugbetalingstermijn en een uitnodiging voor een vakantie.⁹⁹⁶ Ook immateriële voordelen in de vorm van seksuele gunsten of toekenning van prijzen kunnen onder deze term vallen.⁹⁹⁷ Daarmee worden voordelen van geringe waarde - zoals promotionele giften - uitgesloten van strafbaarheid.⁹⁹⁸ De omkoping dient plaats te vinden in de context van een commerciële transactie en voor zakelijke doeleinden. Derhalve dienen strikt private betrekkingen niet onder de strafbaarstelling te vallen.⁹⁹⁹

Het is vermeldenswaardig dat het delict niet-ambtelijke omkoping, anders dan de Nederlandse strafbaarstelling, in beginsel alleen formeel op klacht kan vervolgd en bestraft worden. Op grond van artikel 301 lid 2 StGB komt het klachtrecht, naast de benadeelde partij, toe aan *“all of the business persons, associations and chambers indicated in Section 8 paragraph (3), nos. 1, 2, and 4, of the Law Against Unfair Competition.”*¹⁰⁰⁰ Als uitzondering daarop is een klacht niet nodig als de vervolgende instantie van mening is dat een specifiek publiek belang aanwezig is *“because of the special public interest therein.”*¹⁰⁰¹ In de praktijk is deze uitzondering echter geen uitzondering, daar de autoriteiten de verdachten naar alle waarschijnlijkheid ambtshalve zullen vervolgen. Op grond van artikel 299 lid 3 StGB zijn de leden 1 en 2 van dit artikel eveneens van toepassing op het effect van omkopingsgedragingen op de buitenlandse concurrentie. Daarmede kan op grond van artikel 70 StGB een beroepsverbod worden opgelegd en op grond van artikel 302 StGB (artt.73d en 43a StGB), onder dreiging van een celstraf bij niet betaling, een ontnemingsmaatregel worden gevorderd.

In het kader van de rechtsmacht hoeft de tegenprestatie niet op Duits grondgebied plaats te vinden, aangezien de plaats van de benadeling of de betaling ook voor Duitsland genoeg aanknopingspunten kan bieden om rechtsmacht aan te ontlenuen. Ingeval geen enkele aansluiting van het delict met het Duitse grondgebied kan worden gezocht, is de strafrechtelijke vervolging afhankelijk van het land waar het delict is gepleegd.

4.3.1.3 Sancties

De sanctie die staat op het misdrijf van artikel 299 lid 1 en 2 StGB is een maximale gevangenisstraf van drie jaar. Het Duitse systeem schrijft in artikel 300 StGB een expliciete minimumstraf voor van drie maanden gevangenisstraf met een maximum van vijf jaar gevangenisstraf voor ‘serieuze’ zaken: *“In especially serious cases an offender under section*

996 Idem.

997 Ibid, p. 128.

998 Ibid, p. 130

999 Ibid, p. 128.

1000 Op grond van artikel 301 lid 2 StGB.

1001 Op grond van artikel 301 lid 1 StGB.

*299 shall be liable to imprisonment from three months to five years. An especially serious case typically occurs if 1. the offence relates to a major benefit or 2. the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences.*¹⁰⁰²

Dit kan van toepassing zijn als er sprake is van een 'omvangrijk' voordeel en de omkoper handelt op commerciële gronden (volgt al uit artikel 299 StGB) of de omkoper lid is van een bende die als doelstelling heeft dit soort misdrijven in de toekomst vaker te plegen. De bestanddelen 'serieus' en 'omvangrijk' zijn ruim interpretabel, waardoor ze minder geschikt zijn om als strafbasis te dienen, en zeker niet geschikt zijn om een minimumstraf van drie maanden en een maximale strafverhoging van drie tot vijf jaar te rechtvaardigen. Overigens kan volgens de rechter op grond van de artikelen 53 lid 1 jo. 38 lid 2 StGB de gevangenisstraf cumuleren in het geval de dader voor verschillende omkopingsdelicten¹⁰⁰³ wordt veroordeeld. In vergelijking met het Nederlandse strafmaximum van twee jaar zijn de Duitse sancties erg hoog, zeker nu een veroordeling voor een gevangenisstraf ten aanzien van verschillende omkopingsdelicten kan cumuleren, terwijl in de Nederlandse situatie artikel 57 Sr strafbeperkend werkt doordat de strafverhoging niet meer dan een derde van het strafmaximum mag bedragen. Hierbij dient te worden bedacht dat artikel 328ter lid 1 en 2 Sr wel is opgenomen in de recidiveregelingen van de artikelen 43a jo. 43b Sr, zodat de tijdelijke gevangenisstraf van vier jaar met een derde kan worden verhoogd.

4.3.1.4 Veroordelingen

Duitsland heeft in zijn statistieken geen onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping. In de periode 2004 tot en met 2008 zijn achtereenvolgens voor het delict niet-ambtelijk omkoping 340, 246, 409, 378, 488 strafrechtelijke onderzoeken naar niet-ambtelijke omkoping gedaan. In deze zaken zijn in dezelfde periode 23, 46, 40, 64 en 72 verdachten voor het gerecht gedaagd. 17, 35, 33, 56 en 49 van hen zijn uiteindelijk veroordeeld. Ten aanzien van het ernstiger delict op grond van artikel 300 StGB zijn in de periode 2004 tot en met 2008 respectievelijk 42, 37, 69, 23 en 124 strafrechtelijke onderzoeken gedaan. In deze zaken zijn 20, 32, 39, 41 en 35 verdachten voor het gerecht gedaagd en zijn uiteindelijk 13, 22, 38, 36 en 31 verdachten veroordeeld voor niet-ambtelijke omkoping.

4.3.1.5 Aanbeveling GRECO

Ten eerste constateert GRECO dat Duitsland het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' niet heeft opgenomen in artikel 299 lid 1 en 2 StGB¹⁰⁰⁴, waardoor deze strafbepaling niet strookt met de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag. Het in de Duitse strafbaarstelling opgenomen

¹⁰⁰² Zie G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 123 en 138.

¹⁰⁰³ Zie Greco Eval III Rep (2009) 3^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*; Straatsburg 4 december 2009, p. 10.

¹⁰⁰⁴ Greco Eval III Rep (2009) 3^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*; Straatsburg 4 december 2009, p. 32.

bestanddeel 'an unfair preference (...) in the competitive purchase of goods or commercial services' schiet volgens GRECO tekort. Bepaalde gedragingen worden niet gedekt door deze formulering, aangezien niet-ambtelijke omkoping niet per se alleen plaats hoeft te vinden bij de aanbestedingen van goederen en diensten. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarbij de eigenaar van de onderaannemer een opzichter (personeelslid) van de aannemer na een eerlijke verlening van de opdracht omkoopt, zodat goedkope materialen kunnen worden gebruikt in de woningen. GRECO adviseert artikel 299 StGB te laten stroken met de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag.¹⁰⁰⁵

Ten tweede plaatst GRECO kanttekeningen bij de keuze om van artikel 299 StGB een klachtdelict te maken. Volgens GRECO kan dit een effectieve bestrijding van private corruptie in de weg staan.¹⁰⁰⁶ Daarnaast zijn de omringende vergelijkbare fraudedelicten in de Duitse strafwetgeving niet voorzien in een klachtrecht. Daartegenover nuanceert GRECO haar standpunt door aan te geven dat het aantal Duitse zaken met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping niet significant afwijkt van de andere lidstaten van de Raad van Europa, waardoor het klachtdelict de vervolging blijkbaar niet belemmert. Het kan immers zijn dat het 'specifieke publieke belang' als uitzondering zo ruim wordt geïnterpreteerd dat deze uitzondering eigenlijk als algemene regel functioneert. Op deze wijze is het klachtrecht volgens GRECO voor private organisaties een soort stok achter de deur in zaken waarbij vervolgende instanties niet kunnen handelen.¹⁰⁰⁷

Ten derde merkt GRECO op dat de bestanddelen een 'serieuze zaak' en een 'groot voordeel' in artikel 300 StGB niet nauwkeurig zijn vast te stellen, zodat een grote vrijheid ontstaat voor rechters om invulling aan deze bestanddelen te geven. GRECO adviseert bepaalde criteria te implementeren, waaronder de sociale status en het beroep van de omkoper/omgekochte teneinde invulling te geven aan deze bestanddelen. Het is volgens GRECO immers van belang of het voordeel is gegeven aan iemand met een hoge of een lage functie.¹⁰⁰⁸ In reactie hierop benadrukt Duitsland dat deze ruime invulling in de praktijk geen problemen oplevert.¹⁰⁰⁹

4.3.1.6 Aanbeveling Europese Commissie

In het eerste aanbevelingsverslag¹⁰¹⁰ van de Europese Commissie van 18 juni 2007 wordt geconstateerd dat Duitsland de bestanddelen 'onmiddellijk en middellijk' niet heeft

1005 Idem.

1006 Idem.

1007 Idem.

1008 Greco Eval III Rep (20097) 3^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 4 december 2009, p. 33.

1009 Idem.

1010 COM(2007)328 def.

opgenomen in zijn strafwetgeving, wat betekent dat expliciet nagelaten wordt indirecte corruptie strafbaar te stellen.¹⁰¹¹ Tevens maakt Duitsland geen melding van immateriële voordelen in de vorm van een niet-gerechtigd voordeel, ongeacht de aard daarvan. Daarbij heeft Duitsland het bestanddeel ‘waarbij die persoon zijn plicht verzuimt’ niet opgenomen in artikel 299 StGB.

In het tweede aanbevelingsverslag¹⁰¹² van de Europese Commissie van 6 juni 2011 wordt aangenomen dat de keuze van Duitsland voor het niet opnemen van het bestanddeel ‘waarbij die persoon zijn plicht verzuimt’ gerechtvaardigd is op grond van artikel 2 lid 3 EU-kaderbesluit.¹⁰¹³ Duitsland heeft verklaard dat de werkingssfeer van artikel 2 lid 1 EU-kaderbesluit beperkt is tot gedragingen die de concurrentie in verband met de aankoop van goederen of commerciële diensten vervalsen of kunnen vervalsen. Deze verklaringen zijn geldig tot 22 juli 2010 op grond van artikel 2 lid 4 EU-kaderbesluit. Daarnaast moest de Raad van Ministers overeenkomstig artikel 2 lid 5 EU-kaderbesluit vóór 22 juli 2010 opnieuw beslissen of dergelijke verklaringen kunnen worden hernieuwd. Aangezien de Raad van Ministers geen beslissing in die zin heeft genomen, is de commissie van mening dat deze verklaringen niet meer geldig zijn en dat de betrokken lidstaten hun strafwetgeving dienovereenkomstig het EU-kaderbesluit moeten wijzigen.¹⁰¹⁴ Duitsland heeft zich van deze niet-juridisch bindende wetgeving uiteindelijk weinig tot niets aangetrokken.

4.3.2 België

4.3.2.1 Strafbaarstelling

“Artikel 504bis Strafwetboek”¹⁰¹⁵

§ 1. Passieve private omkoping bestaat in het feit dat een persoon die bestuurder of zaakvoerder van een rechtspersoon, lasthebber of aangestelde van een rechtspersoon of van een natuurlijke persoon is, rechtstreeks of door tussenpersonen, voor zichzelf of voor een derde, een aanbod, een belofte of een voordeel van welke aard dan ook vraagt of aanneemt, om zonder medeweten en zonder machtiging van, naar gelang van het geval, de raad van bestuur of de algemene vergadering, de lastgever of de werkgever, een handeling van zijn functie of een door zijn functie vergemakkelijkt handeling te verrichten of na te laten.

1011 COM(2007)328 def, p. 6.

1012 COM(2011)309 def.

1013 Ibid, p. 3.

1014 COM(2011)309 def, p. 6.

1015 Strafwetboek (Sw), laatst bijgewerkt tot 23 september 2013, zie bron: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1867060801&table_name=wet.

§ 2. Actieve private omkoping bestaat in het rechtstreeks of door tussenpersonen voorstellen of toekennen¹⁰¹⁶ aan een persoon die bestuurder of zaakvoerder van een rechtspersoon, lasthebber of aangestelde van een rechtspersoon of van een natuurlijke persoon is, van een aanbod, een belofte of een voordeel van welke aard dan ook voor zichzelf of voor een derde om zonder medeweten en zonder machtiging van, naar gelang van het geval, de raad van bestuur of de algemene vergadering, de lastgever of de werkgever, een handeling van zijn functie of een door zijn functie vergemakkelijkte handeling te verrichten of na te laten.”

4.3.2.2 Inhoudelijke behandeling

Pas sinds 1999¹⁰¹⁷ is in België onder internationale druk in artikel 504bis Sw behalve ambtelijke omkoping ook private omkoping strafbaar gesteld. Volgens De Maeseneer is deze late strafbaarstelling te verklaren door de corruptieparadox, die inhoudt dat lidstaten ambtelijke omkoping streng aanpakken, maar private omkoping niet, dit om nationale bedrijven te beschermen in hun ‘oneerbaar’ handelen in het buitenland.¹⁰¹⁸ Artikel 504bis Sw bevat de zinsnede “een persoon die bestuurder of zaakvoerder van een rechtspersoon, lasthebber of aangestelde van een rechtspersoon of van een natuurlijke persoon is”. Op deze wijze is bewerkstelligd dat niet alleen personen met een arbeidsovereenkomst onder de strafbepaling kunnen vallen, maar ook personen die als zelfstandige een opdracht moeten vervullen.¹⁰¹⁹ Volgens Deruyck dient iedereen met een professionele functie binnen een (rechts)persoon onder deze strafbepaling te vallen.¹⁰²⁰ Daarmee is deze strafbepaling ook van toepassing op rechtspersonen zonder winstoogmerk. De strafbepaling is dus niet beperkt tot het kader van zakelijke activiteiten.¹⁰²¹

1016 Artikel 4 van de wet van 11 mei 2007 verduidelijkt dat artikel 504bis, §2, van hetzelfde wetboek, ingevoegd bij de wet van 10 februari 1999, dient te worden uitgelegd in de zin dat onder actieve particuliere omkoping ook wordt verstaan het rechtstreeks of door tussenpersonen toekennen aan een persoon die bestuurder of zaakvoerder van een rechtspersoon, lasthebber of aangestelde van een rechtspersoon of van een natuurlijke persoon is, van een voordeel van welke aard dan ook voor zichzelf of voor een derde om zonder medeweten en zonder machtiging van, naargelang van het geval, de raad van bestuur of de algemene vergadering, de lastgever of de werkgever, een handeling van zijn functie of een door zijn functie vergemakkelijkte handeling te verrichten of na te laten. Zie Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 18: deze interpretatieve bepaling beantwoordt aan een OESO-aanbeveling die beoogt dat België niet alleen het voorstellen van een voordeel maar ook de toekenning ervan ondubbelzinnig zou strafbaar stellen.

1017 Wet van 10 februari 1999 inzake de bestrafing van corruptie, B.S. 23 maart 1999.

1018 S. De Maeseneer, *Corruptie en Integriteitsproblemen*, Masterproef van de opleiding Master in de rechten, Universiteit Gent 2009-2010, p. 22. Zie ook F. Lefevre en M. de Roeck, ‘De private omkoping’, *TRV* 1999, 545.

1019 Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 18 en zie Rapport namens de Senaatscommissie voor de Justitie, p. 71.

1020 F. Deruyck, ‘Omkoping in het Belgisch strafrecht’, *T. Strafr.* 2002, 69-70.

1021 Idem en zie Rapport namens de Senaatscommissie voor de Justitie, p. 19 en 69.

De Belgische wetgever heeft ten aanzien van de bestanddelen 'een aanbod, een belofte of een voordeel van welke aard dan ook, het vragen, aannemen¹⁰²², voorstellen en/of toekennen' verwezen naar de behandeling van omkoping van een overheidsfunctionaris. In de parlementaire geschiedenis was de toenmalige minister van Justitie voorstander van het behouden van het parallelisme tussen deze bestanddelen.¹⁰²³ Het bestanddeel 'aanbod' is gerelateerd aan het Nederlandse bestanddeel 'gift' en houdt derhalve materiële gunsten in. Een voordeel kan zowel van materiële als van immateriële aard zijn en dient door de Belgische overheid dan ook ruim te worden geïnterpreteerd.¹⁰²⁴ Het kan bijvoorbeeld gaan om het verlenen van seksuele diensten¹⁰²⁵ of om voordelen voortvloeiend uit een voorkeursbehandeling (bijvoorbeeld verwerving van of steun bij de verwerving van een betrekking of een ander voordeel), symbolische voordelen of erevoordelen (titels, onderscheidingen en dergelijke).¹⁰²⁶ De Belgische wetgever benadrukt dat voor de strafbaarheid niet specifiek de aard of de waarde van het voordeel van belang is, maar het verband tussen wat gegeven wordt en het beoogde doel van het voordeel. Het gaat er dus om dat de gedraging van de omkoper erin bestaat de omgekochte ertoe aan te zetten een bepaalde gedraging aan te nemen. De Belgische rechtspraak benadrukt daarbij dat het aanbod, de belofte of het voordeel van welke aard dan ook ongeoorloofd moet zijn; het bestaan van een samenspanning dient te worden aangetoond. Onder deze samenspanning wordt verstaan een akkoord over de verstrekking van een ongeoorloofd aanbod, belofte of voordeel tussen de omkoper en de omgekochte in ruil voor een prestatie van de omgekochte.¹⁰²⁷

De Belgische strafwetgeving gaat er evenals de Nederlandse strafwetgeving van uit dat het aanbod, de belofte of het voordeel van welke aard dan ook, via een derde kan worden aangenomen, toegekend, dan wel kan worden gevraagd of voorgesteld. Tevens kan dit aanbod, de belofte of het voordeel aan een derde worden gegeven.¹⁰²⁸ Bovendien kan de handeling uit een (passief) nalaten of een (actief) doen bestaan.

1022 Ontvangen staat gelijk aan aannemen zie Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 8: de Belgische overheid benadrukt dat het ontvangen als handeling a fortiori strafbaar is, aangezien de aanneming uitdrukkelijk strafbaar gesteld is.

1023 Idem en zie Rapport namens de Senaatscommissie voor de Justitie, p. 71.

1024 Rapport van de Senaatscommissie voor de Justitie, p. 71.

1025 Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 9.

1026 Idem.

1027 Ibid, p. 8.

1028 Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 8.

De Belgische strafbaarstelling voorziet, net als de Duitse¹⁰²⁹ en de Nederlandse strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping, niet in een strafbaarstelling van particuliere omkoping waarbij de plicht wordt geschonden. Volgens artikel 504bis Sw is vereist dat de handeling betrekking heeft op een *“handeling van functie of een door die functie vergemakkelijkt handeling, zonder medeweten en zonder machtiging van, naar gelang van het geval, de raad van bestuur of de algemene vergadering, de lastgever of de werkgever.”*¹⁰³⁰ Deze strafbaarstelling van artikel 504bis Sw, die ontleend is aan het vroegere Franse recht, is strafrechtelijk ruimer dan het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel, aangezien er geen sprake hoeft te zijn van het verzwijgen ‘in strijd met de goede trouw’¹⁰³¹ Evenzeer kan in deze strafwetgeving sprake zijn van een machtiging bij voorafgaand mandaat door de werkgever.¹⁰³² Daarbij moet aan de cumulatieve voorwaarden ‘zonder medeweten’ en ‘zonder machtiging’ zijn voldaan om te kunnen spreken van strafbaar handelen, omdat het anders moeilijk zou zijn vast te stellen wanneer er sprake is van private omkoping.¹⁰³³ Claes merkt dan ook op dat de aanvaarding van de handelwijze van de omgekochte door de onderneming iedere strafrechtelijke vervolging uitsluit.¹⁰³⁴ In tegenstelling tot de Nederlandse wetgever heeft de Belgische wetgever ten aanzien van deze cumulatieve voorwaarden een voorbehoud op grond van artikel 37 lid 1 RvE-Corruptieverdrag gemaakt.¹⁰³⁵ De Belgische regering merkt op dat de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag te ruim en minder precies zijn dan de gebruikte formulering van artikel 540bis Sw.

4.3.2.3 Sancties

“Artikel 504ter Sw

§ 1. Ingeval private omkoping is de straf een gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaar en een geldboete van 100 [euro] tot 000 100 [euro] of één van die straffen.

1029 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.1.

1030 Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 20.

1031 Idem.

1032 Idem.

1033 S. De Maeseneer, *Corruptie en Integriteitsproblemen*, Masterproef van de opleiding Master in de rechten, Universiteit Gent 2009-2010, p. 27.

1034 A. Claes, *BTW-carrousel; De fiscaal- en strafrechtelijke aanpak en de gevolgen voor de organisatoren, medeplichtigen en hun afnemers*, Larcier 2005, p. 177.

1035 Het voorbehoud is als volgt geformuleerd: Overeenkomstig artikel 37, eerste lid, van het Verdrag, verklaart België dat het in overeenstemming met zijn nationaal recht enkel de handelingen bedoeld in artikelen 7 en 8 van het Verdrag gepleegd met het oog op het verrichten of het nalaten te verrichten van een handeling zonder medeweten en zonder machtiging van, naar gelang van het geval, de raad van bestuur of de algemene vergadering, de lastgever of de werkgever, strafrechtelijk strafbaar zal stellen. Zie: Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 16.

§ 2. Indien de vraag bedoeld in artikel 504bis § 1, gevolgd wordt door een voorstel bedoeld in artikel 504bis § 2, evenals ingeval het voorstel bedoeld in artikel 504bis § 2, aangenomen wordt, is de straf een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en een geldboete van 100 [euro] tot 000 50 [euro] of één van die straffen."

De Belgische sancties gaan, evenals de Duitse strafverzwarende strafbaarstelling¹⁰³⁶, uit van een minimumgevangenisstraf. De Belgische wetgeving hanteert een minimumgevangenisstraf van zes maanden, in tegenstelling tot de Duitse strafverzwarende strafbaarstelling van drie maanden. De maximale gevangenisstraf die staat op het misdrijf op grond van artikel 540bis Sw is twee jaar. Ingeval de omgekochte zelf het initiatief neemt tot omkoping door het stellen van een vraag (uitlokking van zijn eigen omkoping) en de omkoper daarop reageert met een voorstel of het voorstel door de omgekochte wordt aangenomen, wordt de maximale gevangenisstraf verhoogd van twee jaar naar drie jaar.¹⁰³⁷ Claes merkt op dat deze strafverhoging gerechtvaardigd is, aangezien in dit geval sprake is van een wederzijdse wilsovereenstemming tussen de omkoper en de omgekochte.¹⁰³⁸ De minimumgevangenisstraf blijft daarentegen voor beide gevallen gelijk op zes maanden. Deze sancties kunnen worden opgelegd in combinatie met een geldboete van 100 tot 100.000 euro (artikel 540ter SW § 50.000 :2 euro).

4.3.2.4 Veroordelingen

Uit het derde evaluatieverslag¹⁰³⁹ van GRECO blijkt dat België in de periode 1995 tot en met 2006 in totaal zeven verdachten heeft veroordeeld voor niet-ambtelijke omkoping. Daarvan zijn er in 2003 twee veroordeeld voor passieve niet-ambtelijke omkoping en twee voor actieve niet-ambtelijke omkoping. In 2004, 2005 en 2006 is steeds één verdachte veroordeeld voor actieve niet-ambtelijke omkoping.

4.3.2.5 Aanbeveling GRECO

De aanbeveling van GRECO richt zich specifiek op een formulering in artikel 504bis Sw: "zonder medeweten en zonder machtiging". Deze formulering kan strafrechtelijke problemen opleveren als de handelingen van de omgekochte achteraf worden goedgekeurd en/of stil worden gehouden door bestuurders, werkgevers of lastgevers.¹⁰⁴⁰ GRECO beveelt aan het voorbehoud ten aanzien van de artikelen 7 en 8 van het RvE-Corruptieverdrag in te trekken

¹⁰³⁶ Zie hiervoor, paragraaf 4.3.1.

¹⁰³⁷ Deze strafverzwarende omstandigheid is in 1999 ingevoerd. Zie Greco Eval 111 Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009, p. 8.

¹⁰³⁸ A. Claes (2005), p. 177.

¹⁰³⁹ Ibid, p. 13.

¹⁰⁴⁰ Ibid, p. 42.

dan wel niet te verlengen. Ook Claes merkt op dat deze formulering geen stand kan houden in de niet-ambtelijke omkopingsbepaling, aangezien een omkopingshandeling die wordt aanvaard door de onderneming niet strafbaar is.¹⁰⁴¹

4.3.2.6 Aanbeveling Europese Commissie

In het aanbevelingsverslag¹⁰⁴² van de Europese Commissie van 18 juni 2007 wordt geconstateerd dat België alle elementen van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping van artikel 2 EU-kaderbesluit correct heeft ingevoerd. Het is onduidelijk waarom de Europese Commissie in 2007 van mening is dat de Belgische strafbepaling strookt met artikel 2 EU-kaderbesluit, aangezien de strafrechtelijke beperking in artikel 504bis Sw *“zonder medeweten en zonder machtiging”* niet aansluit bij het bestanddeel uit artikel 2 EU-kaderbesluit *“het verrichten of nalaten van een handeling, waarbij hij zijn plicht verzuimt”*. Deze stellingname van de Europese Commissie wordt herhaald in de tweede aanbeveling van 6 juni 2011¹⁰⁴³, waarin wordt geconstateerd dat België voldoet aan alle delictselementen van artikel 2 EU-kaderbesluit. Het voorbehoud dat België heeft gemaakt ten aanzien van de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag speelt mogelijk een rol bij de evaluaties van de Europese Commissie.

4.3.3 Frankrijk

4.3.3.1 Strafbaarstelling

“Active bribery in the private sector - Article 445-1 of the Criminal Code”¹⁰⁴⁴

Persons who unlawfully offer, at any time, directly or indirectly, benefits, promises, donations, gifts or other advantages, for themselves or others, to persons who do not exercise public authority, perform public duties or hold elective public office but who hold a managerial position or undertake other work, in an occupational or social capacity, for an individual or legal person or for any other body, in exchange for performing or refraining from performing actions in accordance with or facilitated by their activities or duties, in breach of their legal, contractual or professional obligations, shall be punishable by five years' imprisonment and a fine of € 75 000.

The same penalties shall apply to persons who respond to requests from persons specified in the first paragraph who unlawfully request, at any time, directly or indirectly, for themselves or others, benefits, promises, donations, gifts or other advantages in exchange for performing or refraining from performing an action specified in the first paragraph, in breach of their legal, contractual or professional obligations.”

1041 A. Claes (2005), p. 175.

1042 COM(2007)328 def.

1043 COM(2011)309 def.

1044 Greco Eval III Rep (2008) 5^e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on France on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 19 februari 2009, p. 11. Zie originele wettekst bijlage 10.

Passive bribery in the private sector: Article 445-2 of the Criminal Code¹⁰⁴⁵

Persons who do not exercise public authority, perform public duties or hold elective public office but who hold a managerial position or undertake other work, in an occupational or social capacity, for an individual or legal person or for any other body, and who unlawfully request or agree to, at any time, directly or indirectly, for themselves or others, benefits, promises, donations, gifts or any other advantages in exchange for performing or refraining from performing actions in accordance with or facilitated by their activities or duties, in breach of their legal, contractual or professional obligations, shall be punishable by five years' imprisonment and a fine of € 75 000."

4.3.3.2 Inhoudelijke behandeling

In 1919 is in Frankrijk in de nasleep van de Eerste Wereldoorlog private omkoping strafbaar gesteld. Bepaalde leveranciers van goederen en diensten maakten misbruik van de tekorten door omkopingsgelden te vragen, terwijl deze gedragingen op dat moment niet strafbaar waren.¹⁰⁴⁶ De Franse strafbaarstelling van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping gebruikt de zinsnede *"not exercise public authority, perform public duties or hold elective public office but who hold a managerial position or undertake other work, in an occupational or social capacity, for an individual or legal person or for any other"* teneinde dit delict af te bakenen met ambtelijke omkoping. Deze ruim geformuleerde zinsnede heeft tot gevolg dat alle vormen van private omkoping worden bestreden, waaronder door het opnemen van de woorden *'occupational or social'* ook de niet op winst gerichte private activiteiten.

In de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping op grond van artikel 445-1 Cp¹⁰⁴⁷ wordt alleen het aanbieden van *"benefits, promises, donations, gifts or other advantages"* strafbaar gesteld. De Franse bepaling wijkt in dit opzicht af van de strafbaarstelling in Duitsland¹⁰⁴⁸, België¹⁰⁴⁹ en Nederland¹⁰⁵⁰, waar ook het geven en toekennen zijn opgenomen. Volgens Bonifassi is een betaling derhalve niet vereist voor een eventuele strafbaarheid.¹⁰⁵¹ Daarbij wordt in paragraaf 2 van artikel 445-1 Cp het reageren op een verzoek van de omgekochte (om zichzelf te laten omkopen) onder dreiging van dezelfde sancties apart strafbaar gesteld, dit in tegenstelling tot de Belgische strafbaarstelling.¹⁰⁵² In de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping op grond van artikel 445-2 Cp is het bestanddeel *'request*

1045 Greco Eval III Rep (2008) 5^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on France on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 19 februari 2009, p. 11.

1046 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 91.

1047 Code Pénal

1048 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.1.

1049 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.2.

1050 Zie bijlage 1.

1051 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 92.

1052 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.2. Een verhoging van de maximale gevangenisstraf van één jaar.

or agree' opgenomen. Op deze wijze zijn de gedragingen van het vragen en het accepteren van omkopingsmiddelen¹⁰⁵³ strafbaar gesteld. De Franse wetgever heeft, in tegenstelling tot de Duitse¹⁰⁵⁴ en de Belgische¹⁰⁵⁵ wetgever, voorzien in een uitsluiting van gebruikelijke en legitieme giften en diensten door het opnemen van het bestanddeel 'unlawfully'. Ook indirecte niet-ambtelijke omkoping, niet-ambtelijke omkoping aan een derde en het nalaten van een handeling vallen onder de strafbaarstelling van artikel 445-1 en 445-2 Cp. Daarbij moet het handelen of nalaten te handelen van de omgekochte "in breach of their legal, contractual or professional obligations" zijn. Volgens Bonifassi betekent dit dat de werknemer een plicht heeft om loyaal te zijn tegenover de onderneming waar hij of zij werkt.¹⁰⁵⁶ De steekpenningen zijn volgens hem verboden omdat ze een inbreuk vormen op de vertrouwensrelatie tussen de werkgever en de werknemer en niet zozeer omdat de marktconcurrentie wordt verstoord.¹⁰⁵⁷

De rechter hoeft volgens Bonifassi niet het kwaadaardige doel of de intentie van het voordeel te bewijzen; alleen het plegen van het strafbare feit is genoeg.¹⁰⁵⁸ Het feit dat de omkoper en de omgekochte de steekpenningen geven dan wel aannemen, impliceert de noodzakelijke criminele bedoeling of de intentie van de steekpenning.¹⁰⁵⁹ Daarbij hoeft ook niet bewezen te worden dat daadwerkelijk schade is geleden bij de concurrentie.¹⁰⁶⁰ De omkoper kan zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid niet ontlopen door te claimen dat hij door zijn werkgever is aangemoedigd de steekpenningen aan de omgekochte te betalen teneinde zijn werkgever op deze wijze te bevoordelen.¹⁰⁶¹ De werkgever kan voor dit aanmoedigen strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld als medepleger of medeplechtige van niet-ambtelijke omkoping.¹⁰⁶²

De verjaringstermijn van de Franse niet-ambtelijke omkopingsbepaling begint - net als de actieve Nederlandse variant van niet-ambtelijke omkoping - op de dag dat de laatste betaling is gedaan en duurt vanaf dat moment drie jaar. Bonifassi merkt op dat dit een zeer korte periode is, zeker gezien het geheimhoudingskarakter van dit type delict.¹⁰⁶³ Sommige

1053 Waaronder eveneens beloften worden verstaan.

1054 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.1.

1055 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.2.

1056 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 92.

1057 Idem.

1058 Ibid, p. 96.

1059 Idem.

1060 Idem.

1061 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 96.

1062 Idem.

1063 Ibid, p. 97.

auteurs beargumenteren dan ook dat de verjaringstermijn moet beginnen op het moment dat de feiten worden ontdekt, hetgeen aansluit bij de aanbeveling behandeld in paragraaf 3.6.3 voor de Nederlandse strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping.¹⁰⁶⁴ Helaas is alleen voor Frankrijk - op een relatief eenvoudige wijze - informatie gevonden over de verjaring.

De Franse rechtbanken hebben rechtsmacht over strafbare gedragingen die plaatsvinden op het grondgebied van Frankrijk. Daarbij behoeven niet alle gedragingen van het delict plaats te vinden in Frankrijk: de plaats van het afsluiten van de (mondelijke) overeenkomst en de betalingen zijn de essentiële aanknopingspunten voor het aanwijzen van het plaats delict in Frankrijk. Daarbij hebben de Franse rechtbanken rechtsmacht indien het negatieve effect of het gevaar van het omkopingsdelict zich voordoet in Frankrijk. De Franse autoriteiten hebben derhalve hoogstwaarschijnlijk rechtsmacht op de plaats waar de werkgever van de omgekochte wordt benadeeld, aangezien daar het negatieve effect van de private omkoping zou kunnen plaatsvinden danwel waar de tegenprestatie is verricht.

Als personen met de Franse nationaliteit dit delict buiten de territoriale grenzen van Frankrijk plegen, kunnen de Franse rechtbanken rechtsmacht ontleen als sprake is van dubbele strafbaarheid en een klacht van het slachtoffer dan wel de autoriteiten waar het delict is gepleegd, is ingediend.¹⁰⁶⁵ De Franse rechtbanken hebben eveneens rechtsmacht indien het slachtoffer - in beginsel de onderneming van de omgekochte - de Franse nationaliteit heeft. Of ook indirecte slachtoffers - bijvoorbeeld concurrenten die door de private omkoping omzet verliezen - als slachtoffers kunnen worden beschouwd, is nog onbekend.

4.3.3.3 Sancties

De sancties voor zowel de actieve als de passieve variant van niet-ambtelijke omkoping zijn een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar en een maximale boete van 75.000 euro. In de meeste zaken wordt een voorwaardelijke straf opgelegd.¹⁰⁶⁶ Onvoorwaardelijke gevangenisstraffen voor dit misdrijf zijn zeldzaam (twee in 1997, twee in 1998 en vier in 1999). Ook de oplegde boetes zijn mild, met een gemiddelde van 3000 euro per veroordeling.¹⁰⁶⁷ Bovendien kan op grond van artikel 445-3 Cp een beroepsverbod worden opgelegd voor een periode van maximaal vijf jaar en kunnen het bedrag van de steekpenningen en de opbrengst van de omkoping worden geconfisqueerd.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁴ Idem.

¹⁰⁶⁵ Ibid, p. 99.

¹⁰⁶⁶ G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 102.

¹⁰⁶⁷ Idem.

¹⁰⁶⁸ Idem.

4.3.3.4 Veroordelingen

In 2004, 2005 en 2006 zijn respectievelijk 2, 7 en 14 verdachten veroordeeld voor actieve niet-ambtelijke omkoping. In dezelfde periode zijn 7, 18 en 15 verdachten veroordeeld voor passieve niet-ambtelijke omkoping, waardoor het totale aantal veroordeelde verdachten wegens niet-ambtelijke omkoping in de periode 2004 - 2006 uitkomt op 63.¹⁰⁶⁹

4.3.3.5 Evaluaties GRECO en Europese Commissie

GRECO constateert dat de Franse wetgeving betreffende niet-ambtelijke omkoping voldoet aan de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag¹⁰⁷⁰. Daarbij is de Europese Commissie eveneens van mening dat Frankrijk alle elementen van artikel 2 EU-kaderbesluit correct heeft omgezet.¹⁰⁷¹ De zinsnede in de Franse strafbaarstelling '*in breach of their legal, contractual or professional obligations*' is derhalve door deze organisaties niet bestreden.

4.3.4 Denemarken

4.3.4.1 Strafbaarstelling

§ 299.¹⁰⁷²

"Any person in his capacity as trustee of any property of another person in breach of his duty claims or accepts a promise of a third party, for the benefit of himself or of others, a gift or any other advantage, as well as any person who grants, promises or offers such an advantage, shall be liable to a fine or to imprisonment for up four years."

4.3.4.2 Inhoudelijke behandeling

In artikel § 299 SI¹⁰⁷³ wordt iedere persoon onder de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping geschaard, in tegenstelling tot de passieve variant waar '*any person*' wordt beperkt tot het geval deze persoon "*acts in the capacity as trustee of any property of another person*". De Deense autoriteiten menen dat deze formulering een brede werking heeft, waardoor iedere persoon die zorg draagt voor iemands anders eigendom onder de strafbaarstelling van artikel § 299 SI kan vallen.

¹⁰⁶⁹ Greco Eval III Rep (2008) 5^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on France on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 19 februari 2009, p. 13.

¹⁰⁷⁰ Ibid, p. 23.

¹⁰⁷¹ COM(2011)309 def, p. 3-4.

¹⁰⁷² Zelfstandig vertaald, GRECO vertaling voldeed niet meer na aanneming van het amendement van 12 juni 2013 tot wijziging van enkele strafbepalingen in Straffeloven: Givet på Christiansborg Slot, den 12. juni 2013 Under Vor Kongelige Hånd og Segl MARGRETHE R, zie bron: http://www.themis.dk/synopsis/index.asp?hoveddrømme=/synopsis/docs/lovsamling/straffeloven_indholdsfortegnelse.html. Zie originele wettekst bijlage 11.

¹⁰⁷³ Straffeloven.

De actieve omkoper kan strafbaar zijn door het omkopen van de omgekochte door middel van het aanbieden, beloven of geven van zo'n voordeel. Onder een ander voordeel wordt volgens de Deense autoriteiten verstaan voordelen van immateriële aard, zoals het aanbieden van personele diensten.¹⁰⁷⁴ Het voordeel hoeft volgens deze autoriteiten niet 'undue'¹⁰⁷⁵ te zijn. Daarentegen dient het aanvaarden of het accepteren van het voordeel wel "in breach of his duty". Het bestanddeel 'in breach of his duty' sluit daardoor aan bij de aanvaarding of de acceptatie van het omkopingsmiddel en niet, zoals de internationale regelgeving weergeeft, bij de tegenprestatie van de omgekochte. Bovendien dient er sprake te zijn van een bepaalde intentie van de omkoper tot het omkopen van de omgekochte.¹⁰⁷⁶ Deze intentie kan worden afgeleid uit de bedoelingen van de omkoper: "It is sufficient that the gift or the advantage is granted, promised or offered to **induce** the trustee to breach his/her duty."¹⁰⁷⁷

Het is opvallend dat de Deense strafbepaling, in tegenstelling tot de strafbaarstellingen in Duitsland, België, Frankrijk en ook Nederland, de tegenprestatie niet heeft opgenomen. Het is zodoende voor de Deense strafbepaling niet noodzakelijk de tegenprestatie te bewijzen. Daardoor hoeft eveneens geen causaal verband tussen het omkopingsmiddel en de tegenprestatie te worden aangetoond. Eveneens is het opvallend dat dit artikel in vergelijking met voorgaande bepalingen inzake niet-ambtelijke omkoping¹⁰⁷⁸, duidelijk en eenvoudig is vormgegeven. Het is niet te achterhalen wat de beweegredenen zijn geweest voor Denemarken om de tegenprestatie niet meer op te nemen in de strafbepaling. Het is wel bekend dat Denemarken internationaal initiatief heeft getoond met betrekking tot de internationale corruptiebestrijding.¹⁰⁷⁹ Ook de hoge notering op de *Corruption Perception Index*¹⁰⁸⁰ spreekt boekdelen.

4.3.4.3 Veroordelingen en sancties

De Deense autoriteiten hebben opmerkelijk genoeg aangegeven dat er voor GRECO geen statistische gegevens beschikbaar zijn ten aanzien van het aantal veroordelingen

1074 Greco Eval III Rep (2008) 9^f (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 2 juli 2009, p. 8.

1075 Ongeoorloofd oftewel niet-gerechtigd.

1076 Greco Eval III Rep (2008) 9^f (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 2 juli 2009, p. 8.

1077 Idem.

1078 Zie hiervoor, de paragrafen 2.2.2, 2.3.4, 2.4.2, 5.2, 5.3 en 5.4.

1079 Zie bijvoorbeeld betrokkenheid bij Gemeenschappelijk Optreden. Zie hiervoor paragraaf 2.3.2.

1080 The Corruption Perceptions Index ranks countries/territories based on how corrupt a country's public sector is perceived to be. It is a composite index, drawing on corruption-related data from expert and business surveys carried out by a variety of independent and reputable institutions. Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>.

voor dit delict. De sanctie die is gesteld op het delict actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping was eerst één jaar en zes maanden en is opgeschroefd naar maximaal vier jaar gevangenisstraf of een geldboete.

4.3.4.4 Aanbeveling GRECO

GRECO constateert dat de Deense strafbepaling in verschillende opzichten ruimer is geformuleerd dan de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag.¹⁰⁸¹ Het is voor de omkoper in artikel § 299 SI niet vereist dat hij handelt in het kader van zakelijke activiteiten en daarnaast hoeft het voordeel niet 'undue' te zijn. Ook de indirecte niet-ambtelijke omkoping is niet expliciet benoemd in dit artikel, waarop de Deense autoriteiten aangeven dat een derde kan worden bestraft op grond van artikel § 23 SI (medeplichtigheid). Eveneens had GRECO kritiek op het geformuleerde strafmaximum van één jaar en zes maanden, dat niet in overeenstemming is met de delicten actieve en passieve ambtelijke omkoping (artikelen § 122 en § 144 SI), die uitgaan van een maximale gevangenisstraf van drie jaar en zes jaar. Daarmee is de strafmaat van het delict niet-ambtelijke omkoping laag in vergelijking met andere landen van de Raad van Europa, waardoor GRECO twijfels heeft of deze sanctie effectief, proportioneel en voldoende afschrikwekkend is.¹⁰⁸² De Deense wetgever heeft haar wetgeving op 12 juni 2013 alleen ten aanzien van het laatste kritiekpunt van GRECO aangepast en het strafmaximum verhoogd naar vier jaar gevangenisstraf voor zowel de actieve als passieve niet-ambtelijke omkoping.

4.3.4.5 Aanbeveling Europese Commissie

Denemarken heeft aan de basis gestaan van het huidige EU-kaderbesluit.¹⁰⁸³ De Deense regering had daartoe een wetsvoorstel met het oog op het aannemen van een kaderbesluit betreffende de bestrijding van corruptie in de privésector voorgesteld aan de lidstaten.¹⁰⁸⁴ Artikel 2 EU-kaderbesluit inzake de actieve en passieve corruptie in de privésector was door Denemarken als volgt geformuleerd:

“De lidstaten treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld wanneer zij plaatsvinden in het kader van zakelijke activiteiten:

1081 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

1082 Greco Eval III Rep (2008) 9^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 2 juli 2009, p. 14.

1083 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003, L/192.

1084 Initiatief van het Koninkrijk Denemarken met het oog op de aanneming van een kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel, 2 augustus 2002, *PbEG* 2002, C/184/04.

- a) *De gedraging waarbij, onmiddellijk of middellijk, aan een persoon die, in welke hoedanigheid dan ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector, een niet-gerechtigd voordeel, ongeacht de aard daarvan, voor die persoon zelf of voor een derde wordt beloofd, aangeboden of verstrekt, in ruil voor het verrichten of nalaten door die persoon van een handeling, waarbij hij zijn plicht verzuimt;*
- b) *De gedraging waarbij een persoon die, in welke hoedanigheid dan ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector, onmiddellijk of middellijk een niet-gerechtigd voordeel, ongeacht de aard daarvan, voor zichzelf of voor een derde vraagt of aanneemt, dan wel ingaat op een desbetreffende toezegging, in ruil voor het verrichten of nalaten van een handeling, waarbij hij zijn plicht verzuimt."*

Het is niet geheel onlogisch dat Denemarken in zijn nationale niet-ambtelijke omkopingsbepaling (artikel § 299 Sl) niet of nauwelijks uitvoering geeft aan zijn eigen voorstel, aangezien het verstandig is op internationaal diplomatiek niveau minimumvoorwaarden te bepleiten. Denemarken neemt in dit geval in zijn eigen wetgeving niet de bestanddelen 'een niet-gerechtigd voordeel, het vragen van een voordeel en het nalaten van een handeling' in haar nationale private omkopingswetgeving op. Ook zijn de termen 'onmiddellijk' en 'middellijk' niet opgenomen in artikel § 299 Sl. Bovendien is de zinsnede 'leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector' opgenomen in de Deense strafbaarstelling als *"in his capacity as trustee of any property of another person."*¹⁰⁸⁵ Het is verwonderlijk dat de Europese Commissie in zijn eerste evaluatieverslag¹⁰⁸⁶ niet aangeeft waar de knelpunten met betrekking tot de Deense strafbaarstelling liggen. In het tweede evaluatieverslag¹⁰⁸⁷ wordt evenmin ingegaan op de Deense strafbaarstelling, aangezien Denemarken zijn omzettingsmaatregelen niet heeft medegedeeld: *"Aangezien er voor DK geen nieuwe informatie voorhanden is, wordt voor de evaluatie van die beide landen uitgegaan van het verslag van 2007."*¹⁰⁸⁸

1085 Alhoewel GRECO deze formulering wel heeft goedgeurd, aangezien deze ruim interpreteerbaar is. Zie Greco Eval III Rep (2008) 9^f (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 2 juli 2009, p. 14.

1086 COM(2007)328 def.

1087 COM(2011)309 def.

1088 Idem, p. 2.

4.3.5 Moldavië

4.3.5.1 Strafbaarstelling

Article 333. Taking Bribes¹⁰⁸⁹

“(1) Any person seeking, accepting or receiving, directly or through an intermediary, from an arbitrator elected or appointed to settle a dispute, a manager of a business or social organisation or other non-governmental organisation, or a person working for such an organisation, goods, services, privileges or advantages of any kind to which he or she is not entitled, for himself or herself or for anyone else, or accepting an offer or promise thereof, in order to perform or refrain from performing an act, or delay or facilitate the performance of an act, in the exercise of his or her duties or contrary thereto, shall be liable to a fine of between 500 and 1,500 conventional units or up to 3 years’ imprisonment and in both cases shall be disqualified from holding office or from engaging in certain activities for a period of up to 5 years.

(2) The same actions committed:

- b) by two or more persons;*
- c) with the extortion of the bribe;*
- d) on a large scale;*

shall be punished by a fine in the amount of 1000 to 3000 conventional units or by imprisonment for 2 to 7 years, in both cases with the deprivation of the right to hold certain positions or to practice certain activities for 2 to 5 years.

(3) The actions set forth in par. (1) or (2) committed:

- a) on an especially large scale;*
- b) in the interests of an organized criminal group or a criminal organization;*

shall be punished by imprisonment for 3 to 10 years. in both cases with the deprivation of the right to hold certain positions or to practice certain activities for 2 to 5 years.

Article 334. Giving Bribes

(1) Promising, offering or giving a bribe, directly or through an intermediary, to an arbitrator elected or appointed to settle a dispute, a manager of a business or social organisation or other non-governmental organisation or a person working for such an organisation, in the form of goods, services, privileges or advantages of any kind to which he or she is not entitled, for himself or herself or for anyone else, with a view to having him or her perform or refrain from performing an act, or delay or facilitate the performance of an act, in the exercise of his or her duties or contrary thereto, shall be punishable with a fine of between 500 and 1,000 conventional units or up to 3 years’ imprisonment in the case of a natural person, and a fine of between 1000 and

¹⁰⁸⁹ Zie de originele wettekst bijlage 12.

2,500 conventional units with disqualification from performing certain activities in the case of a legal person.

(2) The same action committed:

b) by two or more persons;

c) on a large scale;

shall be punished by a fine in the amount of 1000 to 2000 conventional units or by imprisonment for up to 5 years.

(3) The actions set forth in par. (1) or (2) committed:

a) on an especially large scale;

b) in the interests of an organized criminal group or a criminal organization;

shall be punished by a imprisonment for 3 to 7 years.

(4) The bribe giver shall be exempt from criminal liability if the bribe was extorted from him/her or if he/she denounces himself/herself without knowing that criminal investigative bodies knew about the crime he/she committed."

4.3.5.2 Inhoudelijke behandeling

De passieve en de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping zijn in respectievelijk de artikelen 333 en 334 Cp¹⁰⁹⁰ opgenomen. In de aanhef van de artikelen 333 en 334 Cp zijn, in deze volgorde, de termen 'taking' en 'giving' opgenomen, waardoor gesuggereerd kan worden dat het vragen, aanbieden of het beloven van een voordeel niet strafbaar wordt gesteld. Desalniettemin blijkt uit deze artikelen dat het vragen, aanbieden en beloven als corruptieve gedragingen wel zijn opgenomen in de strafbaarstellingen 333 en 334 Cp. Tevens worden indirecte niet-ambtelijke omkoping en omkoping aan een derde partij expliciet strafbaar gesteld.

In artikel 333 Cp staat de zinsnede *"a person working for such an organisation"*, waardoor personen die werken voor commerciële organisaties onder deze strafbaarstelling vallen. Daarnaast heeft Moldavië aandacht besteed aan het opnemen van gunsten van immateriële aard in de vorm van *"accepting services, privileges, or advantages of any kind"*.

Het is opvallend dat de Moldavische strafwetgeving gebruik maakt van de termen *"in the exercise of his or her duties or contrary thereto"*, waardoor zowel 'het handelen in strijd met zijn plicht' als het 'handelen zonder in strijd met zijn plicht' strafbaar wordt gesteld. Daarmee maakt Moldavië geen gebruik van de term 'undue advantage' teneinde gebruikelijke en

1090 Codul Penal.

legitieme gunsten uit te sluiten van strafbaarheid. Het lijkt erop dat deze strafwetgeving verder gaat dan de eerder behandelde strafbaarstellingen in dit hoofdstuk. Daarnaast kunnen niet alleen een doen of nalaten, maar ook versnelde en vertragende handelingen onder de strafbaarstellingen van de artikelen 333 en 334 Cp vallen.

In artikel 334 Cp, waarin het geven, aanbieden en beloven van giften of diensten in relatie dient te staan met het (versneld of vertraagd) handelen of nalaten te handelen van de omgekochte, is deze relatie aan te tonen: **“with a view to having him or her perform or refrain from performing an act, or delay or facilitate the performance of an act, in the exercise of his or her duties or contrary thereto.”** Het oogmerk van de omkoper moet gericht zijn op de (vertragende of versnelde) handeling of nagelaten handeling van de omgekochte, die in de uitoefening van zijn plicht of in strijd met zijn plicht is.

4.3.5.3 Sancties

De sancties die staan op de overtreding van artikel 333 Cp zijn een boete van 500 tot 1500 “conventional units”¹⁰⁹¹ (ongeveer 560 euro tot 1680 euro) of een gevangenisstraf van maximaal drie jaar. In beide gevallen kan een beroepsverbod van maximaal vijf jaar worden opgelegd. Ingeval het delict wordt gepleegd door meer dan twee personen en er significante bedragen mee zijn gemoeid, kan de boete worden verhoogd tot 3000 conventional units (ongeveer 3540 euro) of een gevangenisstraf van twee tot vijf jaar. Als er sprake is van “especially large scale” en het misdrijf is gepleegd in verband met een georganiseerde criminele organisatie kan een gevangenisstraf van drie tot zeven jaar worden opgelegd.

Het betalen van steekpenningen kan volgens artikel 334 Cp worden bestraft met een geldboete van 500 tot 1000 conventional units (ongeveer 560 euro tot 1180 euro) of een gevangenisstraf van maximaal drie jaar. Ingeval het misdrijf is gepleegd door meer dan twee personen op grote schaal kan de boete worden verhoogd van 1000 tot 2000 conventional units (ongeveer 1180 euro tot 2360 euro) of een gevangenisstraf tot vijf jaar. Indien het misdrijf op “especially large scale” en in samenhang met een georganiseerde criminele organisatie is gepleegd, wordt een gevangenisstraf van drie tot zeven jaar opgelegd. Bovendien kan op grond van artikel 334 lid 4 Cp de omkoper van strafbaarheid worden uitgesloten ingeval hij is afgeperst of hij voortijdig het voordeel meldt zonder te weten dat de opsporingsautoriteiten op de hoogte zijn van de gepleegde misdaad.

1091 Een conventional unit is gelijk aan 20 Moldavische Leu (MDL). Gebaseerd op de wisselkoers op 14 oktober 2013 EUR/MDL 1/17,8158, zie bron: http://www.wisselkoers.nl/moldavische_leu.

4.3.5.4 Veroordelingen

Voor het misdrijf passieve niet-ambtelijke omkoping (artikel 333 Cp) zijn in 2007 tot en met 2010 respectievelijk 71, 21, 10 en 8 personen aangehouden.¹⁰⁹² 12, 11, 4 en 1 van hen zijn voor de rechtbank gedaagd, en uiteindelijk zijn er 0, 4, 2, 1 van hen veroordeeld.¹⁰⁹³

In de jaren 2007 tot en met 2010 zijn, in tegenstelling tot het delict passieve niet-ambtelijke omkoping (artikel 333 Cp), voor het delict actieve niet-ambtelijke omkoping substantieel minder aanhoudingen verricht, respectievelijk 4, 8, 0 en 1. 0, 4, 1 en 0 van hen zijn voor de rechtbank verschenen. Geen van hen werd veroordeeld.¹⁰⁹⁴

4.3.5.5 Aanbeveling GRECO

Ten eerste constateert GRECO in het evaluatieverslag¹⁰⁹⁵ dat Moldavië de zinsnede “*commercial, social, or other non-state organization*” in zijn wetgeving heeft opgenomen om het delict te onderscheiden van actieve en passieve ambtelijke omkoping (artt. 324 en 325 Cp).¹⁰⁹⁶ GRECO is er niet van overtuigd dat deze zinsnede, waar alleen “*organization*” wordt opgenomen, alle private entiteiten en personen (inclusief entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid of lasthebbers zonder arbeidsovereenkomst) omvat.¹⁰⁹⁷ GRECO adviseert Moldavië de zinsnede aan te laten sluiten bij de zinsnede uit de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag¹⁰⁹⁸: “*any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities*.”¹⁰⁹⁹

Ten tweede maakte GRECO zich zorgen over de gebruikte vormen van corruptief gedrag, aangezien alleen het geven of ontvangen van voordelen strafbaar wordt gesteld. Volgens GRECO diende ook het aanbieden en het beloven van een voordeel (actieve variant), het vragen van een voordeel en het accepteren van het aanbod of de belofte (passieve variant) strafbaar te worden gesteld, zodat de artikelen 333 en 334 Cp overeenstemmen met de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag.¹¹⁰⁰ De Moldavische wetgever heeft bij Act no. 78 van 12 april 2012 uiteindelijk deze termen juist geïmplementeerd.

¹⁰⁹² Greco Eval III Rep (2010) 8^f (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Moldova Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 1 april 2011, p. 17.

¹⁰⁹³ Idem.

¹⁰⁹⁴ Idem.

¹⁰⁹⁵ Ibid, p. 22.

¹⁰⁹⁶ Ibid, p. 21.

¹⁰⁹⁷ Idem.

¹⁰⁹⁸ Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

¹⁰⁹⁹ Greco Eval III Rep (2010) 8^f (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Moldova Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 1 april 2011, p. 22.

¹¹⁰⁰ Idem.

Ten derde volgde uit de artikelen 333 en 334 Cp dat het nalaten van een handeling of de (vertragende of versnelde) handeling zelf een onderdeel kan zijn van de beroepstaken en -plichten: *“an act, in the exercise of his or her duties”*. Volgens GRECO was dit bestanddeel te strikt geformuleerd, waardoor niet alle handelingen die in strijd zijn met de beroepstaken of plichten onder de strafbepalingen van de artikelen 333 en 334 Cp vallen. Moldavië heeft op deze kritiek gereageerd door in Act no. 78 van 12 april 2012 aansluiting te zoeken bij het bestanddeel *“breach of their duties”* uit de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag. GRECO heeft in het compliance rapport¹¹⁰¹ aangegeven dat Moldavië door dit amendement navolging heeft gegeven aan dit advies.¹¹⁰²

4.3.6 Rusland

4.3.6.1 Strafbaarstellingen¹¹⁰³

Artikel 204 Bribery in a Profit-making Organisation¹¹⁰⁴

“1. The unlawful transfer of money, securities or any other assets to a person who discharges managerial functions in a profit-making or any other organisation, and likewise unlawful rendering of property-related services, granting other property rights to him/her for commission of actions (inaction) in the interests of the giver, in connection with the official position held by this person - shall be punishable by a fine in an amount which is from ten times to fifty times as much as the sum of commercial subornation or bribe with deprivation of the right to hold specific offices or engage in specified activities for a term of up to two years, or by restraint of liberty for a term of up to two years, or by compulsory labour for a term of up to three years, or by deprivation of liberty for the same term.

2. The deeds provided for by part one of this article, if they are:

a) committed by a group of persons by previous concert, or by an organised group;

b) committed for wittingly unlawful actions (omission to act) - shall be punishable with a fine in an amount which is from forty times to seventy times as much as the sum of commercial subornation with disqualification from holding specific offices or engaging in specified

¹¹⁰¹ Greco RC-III (2013) 2^e, *Third Evaluation Round Compliance Report on the Republic of Moldova “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)”*, Straatsburg 3 april 2013, p. 5/6.

¹¹⁰² Idem.

¹¹⁰³ Deze onderstaande strafbaarstelling is de officiële Engelse vertaling van het Russisch Strafwetboek, waardoor het opnemen van de strafbaarstelling in de Russische taal overbodig is.

¹¹⁰⁴ The Criminal Code of Russian Federation, Adopted by the State Duma on May 24, 1996, Adopted by the Federation Council on June 5, 1996, Federal Law No. 64-FZ of June 13, 1996 on the Enforcement of the Criminal, laatst bijgewerkt tot 1 maart 2012, zie bron: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7>. Het artikel 204 van The Criminal Code of Russian Federation is bijgewerkt bij de Federal Law No. 97-FZ of May 4, 2011.

activities for a term up to three years, or with compulsory labour for a term of up to four years, or with arrest for a term from three to six months, or with deprivation of liberty for a term up to six years.

3. The unlawful receipt of money, securities or any other assets by a person who discharges managerial functions in a profit-making or any other organisation, and likewise the unlawful use of property-related services or exercise of other property rights for commission of actions (inaction) in the interests of the giver, in connection with the official position held by this person, shall be punishable with a fine in an amount which is from fifteen times to seventy times as much as the sum of commercial subornation with disqualification from holding specific offices, or deprivation of the right to be engaged in specific activity for a term of up to three years, or with compulsory labour for a term of up to five years with deprivation of the right to hold specific offices or to engage in specified activities for a term of up to three years or without such, or with deprivation of liberty for a term of up to seven years accompanied by a fine in the amount of up to forty times as much as the sum of commercial subornation.

4. The deeds provided for by the third part of this Article, if they are: a) committed by a group of persons by previous concert, or by an organised group; b) attended by extortion of the subject of subornation, c) made for unlawful actions (inaction) shall be punishable with a fine which is from fifty times to ninety times as much as the sum of commercial subornation with disqualification from holding specific offices or engaging in specified activities for a term up to three years, or with deprivation of liberty for a term up to twelve years accompanied by a fine in an amount which is fifty times as much as the sum of commercial subornation.

Note: A person who has committed the deeds stipulated in the first or second part of this Article shall be relieved of criminal liability if he/she has been active in assisting to the crime's clearing and/or investigation, or if this person has been subjected to extortion or the person has voluntarily informed the body that has the right to institute proceedings in a criminal case about subornation.

Artikel 184 Bribery of Participants and Organisers of Professional Sports and Entertainment Profit-making Competitions¹¹⁰⁵

1. *Bribery of athletes, referees, coaches, team leaders, and other participants or organisers of professional sport competitions, and also organisers or jurymen of profit-making entertainment competitions, with the purpose of exerting influence on the results of these competitions or contests, is punishable by a fine in an amount of up to 200 thousand roubles or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period of up to 18 months, or by compulsory works for a term of up to 360 hours, or by corrective labour for a term up to twelve months, or by arrest for a term of up to three months.*

2. *The same deed committed by an organised group, shall be punishable with a fine in an amount of 100 thousand to 300 thousand roubles or in the amount of a wage/salary or any other income of the convicted person for a period of one to two years, or with compulsory labour for a term of up to five years, or with deprivation of liberty for the same term.*

3. *The unlawful receipt by athletes of money, securities, or any other property transferred to them for the purpose of exerting influence on the results of said competitions, and also the unlawful use by athletes of property-related services granted to them for the same purposes, shall be punishable with a fine in an amount of up to 300 thousand roubles, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period up to two years, or by disqualification from holding specific offices or to engage in specified activities for a term of up to three years, or by arrest for a term of up to six months.*

4. *The unlawful receipt of money, securities, or any other property, unlawful use of property-related services by referees, coaches, team leaders, and other participants or organisers of professional sports competitions, and also by organisers or jurymen of profit-making entertainment competitions for the purposes referred to in the third part of this Article, shall be punishable with a fine in an amount of from 100 thousand to 300 thousand roubles or in the amount of the wage or salary or other income of the convicted person for a period of one year to two years, or by deprivation of liberty for a term of up to two years, or by compulsory labour for a term of up to two years with deprivation of the right to occupy specified offices or to engage in specified activities for a term of up to three years, with disqualification from holding specific offices or to engage in specified activities for a term of up to three years.*

¹¹⁰⁵ The Criminal Code of Russian Federation, Adopted by the State Duma on May 24, 1996, Adopted by the Federation Council on June 5, 1996, Federal Law No. 64-FZ of June 13, 1996 on the Enforcement of the Criminal, laatst bijgewerkt tot 1 maart 2012. Zie bron: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7>.

*Note: A person who has committed an act stipulated by **Parts one or two** of this Article shall be relieved from criminal responsibility if he/she was extorted or voluntarily informed about the bribery the body having the right to initiate a criminal case.”*

4.3.6.2 Inhoudelijke behandeling

4.3.6.2.1 Artikel 204 CC¹¹⁰⁶

Het omvangrijke artikel 204 CC is opgenomen in Titel 23 ‘Crimes against the Interests of Service of Profit-making and Other Organizations’, waarbij de actieve niet-ambtelijke omkopingsvariant en de strafverzwarringsgrond ten aanzien van dit delict in respectievelijk artikel 204 lid 1 en 2 CC zijn opgenomen.

Artikel 204 lid 1 CC heeft het alleen over een “*transfer*”, oftewel het geven of overdragen¹¹⁰⁷ van geld, waardepapieren of andere activa, waardoor het lijkt of de Russische strafbepaling minder ver gaat dan de andere behandelde strafbaarstellingen in dit hoofdstuk. Deze constatering geldt eveneens voor de strafbaarstelling van passieve niet-ambtelijke omkoping in artikel 204 lid 3 CC, waarbij de term “*receipt*” oftewel het ontvangen van geld, waardepapieren of andere activa is opgenomen.

Daarnaast is indirecte actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping in artikel 204 CC niet strafbaar gesteld. Een ander gebrek van artikel 204 CC is dat de omkopingsmiddelen, de dienst en de belofte niet zijn opgenomen in deze strafbaarstelling, aangezien artikel 204 CC alleen de omkopingsmiddelen geld, waardepapieren en andere activa benoemt. Daarbij zijn de tegenprestaties van de omgekochte beperkt tot het “*unlawful*” leveren van vastgoedgerelateerde diensten of het “*unlawful*” verlenen van eigendomsrechten. In artikel 204 CC is de zinsnede “*a person performing managerial functions in a commercial or other organisation*” opgenomen. Volgens de Russische autoriteiten is dit ruim genoeg om misstanden in de private sector te bestrijden. De term “*managerial*” is echter te beperkt, aangezien dan alleen personen die enige bestuurlijke verantwoordelijkheid hebben onder de strafbepaling vallen. Het artikel 204 CC refereert tevens aan het doen of nalaten van de omgekochte teneinde de omkoper te dienen. Het handelen of nalaten van de omgekochte moet daarbij wel in verband staan tot zijn of haar officiële positie. Tevens geeft artikel 204 CC terecht niet aan dat het gepleegde feit tijdens de zakelijke activiteiten dient plaats te vinden. Bovendien is het volgens artikel 204 CC niet vereist dat het handelen of nalaten van de omgekochte in strijd met zijn plicht’ is, maar het ontvangen of het geven van het voordeel moet ‘*unlawful*’ zijn; dit geldt eveneens voor de tegenprestatie van de omgekochte. De Russische autoriteiten geven aan dat onder “*unlawful*” kan worden

¹¹⁰⁶ Criminal Code (Russia).

¹¹⁰⁷ De Nederlandse vertaling van ‘*transfer*’: *het geven of overdragen*.

verstaan het niet in overeenstemming zijn met de wet, reglementaire regelingen, lokale regelgevingen, regelgeving met betrekking tot werkgeversorganisaties, voorwaarden uit arbeidscontracten of voorwaarden uit andere gesloten overeenkomsten.¹¹⁰⁸

4.3.6.2.2 Artikel 184 CC

Het is opmerkelijk dat Rusland als enige van de onderzochte landen een specifieke strafbepaling heeft voor de sportwereld. Hoogstwaarschijnlijk heeft dit onderscheid te maken met het verschil in type of zwaarte van de sancties.¹¹⁰⁹

Artikel 184 CC is opgenomen in Titel 22 'Crimes in the Sphere of Economic Activity'. In dit artikel wordt omkoping ten aanzien van organisatoren, scheidsrechters, trainers, teammanagers, juryleden en deelnemers van professionele sportcompetities en/of wedstrijden¹¹¹⁰ strafbaar gesteld. De Russische autoriteiten leggen uit dat de strafbaarstelling gericht is op wedstrijden die georganiseerd worden door commerciële organisaties en die worden uitgevoerd voor het publiek (dus ook schoonheidswedstrijden en televisiewedstrijden).¹¹¹¹ Daarnaast moet de omkoper wel de doelstelling hebben de uitkomsten te beïnvloeden. Met andere woorden, het voordeel moet bewust zijn gegeven voor het beïnvloeden van de uitkomsten van deze competities of wedstrijden. De term "*bribery*" in artikel 184 lid 1 CC komt volgens de Russische autoriteiten overeen met de term "*transfer*" in artikel 204 lid 1 CC en houdt derhalve het geven van het voordeel in.¹¹¹²

In artikel 184 CC wordt een onderscheid gemaakt tussen passieve niet-ambtelijke omkoping door atleten en passieve niet-ambtelijke omkoping door scheidsrechters, coaches, teammanagers, juryleden en organisatoren. In beide artikelleden is het "*unlawful*" ontvangen van geld, waardepapieren of activa of het gebruik van activa strafbaar gesteld. Een tegenprestatie wordt in de artikelleden niet genoemd.

1108 Greco Eval III Rep (2011) 6^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Russian Federation Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 22 maart 2012, p. 13.

1109 Zie paragraaf 4.3.6.3.2.

1110 In the meaning of Law No. 329-FZ of 4 December 2007 (in the wording of 21 April 2011), 'On physical culture and sports in the Russian Federation'.

1111 Greco Eval III Rep (2011) 6^E (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Russian Federation Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 22 maart 2012, p. 12.

1112 Idem.

4.3.6.3 Sancties

4.3.6.3.1 Sancties 204 CC

De sancties bij overtreding van artikel 204 lid 1 CC zijn onder te verdelen in geldelijke boetes, dwangarbeid en vrijheidsstraffen. De rechter kan een geldboete opleggen van tien tot vijftig keer het bedrag dat betaald is aan de omgekochte in combinatie met een beroepsverbod voor de omkoper tot maximaal twee jaar. De rechter kan daarbij een vrijheidsbeperkende straf van maximaal twee jaar, dwangarbeid van maximaal drie jaar of een vrijheidsstraf van maximaal drie jaar opleggen. Een strafverzwaringsgrond voor het actieve delict kan intreden indien aan de voorwaarden van artikel 204 lid 2 CC is voldaan. Ingeval het misdrijf is begaan door een recidiverende groep van personen of een georganiseerde groep en deze groep opzettelijk *“unlawful actions”* heeft begaan, wordt de geldboete verhoogd tot minimaal vijftig keer en maximaal zeventig keer het bedrag dat betaald is aan de omgekochte en kan een beroepsverbod van drie jaar worden opgelegd. Daarbij is het mogelijk om dwangarbeid voor een periode van maximaal vier jaar op te leggen. Ook een *“arrest”*¹¹¹³ van drie tot zes maanden (minimumstraffen) of een gevangenisstraf van maximaal zes jaar behoren tot de mogelijkheden.

De sancties bij overtreding van de passieve variant van artikel 204 lid 3 CC zijn eveneens onder te verdelen in geldelijke boetes, dwangarbeid en vrijheidsstraffen. De rechter kan een geldboete van vijftien keer tot zeventig keer het bedrag dat betaald is aan de omgekochte in combinatie met een beroepsverbod van maximaal drie jaar opleggen. De rechter kan ook maximaal vijf jaar dwangarbeid opleggen, al dan niet in combinatie met een beroepsverbod van maximaal drie jaar. Ook is het mogelijk een gevangenisstraf van maximaal zeven jaar in combinatie met een geldboete van maximaal vijftig keer het bedrag dat betaald is aan steekpenningen op te leggen.

Als er sprake is van een strafverzwaringsgrond omdat de overtreding van artikel 204 lid 3 CC is begaan in het kader van een recidiverende (georganiseerde) groep die zich bezighoudt met het opzettelijk plegen van *“unlawful actions”*, kan door de rechter een geldboete worden opgelegd van vijftig tot negentig keer het bedrag dat betaald is aan steekpenningen in combinatie met een beroepsverbod van maximaal drie jaar. De rechter kan ook kiezen voor een vrijheidsstraf van maximaal twaalf jaar in combinatie met een geldboete van vijftig keer het bedrag dat betaald is aan steekpenningen. In de noot van artikel 204 CC wordt opgemerkt dat klokkenluiders of personen die zijn afgeperst voor het plegen van deze delicten van strafrechtelijke vervolging zijn vrijgesteld.

¹¹¹³ Het is niet duidelijk wat de precieze betekenis van de sanctie *“arrest”* is.

De strafrechtelijke sancties die staan op passieve niet-ambtelijke omkoping zijn beduidend hoger dan de sancties voor actieve niet-ambtelijke omkoping. De Russische autoriteiten vinden blijkbaar het gedrag van de omgekochte kwalijker dan het gedrag van de omkoper. De omgekochte persoon draagt derhalve volgens de Russische wetgever een grote verantwoordelijkheid en moet bestand zijn tegen de verleidingen van potentiële 'omkopers'.

4.3.6.3.2 Sancties 184 CC

De sancties die kunnen worden opgelegd bij overtreding van artikel 184 lid 1 CC zijn een maximale boete van 200.000 roebel¹¹¹⁴ of achttien maanden salaris, beloningen of andere inkomen van de verdachte, een taakstraf van maximaal 360 uur, dwangarbeid voor een periode van maximaal twaalf maanden of een "arrest" van maximaal drie maanden.

Een strafverzwaringsgrond treedt volgens artikel 184 lid 2 CC in als het misdrijf is gepleegd in een georganiseerde groep. De geldboetes kunnen oplopen van minimaal 100.000¹¹¹⁵ tot maximaal 300.000¹¹¹⁶ roebel of het salaris, beloningen of andere inkomen van de actieve omkopervan één tot twee jaar (minimumstraffen). Eveneens is het mogelijk dwangarbeid voor een periode van maximaal vijf jaar of een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar op te leggen. De sancties van de passieve variant niet-ambtelijke omkoping zijn niet aan strafverzwaringsgronden onderhevig, maar kennen wel een onderscheid naar type omgekochte. Een atleet kan worden bestraft voor niet-ambtelijke omkoping met een geldboete van maximaal 300.000¹¹¹⁷ roebel of een geldboete van maximaal twee jaar het salaris, de beloningen of de andere inkomsten van de atleet. De rechter kan ook kiezen voor een beroepsverbod voor de periode van maximaal drie jaar of een "arrest" van maximaal zes maanden.

Coaches, teammanagers, juryleden of scheidsrechters die zich laten omkopen, kunnen worden bestraft met een geldboete van 100.000¹¹¹⁸ tot 300.000¹¹¹⁹ roebel of een geldboete ter hoogte van het salaris, de beloning of andere inkomen dat deze personen hebben verdiend in één tot twee jaar. De rechter kan ook kiezen voor een beroepsverbod of voor twee jaar dwangarbeid in combinatie met een beroepsverbod van maximaal drie jaar. In de noot van artikel 184 CC wordt tevens opgemerkt dat klokkenluiders of personen die zijn afgeperst voor het plegen van deze delicten van strafrechtelijke vervolging zijn vrijgesteld. Het is opvallend dat de sanctie dwangarbeid voor atleten niet is opgenomen in artikel 184 lid

1114 Op basis van de wisselkoers op 11 oktober 2013 23.06 Nederlandse tijd is de geldboete ongeveer 8730 euro, zie bron: <http://nl.exchange-rates.org/currentRates/E/RUB>.

1115 Idem, ongeveer 4.367 euro.

1116 Idem, ongeveer 13.100 euro.

1117 Idem, ongeveer 13.100 euro.

1118 Idem, ongeveer 4.367 euro.

1119 Idem, ongeveer 13.100 euro.

3 CC. De Russische autoriteiten hebben waarschijnlijk bedacht dat dwangarbeid voor vooral topsporters een te groot gevaar is voor hun toekomstige carrière, waardoor deze sanctie onevenredig hoog uitvalt. Overigens is het opvallend dat er geen strafverzwarringsgrond voor passieve, niet-ambtelijke omkoping in de sportwereld is opgenomen, terwijl dit wel het geval is voor actieve niet-ambtelijke omkoping. Een verklaring hiervoor is niet te geven.

4.3.6.4 Veroordelingen

4.3.6.4.1 Artikel 204 CC

In 2008, 2009 en 2010 zijn respectievelijk 1712, 1697 en 1569 overtredingen van artikel 204 CC - al dan niet met identificatie van de verdachte - gemeld. In 356, 365 en 489 gevallen zijn er verdachten voor de rechtbank verschenen 266, 265 en 365 verdachten werden veroordeeld. Het verschil tussen het aantal gemelde overtredingen (1500-1700) en het aantal verdachten dat verschenen is voor de rechtbank (350-500) is vrij groot. Dit kan te maken hebben met het gegeven dat veel feiten op een buitengerechterlijke wijze worden afgedaan of - ironisch bezien - ambtelijke omkoping voor een al te ruime interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zorgt. Daarnaast valt op dat voor verdachten die daadwerkelijk voor de rechtbank verschijnen een veroordelingkans van rond de 70% geldt.

4.3.6.4.2 Artikel 184 CC

In 2008 en in 2009 is het aantal vastgestelde overtredingen van artikel 184 CC beperkt gebleven tot twee. In 2010 zijn er zelfs helemaal geen overtredingen geconstateerd. In deze jaren zijn geen verdachte(n) aangehouden en zijn er geen zaken voor het gerecht gebracht op grond van overtreding van artikel 184 CC.

4.3.6.5 Aanbeveling GRECO

GRECO constateert dat niet-ambtelijke omkoping in Rusland op twee verschillende manieren wordt bestreden, ten eerste op grond van artikel 204 CC en ten tweede op grond van artikel 184 CC. GRECO is van mening is dat het initiatief van Rusland om private corruptie uit te breiden naar de sport- en entertainmentwereld te verwelkomen is omdat anders sommige personen niet onder de strafbaarstelling van artikel 204 CC kunnen vallen. Daarbij merkt GRECO op dat de private omkopingswetgeving van Rusland het criterium "unlawful" toepast, waardoor het ontvangen of geven van het voordeel in strijd dient te zijn met de wet. Dit kan in strijd zijn met de Russische wetgeving, reglementaire regelingen, lokale regelgevingen, regelgeving met betrekking tot werkgeversorganisaties, voorwaarden uit arbeidscontracten of voorwaarden uit andere gesloten overeenkomsten.

Verder ziet GRECO een aantal tekortkomingen in de Russische niet-ambtelijke omkopingswetgeving. Ten eerste sluit de definitie van "persons performing managerial

functions in a commercial or other organisation” uit artikel 204 CC niet aan bij de definitie *“any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities”* uit de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag¹¹²⁰, waardoor de Russische definitie te strafbeperkend werkt.¹¹²¹ De term ‘managerial’ duidt immers op een bepaalde verantwoordelijkheid van de omgekochte. Deze voorwaarde wordt in de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag niet gesteld. Ten tweede merkt GRECO op dat de termen het aanbieden, beloven of vragen van een voordeel niet zijn opgenomen in artikel 204 CC. Daarnaast is ook indirecte niet-ambtelijke omkoping via tussenpersonen en niet-ambtelijke omkoping waar het voordeel aan een derde wordt gegeven niet in artikel 204 CC strafbaar gesteld.¹¹²² Bovendien zijn de omkopingsmiddelen in artikel 204 CC toegesneden op geld, waardepapieren en andere activa, waardoor immateriële diensten worden uitgesloten van strafbaarheid onder artikel 204 CC: *“It derives from the text of the law and from these explanations that non-material advantages without an identifiable market value positive coverage in the press, providing a promotion or employment opportunity, diplomas, sexual services, etc. - are not covered by the bribery provisions.”*¹¹²³

Ten derde constateert GRECO dat lid 2 van artikel 201 CC¹¹²⁴ ook strafbeperkend werkt voor de vervolging van niet-ambtelijke omkoping, aangezien vervolging alleen mogelijk is op aanvraag of toestemming¹¹²⁵ van de organisatie waar de niet-ambtelijke omkoping is voorgevallen. Dit heeft volgens GRECO tot gevolg dat deze formele strafbeperking een obstakel vormt voor de vervolging van niet-ambtelijke omkoping: *“Bearing in mind the general need for an effective anti-corruption policy, there is no justification for subjecting the prosecution of corruption in the private sector to a regime different from the general regime applicable to the other corruption offences.”*¹¹²⁶

GRECO stelt dan ook voor artikel 204 CC in overeenstemming te brengen met de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag, waardoor artikel 204 CC onder andere op een bredere kring van personen van toepassing is. Daarnaast wordt het aan een derde aanbieden, beloven of vragen van indirecte niet-ambtelijke omkoping en niet-ambtelijke omkoping eveneens

1120 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

1121 Greco Eval III Rep (2011) 6^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Russian Federation Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 22 maart 2012, p. 25.

1122 Idem.

1123 Ibid, p. 23 (paragraaf 60 refereert naar paragraaf 56).

1124 2. If a deed stipulated by this Article or by other Articles of this Chapter has caused harm to the interests of an exclusively profit-making organisation that is not a governmental or municipal enterprise, then prosecution shall be instituted upon the application of this organisation, or with its consent. Zie bron: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7>.

1125 Deze formele vervolgingsbeperking lijkt sterk op een klachtdelict.

1126 Greco Eval III Rep (2011) 6^F (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Russian Federation Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 22 maart 2012, p.25.

strafbaar gesteld. Daarbij dienen in artikel 204 CC ook immateriële voordelen te worden opgenomen en moet vervolging ook mogelijk zijn zonder toestemming of aanvraag van de organisatie waar het niet-ambtelijke omkopingsdelict zich heeft voorgedaan.

Het is opvallend dat GRECO, naast de constatering, geen kritiek uit op het gebruik van het bestanddeel 'unlawful' in artikel 204 CC. Wellicht is GRECO van mening dat 'unlawful' in overeenstemming is met het criterium "*in breach of duties*" uit de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag.

4.4 CONCLUSIE VAN HOOFDSTUK 4

In paragraaf 4.2 is aandacht besteed aan de verschillende internationale evaluaties die Nederland de afgelopen jaren heeft ondergaan. De meeste aanbevelingen met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping zijn inmiddels in de Nederlandse strafwetgeving geïmplementeerd. Het is echter opvallend dat Nederland in de wettelijke tekst van artikel 328ter lid 3 Sr het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede de trouw' blijft opnemen, terwijl GRECO en de Europese Commissie hebben geconstateerd dat deze strafbaarstelling strafbeperkend werkt voor gevallen waarin de werkgever op de hoogte was van de zaak. Ook vinden beide organisaties dat de strafbaarstelling te vaag en complex is de doelstelling van de Nederlandse regering, om – het uitsluiten van strafbaarheid van legitieme en gebruikelijke geschenken – te bereiken. GRECO en de Commissie stellen dan ook voor het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' te vervangen door het hoofdbestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. In de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, die door de Tweede Kamer op 1 januari 2015 is ingevoerd, is de Nederlandse wetgever op deze aanbeveling ingegaan door het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' te vervangen door het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. Op deze manier wordt echter maar voor een deel tegemoetgekomen aan de (niet-juridisch bindende) wensen van de GRECO en de Europese Commissie, aangezien in het derde lid van artikel 328ter Sr in elk geval onder het 'handelen in strijd met plicht' wordt verstaan 'het verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever'.

In paragraaf 4.3 zijn de strafbaarstellingen niet-ambtelijke omkoping van Duitsland, België, Frankrijk, Denemarken, Moldavië en Rusland beschreven. Het te beschermen rechtsbelang van de Duitse strafbaarstelling is de bescherming van de oneerlijke concurrentie, zo blijkt uit de formulering "*an unfair preference in the purchase of goods or commercial services*". Daarentegen is het te beschermen rechtsbelang van de Belgische - en ook de Nederlandse - strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping het beschermen van de vertrouwensrelatie tussen werknemer en werkgever. Dit wordt duidelijk door het opnemen van de zinsnede

“zonder medeweten en zonder machtiging” in het Belgische niet-ambtelijke omkopingsartikel. De Franse niet-ambtelijke omkopingsartikelen sluiten nauw aan bij het door GRECO en de Europese Commissie voorgestelde bestanddeel “*in breach of their duties*” in de juridische vorm van “*in breach of their legal, contractual or professional obligations*” teneinde de handeling van de omgekochte strafbaar te stellen. Rusland hanteert hiervoor de term “*unlawful*”, waaronder kan worden verstaan “*not in accordance with the law, other regulatory legal acts, local regulatory acts, constituent instruments of the employing organisation or terms and conditions of a labour contract or any other agreement, etc.*”. De Franse en de Russische strafbaarstellingen maken derhalve geen keuze ten aanzien van een specifiek te beschermen rechtsbelang, maar laten het strafbaar handelen of nalaten te handelen afhangen van strijdigheid met wettelijke, contractuele of arbeidsrechtelijke bepalingen. Deze landen worden door GRECO en de Europese Commissie op dit punt niet gecorrigeerd, waaruit men zou kunnen afleiden dat GRECO onder ‘in strijd met zijn plicht’ verstaat ‘in strijd met wettelijke plichten, contractuele of arbeidsrechtelijke bepalingen’.

Denemarken, het best presterende land op het gebied van corruptiebestrijding, hanteert het bestanddeel ‘*in breach of his duties*’, doch geeft daar geen verdere invulling aan in de strafbaarstelling en heeft betrekking op de toelaatbaarheid van de giften, diensten of beloften. Bovendien maakt dit land als enige gebruik van de verdergaande wettelijke structuur waarbij geen tegenprestatie wordt geëist. Het volgens de *Corruption Perception Index 2013* meest corrupte land van Europa, Moldavië, is met zijn strafbaarstelling bij de invulling van het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ het ruimst. Dit komt door de zinsnede “*in the exercise of his or her duties or contrary thereto*”, waardoor zowel het handelen of nalaten te handelen in strijd met zijn of haar plicht als het handelen of nalaten te handelen zonder in strijd met zijn of haar plicht strafbaar wordt gesteld.

Het is tevens opvallend dat alleen Rusland en Frankrijk uitvoering geven in het door het RvE-Corruptieverdrag en het EU-kaderbesluit opgenomen bestanddeel ‘*undue*’ in juridische vorm van ‘*unlawful*’. In hoofdstuk 2 is gebleken dat het EU-kaderbesluit ten aanzien van het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ invulling geeft door de zinsnede “*ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector*”. De Russische en Franse strafbaarstellingen sluiten daar naadloos op aan door ook concreet geschonden voorschriften als grondslag voor strafbaarheid te aanvaarden. In het kader van het legaliteits- en lex-certa-beginsel is deze wettelijke structuur wenselijk. Ook voor de Nederlandse strafbepaling zou zo’n bestanddeel te verwelkomen zijn. Gezien de kritiek van GRECO en de Europese Commissie op het bestanddeel ‘verzwijgen in strijd met de

goede trouw' kan een aansluiting bij het handelen in strijd met wettelijke, contractuele of arbeidsrechtelijke bepalingen volstaan. Bovendien is ook een incorporatie van de wettelijke structuur van Denemarken in de Nederlandse strafwetgeving acceptabel, aangezien onder andere de jurisprudentie met betrekking tot ambtelijke en niet-ambtelijke omkoping aan het 'verband' tussen het voordeel en de (wellicht toekomstige) tegenprestatie steeds minder hoge eisen stelt. Later wordt hierop teruggekomen.

Hoofdstuk 5

Vergelijking met ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving

Ook soldaten kwamen hem vragen: 'En wij, wat moeten wij doen?'
Tegen hen zei hij: 'Jullie mogen niemand afpersen en je ook niet laten omkopen,
neem genoeg met je soldij.'
Lucas 3:14¹¹²⁷

5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de verhouding van het delict niet-ambtelijke omkoping (artikel 328ter Sr tot het delict ambtelijke omkoping (artt. 177 (oud), 177a (oud), 362 (oud), 363 Sr (oud)), aangezien deze delicten qua invloed, geschiedenis, vormgeving en het te beschermen rechtsbelang sterk samenhangen. Het is belangrijk om te vermelden dat in dit hoofdstuk wordt uitgegaan van de ambtelijke omkopingsbepalingen van voor 1 januari 2015, aangezien toen nog de bestanddelen 'zonder in strijd met zijn plicht' en 'in strijd met zijn plicht' in deze bepalingen waren opgenomen. Dit is een essentieel gegeven, aangezien het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' per 1 januari 2015 in de niet-ambtelijke omkopingswetgeving is opgenomen. Na 1 januari 2015 is dit onderscheid in de ambtelijke omkopingswetgeving komen te vervallen.

Dit hoofdstuk heeft als doel te bespreken of en in welke mate de formulering van de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping past binnen de context van de ambtelijke omkopingsbepalingen. Het is van belang vooral in te gaan op de kenmerkende verschillen tussen niet-ambtelijke omkoping en ambtelijk omkoping, zodat kan worden gezien of het huidige artikel 328ter Sr strookt met de ambtelijke omkopingsbepalingen en, zo nee, of dit artikel (enige) aanpassing verdient.

Het is interessant om in het bijzonder aandacht te besteden aan het oude bestanddeel 'in strijd met de (ambts)plicht', omdat dit bestanddeel sterk afwijkt van het oude essentiële bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in artikel 328ter Sr en omdat in de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, die op 1 januari 2015 is ingevoerd, dit bestanddeel is vervangen door het huidige bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. In de laatste paragrafen worden enkele aanbevelingen ten aanzien van de ambtelijke omkopingsartikelen behandeld en geëvalueerd. Deze aanbevelingen kunnen van waarde zijn voor eventuele aanbevelingen voor de niet-ambtelijke omkopingsvariant. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 STRAFBAARSTELLINGEN

De bepalingen inzake ambtelijke omkoping zijn artikel 362 Sr (oud) (passieve ambtelijke omkoping zonder in strijd met de ambtsplicht), artikel 363 Sr (passieve ambtelijke omkoping in strijd met de ambtsplicht), artikel 177 Sr (actieve ambtelijke omkoping in strijd met de ambtsplicht) en artikel 177a (oud) Sr (actieve ambtelijke omkoping zonder in strijd met de ambtsplicht).¹¹²⁸ In het vervolg worden in het kader van de eenvoud alleen de passieve

¹¹²⁸ Omkoping van rechters (364/178 Sr) en buitenlandse ambtenaren (364a/178a Sr) worden in dit proefschrift buiten beschouwing gelaten.

varianten van ambtelijke omkoping weergegeven en behandeld.¹¹²⁹ Zie voor de letterlijke wettekst van de artikelen 362 (oud) en 363 Sr bijlage 2.

5.3 KENMERKENDE VERSCHILLEN

5.3.1 Algemeen

Op 1 februari 2001 trad de Wet Herziening Corruptiewetgeving in werking.¹¹³⁰ Deze herziening was onder meer noodzakelijk in verband met een aantal internationale verdragsverplichtingen en had als doel een meer adequaat strafrechtelijk optreden tegen corruptie mogelijk te maken.¹¹³¹ De belangrijkste wettelijke wijzigingen als gevolg van de Wet Herziening Corruptiewetgeving en de daarmee samenhangende verschillen met het delict niet-ambtelijke omkoping worden hieronder toegelicht.

5.3.2 Zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen¹¹³²

De wetgever had met de inwerkingtreding van de Wet Herziening Corruptiewetgeving de strafbaarheid uitgebreid tot handelingen van de ambtenaar die geen strijd opleveren met de ambtsplicht (artikel 362 Sr). De wetgever gaf daardoor uitvoering aan het OESO-corruptieverdrag¹¹³³ en verruimde de mogelijkheden tot strafbaar optreden ingeval de ambtenaar weet of redelijkerwijs vermoedt met welk doel de gift, dienst of belofte hem wordt gedaan in verband staat met een doen of nalaten dat niet in strijd is met zijn plicht.¹¹³⁴ Op deze wijze werd tegelijkertijd bewijsproblematiek voorkomen die kan ontstaan bij de vervolging van ambtelijke corruptie in een situatie waarin onduidelijkheid heerste over de vraag of de ambtenaar in kwestie nu wel of niet in strijd met de ambtsplicht had gehandeld.¹¹³⁵ De strafbaarstelling van ambtelijke omkoping verschilde zodoende van de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping, aangezien voor de strafbaarheid van dit laatste delict nog het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' leidend is. De strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping was en is derhalve strafrechtelijk beperkter dan de strafbaarstelling van ambtelijke omkoping.

1129 Het kenmerkende verschil tussen de actieve en de passieve ambtelijke omkopingsbepalingen is dat de actieve varianten uitgaan van het 'oogmerk om hem te bewegen' en de passieve varianten van het 'wetende of redelijkerwijs vermoedende dat'.

1130 Wet van 13 december 2000, *Stb.* 616.

1131 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 1-3.

1132 Deze paragraaf is deels ontleend aan de masterscriptie van mij, *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, p. 11.

1133 *Trb.* 1998, 54.

1134 Smid (2012), p. 216.

1135 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 5 (MvT).

5.3.3 (On)gelijktijdigheid

In de Wet Herziening Corruptiewetgeving zijn de strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping in tijd verruimd. Sinds deze wetswijziging is het vooraf en het achteraf aannemen van giften, diensten of beloften voor of na de ambtelijke bediening voor een (on)rechtmatige tegenprestatie strafbaar.¹¹³⁶ De reikwijdte van de strafbaarheid van ambtelijke omkoping is daardoor uitgebreid tot voormalige, huidige¹¹³⁷ en toekomstige ambtenaren (artt. 362/363 lid 2 en 362/363 lid 1 sub 2, 4 Sr). Het delict niet-ambtelijke omkoping verschilde in die zin van het delict ambtelijke omkoping dat het vooraf en achteraf aannemen van giften, diensten of beloften niet strafbaar stelde. In artikel 328ter vielen zodoende giften, beloften of diensten verkregen voorafgaand of na afloop van de dienstbetrekking niet onder de strafbaarstelling. De ontvangen gift, belofte of dienst moest dan ook gedaan, gegeven of gevraagd zijn in deze dienstperiode.¹¹³⁸ In de praktijk¹¹³⁹ kon het voorkomen voor dat giften en diensten na afloop van de dienstbetrekking werden gegeven. In nagenoeg alle gevallen is logischerwijs uiteindelijk sprake van een belofte voorafgaand aan het doen of nalaten. Deze (vaak mondeling gedane) beloften zijn vaak lastig te bewijzen. Dit toont aan dat zowel het doen of nalaten als het ontvangen van giften, beloften en diensten 'zijnde in dienstbetrekking' plaats diende te vinden om het plegen van het delict niet-ambtelijke omkoping aan te kunnen nemen. De strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping is derhalve, naast het niet opnemen van het 'verzwijgen zonder in strijd met de goede trouw', ook in deze zin strafrechtelijk beperkter dan de strafbaarstelling van ambtelijke omkoping. Het is dan ook juridisch rechtvaardig dat voor de invulling van het delict niet-ambtelijke omkoping aansluiting is gezocht bij de ongelijktijdigheidsstructuur van de ambtelijke omkopingsdelicten.

De ongelijktijdigheidsproblematiek is derhalve - net als bij de actieve en passieve ambtelijke omkopingsbepalingen - in de niet-ambtelijke omkopingsbepaling 328ter Wetboek van Strafrecht ondervangen door ook het aannemen of verlenen van giften, diensten of beloften voorafgaand of na afloop van de dienstbetrekking strafbaar te stellen. De lacune in de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping is dan opgelost door ook de gift, dienst of belofte voorafgaand of na de dienstbetrekking strafbaar te stellen. Het is goed om te zien dat dit op verzoek van de VVD-fractie in de Tweede Kamer per 1 januari 2015 in de wet is opgenomen.¹¹⁴⁰

1136 E. Sikkema, 'Ambtelijke corruptie in de strafwetgeving', *Justitiële Verkenningen* 2005, p. 4.

1137 Huidige ambtenaren in het geval een ambtenaar na overtreding van het delict passieve ambtelijke omkoping een andere ambtelijke functie aanneemt. In dat geval is sprake van een huidige 'bediening' in de zin van artikel 362/363 (oud) Sr, aangezien de 'bediening' wederom een ambtelijke functie inhoudt.

1138 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.7.

1139 Idem.

1140 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 685, nr. 15.

5.3.4 Wetende of redelijkerwijs vermoedende dat

Voor de inwerkingtreding van de Wet Herziening Corruptiewetgeving (2000) was de ambtenaar alleen strafbaar als hij wist dat hij het geschenk kreeg in ruil voor een bepaalde tegenprestatie (opzet). Tegenwoordig is de ambtenaar al strafbaar als hij redelijkerwijs moet vermoeden met welk doel die gift aan hem wordt gedaan (culpa).¹¹⁴¹ Door de invoering van deze culpoze variant is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ambtenaar aanzienlijk verruimd.¹¹⁴² Blijkens de memorie van toelichting had de wetgever daarmee oog voor de gevallen waarin is komen vast te staan dat de ambtenaar ‘heeft moeten begrijpen’ dat het voordeel met een bepaald doel aan hem is verschaft. Het is namelijk wenselijk dat ook in gevallen van verwijtbare of voorgewende naïviteit van de ambtenaar strafrechtelijk kan worden opgetreden.¹¹⁴³ Op deze wijze wordt niet alleen opzet of voorwaardelijke opzet (begeleidende opzet¹¹⁴⁴) genoeg geacht, maar wordt ook culpa aangenomen door het ‘nieuwe’ bestanddeel ‘redelijkerwijs vermoedende dat’. Daarmee wordt ruimte gegeven voor de gevallen waarin niet kan worden vastgesteld dat het de ambtenaar duidelijk was met welk doel hem een voordeel is verschaft en evenmin dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het voordeel met dat doel werd verschaft.¹¹⁴⁵ Voldoende is dat de ambtenaar onzorgvuldig en onvoorzichtig is omgesprongen met dat voordeel zonder zich voldoende te realiseren dat er een verband met zijn ambtsuitoefening bestond¹¹⁴⁶. Volgens Sikkema wordt met het ‘redelijkerwijs vermoedende dat’ bedoeld: hij begreep het niet, maar hij had het wel behoren te begrijpen.¹¹⁴⁷ De normale, goede, behoorlijke ambtenaar is hierbij het referentiekader.¹¹⁴⁸ Een normaal functionerende ambtenaar zal aldus eerst onderzoek naar de strekking van een dergelijke gift moeten doen.¹¹⁴⁹

De jurisprudentie laat zien dat er weinig voor nodig is om dit bestanddeel aan te nemen.¹¹⁵⁰ De rechtbank Rotterdam doet het af met de voorwaardelijke opzetvariant: “Op zijn minst moet hij zich bewust zijn geweest van de aanmerkelijke kans dat betrokkene 1 met die begunstiging het

1141 E. Sikkema, ‘Ambtelijke corruptie in de strafwetgeving’, *Justitiële Verkenningen* 2005, p. 4. Zie ook Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2000, 616.

1142 A.P. Verhaegh, *Commentaar op Wetboek van Strafrecht artikel 362 (en 363)*, bijgewerkt tot 1 januari 2013.

1143 Idem, en zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 7.

1144 Zie discussie ‘wetende dat’ en begeleidend opzet. A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rummelink, Wetboek van Strafrecht, ‘wetende dat’ bij: Wetboek van Strafrecht*, bijgewerkt tot 17 juni 2013.

1145 A.P. Verhaegh, *Commentaar op Wetboek van Strafrecht artikel 362 (en 363)*, bijgewerkt tot 1 januari 2013.

1146 Idem.

1147 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht, een studie over omkoping en andere ambtsdelicten (diss. Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 241.

1148 Idem.

1149 Idem.

1150 Rb. Noord-Holland 3 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11551.

*doel had om een voorkeursrelatie te doen ontstaan dan wel voort te zetten, hetgeen tenminste voorwaardelijk opzet impliceert.*¹¹⁵¹ Aangezien de wettelijke bepaling dusdanig is verruimd dat het bestanddeel 'redelijkerwijs vermoedende dat' eenvoudig wordt aangenomen, verdient het opnemen van zo'n wettelijke structuur in de niet-ambtelijke omkopingsvariant geen steun. Meer steun verdient - in samenhang met de constatering in paragraaf 6.3.2.2 dat bij ambtelijke omkoping vooraf geen sprake hoeft te zijn van een verband van de gift en/of dienst met een concrete tegenprestatie en dat bij ambtelijke en niet-ambtelijke omkoping achteraf het aantonen van een lossere verband met de tegenprestatie afdoende is - een pleidooi voor een afschaffing van de tegenprestatie, waardoor de opzet alleen gericht dient te zijn op het aannemen dan wel verlenen van een gift, dienst of belofte, en niet op het doel waarvoor die gift aan hem wordt verleend.

5.3.5 Sancties

In de Wet Herziening Corruptiewetgeving zijn tevens de wettelijke gevangenisstrafmaxima voor het handelen 'in strijd met de ambtsplicht' (artikel 363 Sr) en het handelen 'zonder in strijd met de ambtsplicht' (artikel 362 Sr) van twee naar vier jaar en van drie maanden naar twee jaar verhoogd. De sanctie die staat op het overtreden van artikel 328ter Sr is op 16 juni 2009 verhoogd van maximaal één jaar naar maximaal twee jaar gevangenisstraf omdat een maximale strafsancie van één jaar niet afschrikwekkend genoeg was en er meer aansluiting werd gezocht bij de strafmaxima van verduistering (3 jaar, artikel 321 Sr), verduistering door een ambtenaar (6 jaar, artikel 359 Sr) en oplichting (4 jaar, artikel 326 Sr).¹¹⁵² De maximale gevangenisstraf van ambtelijke omkoping (zes jaar) is op dit moment 50% hoger dan de maximale gevangenisstraf van niet-ambtelijke omkoping (vier jaar). De strafsancie van niet-ambtelijke omkoping is zodoende, ook na inwerkingtreding van de Wet van 16 juni 2009¹¹⁵³, in vergelijking met het delict ambtelijke omkoping aan de lage kant.¹¹⁵⁴ In paragraaf 6.4 wordt betoogd dat er daarom een generalis-specialis-variant voor het delict niet-ambtelijke omkoping moet komen. Op deze manier kan aansluiting worden gezocht bij de voormalige maximale gevangenisstraffen (twee jaar en vier jaar) van ambtelijke omkoping en bij de nieuwe hogere strafmaxima van niet-ambtelijke omkoping (vier jaar).

1151 Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:354.

1152 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 391, nr. 8, p. 10 en Greco Eval III Rep (2007) 8^e, *Third Evaluation Round*, Straatsburg 13 juni 2008, p. 28.

1153 *Idem*.

1154 Zie hiervoor, paragraaf 3.12.

5.4 IN STRIJD MET ZIJN PLICHT; ZONDER IN STRIJD MET ZIJN PLICHT¹¹⁵⁵

5.4.1 Algemeen

In de ambtelijke omkopingsartikelen werd het handelen '(zonder) in strijd met zijn plicht' strafbaar gesteld, dit in tegenstelling tot het niet-ambtelijke omkopingsartikel dat uitgaat van het handelen 'in strijd met de goede trouw' in zowel het oude als het huidige artikel. Deze bestanddelen verschillen van elkaar, wat maakt dat het de moeite loont om aandacht te besteden aan het in de ambtelijke omkopingsartikelen opgenomen bestanddeel '(zonder) in strijd met zijn plicht'. Daarbij is een specifiek onderzoek naar dit bestanddeel mede interessant in het kader van het aangenomen wetsvoorstel³¹ 'verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'. In dit voorstel werd namelijk voorgesteld het huidige bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr te vervangen door het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'. In de volgende paragrafen wordt het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' vanuit wetshistorisch, internationaal, literair en jurisprudentieel perspectief geëvalueerd. Op deze manier wordt mede getracht een beter inzicht te krijgen in de wijzigingen die zijn voorgesteld in het wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit' ten aanzien van artikel 328ter Sr.

5.4.2 Wetsgeschiedenis

De wetgever was in 1886 van mening dat de argumenten voor strafbaarstelling van omkoping ook gelden als gunsten worden aangenomen *"om iets te doen of na te laten waardoor hij aan zijne ambtsverplichting nog in geen deele te kort doet"*.¹¹⁵⁶ De wetgever heeft door middel van invoering van artikel 362 Sr de strafbaarheid van omkoping verruimd tot de gevallen waarbij de ambtenaar in kwestie giften aanneemt om zijn ambtsplicht te vervullen. Als reden tot verruiming van de strafbaarheid wordt aangehaald dat ook in deze gevallen het publieke vertrouwen in de integriteit van de overheid wordt geschonden. Mevis merkt daarbij in navolging van de wetgever op dat het ongewenst is dat een ambtenaar die weliswaar binnen de rechtmatige uitoefening van zijn bediening blijft, maar zich bereid toont zijn optreden door giften, beloften of diensten te laten beïnvloeden, onbestraft blijft.¹¹⁵⁷

Het in paragraaf 5.3.5 aangehaalde verschil in strafmaximum laat zich volgens de wetgever verklaren door de veronderstelling dat het publieke vertrouwen in de integriteit van de

¹¹⁵⁵ Deze paragraaf is ontleend aan de masterscriptie van mij: *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, p. 17-26.

¹¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 391, nr. 8, p. 10.

¹¹⁵⁷ H.J.B. Sackers, P.A.M. Mevis, *Fraudedelicten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 93.

overheid ernstiger wordt aangetast wanneer de tegenprestatie een schending van de ambtsplicht oplevert. De belangrijkste reden om het onderscheid tussen artikel 362 Sr en artikel 363 Sr te handhaven lag volgens de minister in het feit dat gevallen van omkoping waarbij de ambtenaar wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het voordeel verband hield met handelen of nalaten in strijd met de ambtsplicht naar algemeen gevoelen laakbaarder moet worden geacht dan de gevallen van omkoping waarbij bedoelde wetenschap ontbreekt.¹¹⁵⁸ Ook Van der Lugt licht het belang van dit onderscheid toe. Volgens hem is een lagere straf gewenst als de ambtenaar in kwestie zijn ambtsverplichting niet verzaakt.¹¹⁵⁹

5.4.3 Internationale invloeden

Het OECD-corruptieverdrag, het EU-corruptieprotocol, de EU-corruptieovereenkomst, het RvE-Corruptieverdrag en het VN-Corruptieverdrag gaan alle in op de vraag over de voorwaarde van strafbaarheid van een ambtenaar. Het OECD-corruptieverdrag noemt de strijdigheid van handelen en nalaten met de plicht van de ambtenaar in het geheel niet als voorwaarde voor strafbaarheid.¹¹⁶⁰ In het Tractatenblad is de strafbaarheid uit het OECD-corruptieverdrag als volgt vertaald: *“teneinde te bewerkstelligen dat de ambtenaar handelt of nalaat te handelen in de uitoefening van overheidstaken”*. De officiële toelichting bij het OECD-verdrag laat zien dat het opnemen van het bestanddeel ‘in strijd met ambtsplicht’ in overeenstemming is met het verdrag indien dit bestanddeel zeer ruim wordt uitgelegd: *“Iedere ambtenaar heeft een plicht om op onpartijdige wijze zijn bevoegdheden uit te oefenen en besluiten te nemen en deze plicht niet steeds wettelijk onderbouwd hoeft te zijn en in rechte bewezen hoeft te worden.”*¹¹⁶¹ Nederland hield vast aan het onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde prestaties, waardoor impliciet ook aan deze voorwaarde uit het OECD-corruptieverdrag werd voldaan.

In tegenstelling tot het OECD-corruptieverdrag verplichten het EU-corruptieprotocol en de EU-corruptieovereenkomst slechts tot het strafbaar stellen van passieve ambtelijke omkoping, waarbij het betreffende handelen of nalaten van de ambtenaar in strijd is met diens ambtsplicht.¹¹⁶² Het handelen dat ‘niet in strijd is met de ambtsplicht’ wordt in EU-

1158 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht, een studie over omkoping en andere ambtsdelicten (diss. Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 249.

1159 B.W.M. van der Lugt, ‘Justitie: opsporing en vervolging van corruptie’, in: L.W.J.C. Huberts (red.), *Bestuurlijke corruptie en fraude in Nederland*, Arnhem: 1992, p. 73.

1160 Smid (2012), p. 217.

1161 Paragraaf 3 van de officiële toelichting bij het OECD-corruptieverdrag. Daarbij gaat mijns inziens de OECD ervan uit dat een land de strafbaarstelling van het ‘niet strijdig handelen met de plicht’ niet heeft opgenomen in de wet, indien ‘in strijd met de ambtsplicht’ wel ruim moet worden geïnterpreteerd.

1162 Smid (2012), p. 218.

verband niet aanbevolen, aangezien dit een te licht vergrijp is om op Europees niveau te regelen. Desondanks wordt in het EU-corruptieprotocol een aanzet gegeven aan de lidstaten om het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' zo ruim te interpreteren dat ook het handelen van een ambtenaar overeenkomstig zijn ambtsplicht onder de strafbaarstelling valt.¹¹⁶³

Met het RvE-corruptieverdrag¹¹⁶⁴ wordt aangesloten bij het OECD-verdrag: *"om een handeling te verrichten of na te laten te verrichten in de uitoefening van zijn taken"*.¹¹⁶⁵ Strijdigheid met de plicht wordt in het verdrag geheel niet als voorwaarde voor strafbaarheid genoemd.¹¹⁶⁶ Daarentegen constateert de Raad van Europa dat in sommige lidstaten ambtsstrijdig handelen als voorwaarde voor strafbaarheid wordt gesteld terwijl er volgens de Raad geen bezwaar bestaat ingeval 'niet-ambtsstrijdig' handelen ook strafbaar wordt gesteld. Bovendien is de Raad van mening dat ambtsstrijdig handelen zwaarder zal moeten worden gestraft dan niet-ambtsstrijdig handelen.

Het VN-verdrag sluit aan bij zowel het RvE-corruptieverdrag als het OECD-verdrag: *"opdat de functionaris een handeling verricht of nalaat bij de uitvoering van zijn of haar officiële taken"*. Ook hier is geen sprake van strijdigheid met de plicht als voorwaarde voor strafbaarheid.¹¹⁶⁷ Alleen de EU-regelgeving verplicht dus minimaal tot het opnemen van het ambtsstrijdig handelen, waarbij in gedachten moet worden gehouden dat in de EU-regelgeving de lidstaten worden aangezet om ambtsstrijdig handelen zeer ruim te interpreteren. Tevens wordt zowel de in de EU-regelgeving als in het RvE-corruptieverdrag ambtsstrijdig handelen als een zwaarder delict gezien dan niet-ambtsstrijdig handelen. Het VN-Corruptieverdrag en het OECD-corruptieverdrag maken dit onderscheid niet.

In de paragrafen 5.4.4 en 5.4.5 wordt geconstateerd dat Nederland het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' ruim geïnterpreteerd, waardoor meer wordt aangesloten bij deze internationale wetgeving.

1163 Zie paragraaf 2.6 van het toelichtend rapport bij het EU-corruptieprotocol.

1164 Het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.

1165 De Nederlandse vertaling uit *Trb.* 2000, 130 van 'to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions'.

1166 Smid (2012), p. 219.

1167 Idem.

5.4.4 Literatuur

In de literatuur is bediscussieerd of het aannemen van giften, beloften of diensten als zodanig in strijd met de ambtsplicht¹¹⁶⁸ kan zijn. 't Hooft stelt terecht dat daar op grond van het arbeidsrechtelijke ambtenarenrecht¹¹⁶⁹ iets voor te zeggen valt.¹¹⁷⁰ Daarentegen wordt in strafrechtelijke zin in het algemeen en van oudsher aangenomen dat van strijd met de ambtsplicht in de zin van artikel 363 Sr slechts sprake kan zijn als de tegenprestatie van de ambtenaar op zichzelf onrechtmatig is.¹¹⁷¹ Het aannemen van giften, beloften of diensten die op zichzelf volgens 't Hooft in strijd met de 'arbeidsrechtelijke' ambtsplicht zijn, spelen bij de bepaling of de ambtenaar strafrechtelijk onrechtmatig heeft gehandeld geen rol.¹¹⁷² Immers, ingeval het aannemen van giften, beloften of diensten in strijd met de ambtsplicht was, zou de functie van artikel 362 Sr verwaarloosbaar worden. Artikel 362 Sr zou dan niet meer kunnen worden overtreden, omdat het logischerwijs onmogelijk zou zijn dat een ambtenaar giften aanneemt in verband met een geoorloofde tegenprestatie.¹¹⁷³ Mevis deelt deze mening en vindt dat het aannemen van de gift of belofte niet het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' kan invullen.¹¹⁷⁴ Het onderscheid tussen artikel 362 Sr en artikel 363 Sr zou dan immers vervallen. Tevens biedt de formulering van de wettelijke omkopingsbepalingen houvast voor de gedachte dat de tegenprestatie als zodanig in strijd met de ambtsplicht moet zijn: 'in strijd met zijn plicht om iets te doen of na te laten'. Dat aannemen van de gift, belofte of dienst in strijd kan zijn met de ambtsplicht blijkt derhalve niet uit de wettekst.

De vraag of een tegenprestatie in strijd met de ambtsplicht is, kan niet los worden gezien van verschillende rechtsontwikkelingen van na 1886. Enerzijds valt vanaf die periode een toename van de beoordelingsvrijheid en van de discretionaire bevoegdheden van ambtenaren te onderkennen¹¹⁷⁵, anderzijds wordt die vrijheid meer en meer genormeerd door het ongeschreven recht, beginselen van behoorlijk bestuur, ambtelijke instructies en dergelijke.¹¹⁷⁶ Deze rechtsontwikkelingen hebben ervoor gezorgd dat het moeilijk is om te bepalen of in strijd met de ambtsplicht is gehandeld.

1168 In de literatuur worden ambtsplicht en plicht veelal door elkaar gebruikt, waardoor in dit proefschrift deze begrippen als synoniemen worden onderkend. Zie Smid (2012), p. 216.

1169 Op grond van het Algemeen Rijksambtenaren reglement (ARAR) is het verboden giften, beloften en steekpenningen van derden aan te nemen.

1170 H.P. 't Hooft, *omkoopning van ambtenaren*, Leiden, 1890, p. 70.

1171 Sikkema (2012), p. 250.

1172 't Hooft (1890), p. 61.

1173 A. Minkenhof, 'Artikel 362 en 363 W.v.S.', *NJB* 1948, p. 755.

1174 Mevis (2000), p. 65.

1175 Sikkema (2005), p. 251.

1176 Idem.

Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren. Een minder complexe casus zou zijn een politieambtenaar die weigert proces-verbaal op te maken van een strafbaar feit terwijl hij op grond van strikte beleidsregels verplicht is dit te doen. Dit levert strijdigheid met de ambtsplicht op. Daarbij handelt een politieambtenaar die een proces-verbaal opmaakt van het strafbare feit onder het aannemen¹¹⁷⁷ van een gift, belofte of dienst van het slachtoffer in kwestie duidelijk niet in strijd met de ambtsplicht. Een complexere aangelegenheid dient zich aan ingeval de politieambtenaar in dit verband over een bepaalde beoordelingsvrijheid beschikt, maar daarbij wel is gebonden aan ongeschreven rechtsregels. De vraag kan dan worden gesteld of een ambtenaar in strijd met de ambtsplicht kan handelen, indien hij binnen zijn beoordelingsvrijheid handelt. Met andere woorden, kunnen ongeschreven rechtsregels inbreuk maken op de wettelijk vastgelegde beoordelingsvrijheid van de ambtenaar teneinde handelen of nalaten in strijd met de ambtsplicht te kunnen aannemen? Diverse auteurs hebben zich over deze kwestie uitgelaten. Minkenhof is van mening dat de ambtenaar die binnen zijn ruime bevoegdheden handelt en zijn beslissing laat bepalen door giften of beloften, slechts strafbaar is op grond van artikel 362 Sr.¹¹⁷⁸ Dit sluit aan bij de gedachte dat op basis van discretionaire bevoegdheden voordelen voor de omgekochte kunnen ontstaan, maar dat daarbij geen blijk is van ongeoorloofd handelen. Fokkens heeft zijn twijfels bij de visie van Minkenhof en meent dat de wetgever destijds nog geen rekening kon houden met de omstandigheid dat de plicht tegenwoordig ook veel ongeschreven recht omvat.¹¹⁷⁹ Hij stelt dat de onrechtmatige tegenprestatie ook kan afhangen van een schending van het ongeschreven recht. Van Veen en Koopmans zijn daarentegen van mening dat ambtenaren die binnen de “*door de wetgever gelaten marge*” handelen, niet op grond van artikel 363 Sr kunnen worden aangesproken. Koopmans voegt daaraan toe dat het gedrag van de ambtenaar alleen in strijd met de ambtsplicht kan zijn ingeval deze handelt tegen een gebod of verbod gebaseerd op of voortvloeiend uit de wet.¹¹⁸⁰ Van Rest en Van Es constateren dat veel meer handelingen door de verruiming van de discretionaire bevoegdheden voor ambtenaren onder de reikwijdte van artikel 362 Sr zouden moeten vallen.¹¹⁸¹ Alleen Remmelink is van oordeel dat juist door de toegenomen ambtelijke instructies en ambtenarenreglementen de beleidsmarge is afgenomen, waardoor artikel 362 Sr in minder gevallen van toepassing kan zijn.¹¹⁸²

1177 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.9.1 voor een uiteenzetting van het begrip aannemen.

1178 Minkenhof (1948), p. 755.

1179 J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Remmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 362 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 362*, bijgewerkt tot 15 september 2009.

1180 C.P.M. Cleiren, J.F. Nijboer (red.), *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 363 Sr*, bijgewerkt tot 2002.

1181 P.H.S. van Rest, F. van Es, 'Ambtelijke corruptie en strafrecht; werk voor de wetgever' *NJB* 1994, afl 24, p. 814.

1182 Sikkema (2005), p. 253.

5.4.5 Jurisprudentie

In oudere rechtspraak hield 'in strijd met de ambtsplicht' veelal in het niet voldoen aan een wettelijke plicht¹¹⁸³ en het onbevoegd handelen namens de wel bevoegde instantie.¹¹⁸⁴ In navolgende jurisprudentie wordt geconstateerd dat het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' door de Hoge Raad onder invloed van drie ontwikkelingen ruim wordt uitgelegd.

In 1948 hanteerde rechtbank Arnhem een ruimere benadering van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht'. In een zaak over het voorrang verlenen van vergunningen overwoog de rechtbank *"dat aan alle bij de betreffende dienst werkzame ambtenaren was medegedeeld dat zij objectief en zonder aanzien des persoons moesten handelen en zij zich daarbij niet mochten laten leiden door persoonlijke voorkeuren ten aanzien van de aanvragers"*. Verder merkte de rechtbank nog op dat voor de behandeling van aanvragen een 'vastomlijnde gedragslijn' was vastgesteld.¹¹⁸⁵ De vraag is of deze mededeling op basis van het gelijkheidsbeginsel en deze 'gedragslijn', die bestaat uit vage normen en een niet dwingende volgorde van verlenen van vergunningen, genoeg aanleiding bieden om 'in strijd met de ambtsplicht' te kunnen aannemen. De rechtbank veroordeelde de ambtenaar op grond van artikel 363 Sr. Minkenhof heeft gelijk met zijn bewering dat de rechtbank de reikwijdte van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' te veel heeft verruimd, waardoor dit bestanddeel op basis van vage normen en beginselen wordt aangenomen.¹¹⁸⁶ De vraag of deze normen en beginselen, die ruim kunnen worden geïnterpreteerd, de basis moeten zijn voor een veroordeling die het strafmaximum van twee jaar naar vier jaar gevangenisstraf rechtvaardigt, dient - ook volgens Minkenhof - ontkennend te worden beantwoord. Ingeval op basis van ambtsinstructies en voorschriften een dwingende volgorde van het verlenen van vergunningen was vastgelegd, zou er wel een schending van artikel 363 Sr plaatsvinden.

1183 HR 13 november 1893, W 6427; HR 3 januari 1898, W 7076; HR 27 juni 1898, W 7147, HR 31 januari 1950, NJ 1950, 668.

1184 HR 28 juni 1920, W 10 618.

1185 Rb. Arnhem 6 april 1948, NJ 1948/561.

1186 Minkenhof (1948), p. 754.

De Hoge Raad heeft in 1952 de wettelijke bepaling van artikel 162 Sv¹¹⁸⁷ (wettelijke aangifteplicht aan de officier van justitie van ambtelijke misdrijven) gebruikt om op deze wijze een wettelijke bepaling te creëren die als basis kon functioneren voor de vaststelling of de ambtsplicht werd geschonden.¹¹⁸⁸ Uit dit arrest blijkt dat de aangifteplicht inhoudt dat er ook een meldingsplicht geldt tegenover superieuren, aangezien het hier gaat om *“het verrichten van een deel der overheidstaak”*. In casu bleek dat de ambtenaar de uitkeringsfraude niet tegenover zijn superieuren had gemeld onder invloed van de ontvangen giften van de omkoper.

Uit voornoemde jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid dat door de invloed van de ontwikkeling naar meer discretionaire bevoegdheden, vage normen en beginselen de basis kunnen vormen voor de vaststelling of de ambtsplicht is geschonden. Daarnaast kan worden afgeleid dat het aannemen van strijdigheid met de ambtsplicht een sterk casuïstische aangelegenheid blijft die maar net afhangt van welke voorschriften en regelingen op de ambtenaar in kwestie van toepassing zijn. Men kan aan de behandelde rechtspraak dan ook nauwelijks algemene gevolgtrekkingen verbinden nu die regelingen verschillen per functie, tijdstip en plaats.¹¹⁸⁹ Bovendien kan worden afgeleid dat aan het standpunt dat de onrechtmatigheid van de tegenprestatie als zodanig zal moeten worden beoordeeld, (nog) geen afbreuk wordt gedaan. De omstandigheid dat door giften het handelen van de ambtenaar wordt beïnvloed, speelt geen rol bij de vaststelling van de onrechtmatige tegenprestatie, maar uiteraard wel voor de vaststelling van ambtelijke omkoping.¹¹⁹⁰ In recentere rechtspraak wordt geconstateerd dat aan de vereiste dat de onrechtmatigheid van de tegenprestatie als zodanig zal moeten worden beoordeeld, afbreuk wordt gedaan.

In een arrest uit 1987 lijkt de Hoge Raad dit vereiste te verlaten.¹¹⁹¹ De verdachte is een ambtenaar die steekpenningen heeft aangenomen om aan de omkoper opdrachten op het gebied van grond- en zandwerk te gunnen.¹¹⁹² Zowel de advocaat-generaal als de

1187 Artikel 162 lid 1 Sv: Openbare colleges en ambtenaren die in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van een misdrijf met de opsporing waarvan zij niet zijn belast, zijn verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen, met afgifte van de tot de zaak betrekkelijke stukken, aan de officier van justitie of aan een van zijn hulpofficieren, indien het misdrijf is een ambtsmisdrijf als bedoeld in titel XXVIII van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, dan wel indien het misdrijf is begaan door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht heeft geschonden of daarbij gebruik heeft gemaakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken, dan wel indien door het misdrijf inbreuk op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een regeling waarvan de uitvoering of de zorg voor de naleving aan hen is opgedragen.

1188 HR 24 juni 1952, NJ 1952/720.

1189 Sikkema (2005), p. 258.

1190 Immers, zonder gift, belofte of dienst is er geen sprake van ambtelijke omkoping.

1191 HR 22 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9973, NJ 1988/381.

1192 Sikkema (2005), p. 259.

Hoge Raad zijn van mening dat door het ontvangen van steekpenningen de ambtenaar in strijd met zijn plicht heeft gehandeld. Dat een aldus in zijn bediening handelende hoofdamtenaar van de gemeente 'in strijd met zijn plicht' handelt, is dan van algemene bekendheid, aldus de Hoge Raad.¹¹⁹³ De advocaat-generaal en de Hoge Raad stappen in dit arrest af van de heersende leer dat ontvangen giften, beloften of diensten geen invloed mogen hebben op de vaststelling van een onrechtmatige tegenprestatie.

Sikkema stelt terecht dat de Hoge Raad op basis van de voorgeschreven gedragsnormen of wetten had moeten vaststellen of de tegenprestatie onrechtmatig was. Ten onrechte wordt de onrechtmatigheid hier afgeleid uit het aannemen van giften.¹¹⁹⁴ Het gevaar van afbreuk van de heersende leer heeft immers tot gevolg dat artikel 362 Sr een verwaarloosbare bepaling wordt. Elk aannemen van een gift, belofte of dienst zou een onrechtmatige tegenprestatie opleveren, waardoor een rechtmatige tegenprestatie in het kader van artikel 362 Sr niet meer mogelijk zou zijn. Deze nieuwe lijn stuit op kritiek, aangezien de wetgever niet zonder reden een onderscheid heeft gemaakt in de twee soorten passieve ambtelijke omkoping. Door de ene variant zo ruim in te vullen dat de andere variant zijn bestaansrecht verliest, wordt afbreuk gedaan aan het wettelijk systeem.¹¹⁹⁵ Tevens wordt door deze ontwikkeling het strafmaximum impliciet verhoogd van twee jaar naar vier jaar. Deze nieuwe lijn heeft de Hoge Raad, een maand na dit arrest bevestigd en in 2005 en 2010 herbevestigd.¹¹⁹⁶ De advocaat-generaal hield daarentegen in het arrest van 1987, *NJ* 1988/472 vast aan de oude leer, aangezien het aannemen van giften "uiteraard" deze plichtsschending niet meebrengt.¹¹⁹⁷ De nieuwe leer van de Hoge Raad heeft ervoor gezorgd dat het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' ruim wordt uitgelegd, waardoor strafbaarheid op grond van artikel 362 Sr onterecht wordt beperkt.

Een andere ontwikkeling is mede debet geweest aan de verruimde reikwijdte van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht'. Het OM nam in de tenlastelegging op, om strafbaarheid op grond van artikel 363 Sr aan te nemen, 'het om andere dan zakelijke redenen

1193 HR 22 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9973, *NJ* 1988/381.

1194 Sikkema (2005), p. 260.

1195 Idem.

1196 HR 13 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3224, *NJ* 1988/472; HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8314, AT8318, AT8328 en AT8330. In de arresten lijkt te worden geaccepteerd dat in strijd met de ambtsplicht kan worden afgeleid uit het enkele feit dat een opdracht wordt gegund aan een bedrijf dat steekpenningen heeft betaald. Hof Arnhem 30 november 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO5821: door het aannemen van giften als de onderhavige heeft verdachte aldus gehandeld in strijd met zijn ambtsplicht. Kort samengevat wordt aan verdachte tenlastegelegd dat hij zich als ambtenaar al dan niet samen met een ander heeft laten 'omkopen' omdat hij in strijd met zijn ambtsplicht betalingen voor bordeelbezoeken en horecagelegenheden alsmede kostenloze verbouwingen en leveringen van goederen heeft aangenomen.

1197 Sikkema (2005), p. 260.

begunstigen'. Het Hof 'repareerde' deze vergissing, aangezien het onbegrijpelijk is dat het OM op grond van de bestaande wettelijke bepaling deze eis stelde door strijdigheid met de plicht aan te nemen op basis van de woorden "*het om andere dan zakelijke redenen begunstigen*".¹¹⁹⁸ Helaas werd dit criterium in 1999 door de Hoge Raad¹¹⁹⁹ en in 2006 door Rechtbank Roermond¹²⁰⁰ herhaald bij het bepalen of sprake is van strijdigheid van de ambtsplicht. In de recentere ambtelijke omkopingsrechtspraak wordt zelfs voor de motivering van dit bestanddeel summier verwezen naar de voorgaande algemene overwegingen in de uitspraak¹²⁰¹ of wordt het bestanddeel helemaal niet gemotiveerd.¹²⁰² Daarentegen zijn er ook enkele uitspraken waarbij in strijd met zijn plicht terecht wordt gemotiveerd met de motivering dat in strijd met de ambtenarenreglementen is gehandeld.¹²⁰³ Het gebruik van dit criterium is dus over het algemeen arbitrair, aangezien dit criterium voor meerdere interpretaties vatbaar is. Dit leidt tot hetzelfde gevolg, als de invloed van de ontwikkeling naar meer discretionaire bevoegdheden, om vage normen en beginselen de basis te laten zijn om vast te stellen of de ambtsplicht is geschonden. Dit criterium van het 'onzakelijk handelen' zou zijn weerslag moeten vinden in concrete voorschriften, wetgeving en ambtelijke instructies. De rechtsontwikkeling naar vage normen en toepasselijke beginselen voor ambtenaren, de nieuwe lijn van de Hoge Raad dat ontvangen giften, beloften of diensten invloed mogen hebben op de vaststelling of er sprake is van een onrechtmatige tegenprestatie en het criterium 'het om andere dan zakelijke redenen begunstigen' hebben gezorgd voor een ruimere reikwijdte van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht'. De vraag kan gesteld worden of artikel 362 Sr door deze ruime interpretatie in onbruik is geraakt.

De Hoge Raad krijgt artikel 362 Sr in beperkte mate voorgelegd. Het in de gelegenheid stellen een goede naam te krijgen of te houden bij de gemeente, het kweken van goodwill bij het gemeentebestuur en een goed 'woordje voor iemand doen' zijn redenen voor de Hoge Raad om artikel 362 Sr toe te passen. Sikkema licht toe dat deze situaties niet onderdoen

1198 Hof Den Bosch 26 mei 1997, parketnr. 20.002203.96 (ongepubliceerd).

1199 HR 16 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1498, NJ 1999/370.

1200 Rb. Roermond 20 april 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AW2413.

1201 Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:354 (Inhoudsindicatie: passieve omkoping ambtenaar).

1202 Rb. Zeeland-West-Brabant 18 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9725 (Inhoudsindicatie: agent wegens corruptie veroordeeld tot 12 maanden gevangenisstraf, Art 363 Sr). Rb. Noord-Holland 3 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11551 (Inhoudsindicatie: H. heeft zich in de periode dat hij gedeputeerde was van de provincie Noord-Holland meerdere malen als ambtenaar laten omkopen en uit misdrijf verkregen gelden witgewassen. H. heeft, aldus de rechtbank, vele malen - grote - geldbedragen van bedrijven ontvangen die zijn gedaan om H. gunstig te stemmen en om H. te bewegen zaken in een voor hun gunstige richting te laten lopen. Daarnaast is H. veroordeeld wegens valsheid in geschrift en witwassen van 15 grote geldbedragen.)

1203 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH225. Rb. Amsterdam 19 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7622. Rb. Den Haag 23 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ8217. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7454.

aan het creëren van een bevoorrechte positie bij het aanbesteden van werken en het gunnen van opdrachten.¹²⁰⁴ Sikkema concludeert vervolgens in navolging van Roording dat de Hoge Raad geen scherp onderscheid meer lijkt te maken tussen gedragingen die strijdig zijn met de ambtsplicht en gedragingen die dat niet zijn, waardoor het onderscheid tussen de artikelen 362 en 363 Sr een arbitrair karakter heeft gekregen.¹²⁰⁵

Uit deze analyse van de uitwerking van het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ in de ambtelijke omkopingsbepalingen kan worden afgeleid dat een invoering van dit arbitraire bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ in de niet-ambtelijke omkopingsbepaling geen verstandige keuze is. Dit omdat het bestanddeel zich niet of vrijwel niet verdraagt met het lex-certa-beginsel, dat inhoudt dat het voor iedereen duidelijk en voorzienbaar moet zijn welk strafbaar handelen onder een bepaald artikel(lid) valt. Een bestanddeel dat - in overeenstemming met het lex-certa-beginsel - aansluit bij concrete geschonden voorschriften is derhalve gewenst. Op deze manier wordt dit bestanddeel eveneens in de niet-ambtelijke omkopingsbepaling vermeden en kan voor zowel de delicten ambtelijke omkoping als niet-ambtelijke omkoping beter aansluiting worden gezocht bij de stringentere formulering van het EU-kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector: *“in strijd met een wettelijke plicht of, naargelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon”*. Dit heeft als voordeel dat de gift, dienst of belofte geen invloed kan hebben op het handelen of nalaten te handelen dat in strijd met de plicht zou moeten zijn. Dit is ook in lijn met de oorspronkelijke gedachte van de wetgever van de invoering van het bestanddeel ‘in strijd met de plicht’. In paragraaf 5.8 wordt hier nader op ingegaan.

5.5 WET ‘VERRUIMING MOGELIJKHEDEN BESTRIJDING FINANCIËEL-ECONOMISCHE CRIMINALITEIT’¹²⁰⁶

5.5.1 Algemeen

De aantrekkelijkheid van het plegen van deze ambtelijke omkopingsfeiten blijkt ook uit de cijfers; het aantal strafrechtelijke veroordelingen met betrekking tot ambtelijke corruptie is de afgelopen tien jaar verdubbeld.¹²⁰⁷ Volgens de minister vormde omkoping van ambtenaren een belangrijke bedreiging voor het functioneren van de overheid. De kern van de democratische samenleving is immers een overheid waarop burgers kunnen

¹²⁰⁴ Sikkema (2005), p. 262.

¹²⁰⁵ Idem, zie ook J.F.L. Roording, ‘Corruptie in het Nederlands strafrecht’, *DD* 2002, p. 106-161.

¹²⁰⁶ Deze paragraaf is deels ontleend aan de masterscriptie van mij, *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, p. 28-38.

¹²⁰⁷ L.W.J.C. Huberts, J.M. Nelen, *Corruptie in het Nederlandse openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma BV 2005, p. 242.

vertrouwen, en wier besluitvorming op integere wijze tot stand komt. Internationale ondernemingen vestigen zich graag in ons land omdat Nederland al jaren bekendstaat als een betrouwbare handelspartner. Deze uitstraling wil de minister graag behouden, wat betekent dat er krachtig moet worden opgetreden tegen ambtelijke omkoping. Het uitblijven van een adequate strafrechtelijke reactie kan het vertrouwen van de burger in de overheid duurzaam beschadigen en kan een negatieve invloed uitstralen op het beeld van Nederland in het buitenland.¹²⁰⁸

5.5.2 Juridische aanleiding

Uit de memorie van toelichting op de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit bleek dat de wetgever, zoals Sikkema voorstelt, het onderscheid tussen handelen in strijd met de ambtsplicht en handelen zonder in strijd met de ambtsplicht af te schaffen.¹²⁰⁹ Sikkema constateerde dat er door de uitgebreide uitleg van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' bijna geen gevallen meer zijn waarin de ambtenaar iets doet of nalaat zonder daarbij in strijd met zijn plicht te handelen.¹²¹⁰ Slechts in het onwaarschijnlijke geval waarin de ambtenaar wordt omgekocht tot iets waartoe hij toch al zonder meer verplicht was, zal aan het laatstgenoemde artikel nog behoefte bestaan.¹²¹¹ Dit geval blijft een theoretische uitzondering, aangezien het onwaarschijnlijk is dat een omkoper een ambtenaar zou omkopen indien de ambtenaar daar zonder meer verplicht toe was. Het is de vraag of artikel 362 Sr nog wel bestaansrecht heeft nu de rechter door de extensieve uitleg van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht', veelvuldig artikel 363 Sr toepast.

In de Tweede Kamer is in 2000 aandacht besteed aan het opheffen van het onderscheid tussen handelen 'in strijd met de ambtsplicht' en handelen 'zonder in strijd met de ambtsplicht': *"Valt er niet iets voor te zeggen de strafbedreiging in deze twee situaties gelijk te trekken, gelet op enerzijds het feit dat het feitelijk omkoping is die men wenst tegen te gaan, en anderzijds het feit dat in de situatie dat een omgekochte ambtenaar iets doet dat niet in strijd is met zijn plicht, toch andere burgers dan de omkoper daarvan schade kunnen ondervinden?"*¹²¹² De minister wees voorgaande argumenten af met de stelling dat schendingen in strijd met de ambtsplicht 'naar algemeen gevoelen laakbaarder' worden geacht en een 'extra kwalijk

1208 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 1 (MvT).

1209 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 1 (MvT), p. 5.

1210 Sikkema (2005), p. 265.

1211 Idem.

1212 Sikkema (2005), p. 267. Nota naar aanleiding van verslag (Wet Herziening Corruptiewetgeving 2000), p. 5 en 11.

karakter' hebben.¹²¹³ Sikkema deelt deze stellingname van de minister niet, aangezien, zoals gezegd, door de ruime uitleg van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' artikel 362 Sr nauwelijks wordt toegepast, waardoor 'naar algemeen gevoelen laakbaarder gedrag' minder aannemelijk is geworden. Eveneens kan volgens hem het 'extra kwalijke karakter' ook uit andere omstandigheden blijken, zoals de hoogte van de steekpenningen, de hoogte van de positie van de ambtenaar en de mate waarin andere burgers, bedrijven en de overheid zijn benadeeld.

Sikkema voert naast het argument dat artikel 362 Sr nauwelijks nog bestaansrecht heeft, nog drie argumenten aan om dit onderscheid te laten vervallen. Ten eerste vindt hij met Munneke dat door het behoud van het onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde tegenprestaties hoge bomen strafrechtelijk minder wind vangen dan lage bomen.¹²¹⁴ Leidinggevende ambtenaren hebben immers binnen het ambtenarenwezen meer discretionaire bevoegdheden dan uitvoerende ambtenaren, waardoor 'onplichtmatig' gedrag volgens Munneke een nauwelijks te hanteren categorie is.¹²¹⁵ Een schending van een wet, uitvoeringsregeling of circulaire die strijd oplevert met de ambtsplicht, komt veel vaker voor bij ambtenaren die uitvoerend werk verrichten.

Ten tweede zal in de tenlastelegging bij een verkeerde keuze tussen artikel 362 en artikel 363 Sr bewijsproblematiek kunnen leiden tot vrijspraak. Tegelijkertijd kan door de scherpe scheiding tussen beide bepalingen een 'straffeloos gat' ontstaan ingeval niet kan worden bewezen dat de ambtenaar moet weten of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat hij door die tegenprestatie ambtsstrijdig dan wel niet-ambtsstrijdig handelt. Het samenvoegen van de artikelen kan volgens hem ook in dit opzicht een verbetering betekenen.¹²¹⁶

Ten derde zal het opheffen van het onderscheid leiden tot een belangrijke vereenvoudiging van de omkopingsregeling, hetgeen vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en effectieve wetshandhaving zonder meer valt toe te juichen.¹²¹⁷ Deze vereenvoudiging is nodig aangezien na de Wet Herziening Corruptiewetgeving 2000¹²¹⁸ een ambtenaar die gunsten aanneemt of vraagt tegenwoordig te maken kan krijgen met maar liefst veertien verschillende vormen van (passieve) corruptie, terwijl dat voor 2001 maar drie waren.¹²¹⁹

1213 Nota naar aanleiding van verslag (Wet Herziening Corruptiewetgeving 2000), p. 11.

1214 H.F. Munneke, 'Begiftigde ambtsdragers buiten het strafrecht?', *NJB* 1998, p. 1686-1687.

1215 Sikkema (2005), p. 267. Nota naar aanleiding van verslag (Wet Herziening Corruptieherziening), p. 268.

1216 Sikkema (2005), p. 267.

1217 Roomen en Sikkema (2012), p. 2.

1218 Wet van 13 december 2000, *Stb.* 616.

1219 Roomen en Sikkema (2012), p. 2 e.v.

Door het bedoelde onderscheid op te heffen en de artikelen 362 en 363 Sr samen te voegen is het aantal wettelijke varianten van ambtelijke omkoping in het per 1 juli 2014 door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel aanzienlijk teruggebracht. De zes delictsvarianten die thans in artikel 362 Sr worden genoemd, zijn immers komen te vervallen.¹²²⁰

Deze argumenten van Sikkema¹²²¹ hebben bij de wetgever gezorgd voor een ommekeer in het denken over het behoud van het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen. Volgens de wetgever staat tegenwoordig niet het ambtsstrijdig handelen centraal, maar ieder ambtelijk handelen. Dergelijk handelen dient vrij te blijven van welke geldelijke beïnvloeding dan ook.¹²²² Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het feit dat een ambtenaar gunsten aangeboden krijgt om zijn handelen te beïnvloeden en deze aanneemt, niet alleen onbehoorlijk en daarom strafbaar is, maar daarnaast de integriteit en daarmee de legitimiteit van de overheid in gevaar brengt.¹²²³

5.5.3 Wetswijziging

De minister wilde het in de oude ambtelijke omkopingsbepalingen opgenomen onderscheid tussen handelen 'in strijd met de ambtsplicht' en handelen 'zonder in strijd met de ambtsplicht' afschaffen. De minister stelde concreet voor om in de artikelen 177 en 363 Sr actieve en passieve omkoping van een ambtenaar strafbaar te stellen, onafhankelijk van de vraag of daarbij een ambtsplicht wordt geschonden. Op deze wijze vervallen specifiek de bepalingen 177a en 362 Sr. Tevens werd voorgesteld de straffen voor actieve en passieve ambtelijke omkoping te verhogen tot zes jaar gevangenisstraf met een geldboete van de vijfde categorie. Hierbij moet in gedachten worden gehouden dat op dit moment voor zowel actieve als passieve ambtelijke omkoping voor het zonder in strijd handelen met de ambtsplicht een maximale gevangenisstraf staat van twee jaar. Dit betekent dat de straffen met maar liefst 200% zijn verhoogd.

5.5.4 Advies Raad van State

De Afdeling advisering van de Raad van State haalt nogmaals het onderscheid in de wettelijke strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping tussen handelen in strijd met zijn plicht en handelen zonder in strijd met zijn plicht aan. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat in de rechtspraak het onderscheid tussen al dan niet handelen in

¹²²⁰ Idem.

¹²²¹ Ook Van der Lugt, Roording en Pereira pleiten voor een praktische en theoretische afschaffing van dit onderscheid. C. Pereira, *Omkoping van buitenlandse ambtenaren, opsporing, rechtsmacht en berechting van misdrijven tegen het openbaar gezag*, Celsus 2012, p. 56.

¹²²² *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, nr. 3, p. 5 (MvT).

¹²²³ Idem.

strijd met de ambtsplicht steeds meer is gerelativeerd.¹²²⁴ De Afdeling is het eens met deze stelling, waardoor de bestaande wettelijke regeling kan worden vereenvoudigd door dit onderscheid af te schaffen.¹²²⁵ Daar staat tegenover dat de Afdeling kritiek heeft op de strafverhoging voor ambtelijke omkoping naar maximaal zes jaar gevangenisstraf. De Afdeling haalt daarbij het derde evaluatierapport van GRECO aan, waarbij alleen een strafverhoging bij niet-ambtelijke omkoping is geadviseerd en niet is gesproken over een strafverhoging voor de ambtelijke omkopingsbepalingen.¹²²⁶

5.5.5 Reacties Sikkema, Roomen en De Roos

De Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, die op 1 januari 2015 is ingevoerd, is met betrekking tot de wijziging in de ambtelijke omkopingsbepalingen veelal gebaseerd op het voorstel van Sikkema om het huidige onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen af te schaffen. Dit voorstel heeft als bijkomstig effect dat het strafmaximum op grond van artikel 363 Sr beperkt blijft tot vier jaar.¹²²⁷ De wetgever heeft daarentegen als aanvulling op dit concept een verhoging van het strafmaximum van artikel 363 Sr naar zes jaar gevangenisstraf voorgesteld. Hierbij moet worden bedacht dat op dit moment op zowel actieve als passieve ambtelijke omkoping voor het zonder in strijd handelen met de ambtsplicht een maximale gevangenisstraf van twee jaar staat. Sikkema en Roomen vinden dat voor een dergelijke forse verhoging zwaarwegende argumenten dienen te worden aangevoerd.¹²²⁸ De memorie van toelichting is hier echter uiterst summier over.¹²²⁹ Ook De Roos zet vraagtekens bij de verhoging van de strafmaxima naar zes jaar. Volgens hem ontbreekt in de memorie van toelichting ten aanzien van de onderbouwing van deze strafverhogingen elke verwijzing naar empirische gegevens en casuïstiek die deze strafverhoging zouden kunnen rechtvaardigen.¹²³⁰ De opmerking van de minister dat Nederland een betrouwbare handelspartner zal moeten blijven, bracht voor de rechtvaardiging van deze strafverhoging volgens De Roos onvoldoende steun.¹²³¹

1224 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3 (paragraaf 3.3, laatste zin).

1225 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 4, p. 7.

1226 De GRECO heeft in de derde evaluatie van Nederland voorgesteld het strafmaximum met betrekking tot private corruptie te verhogen omdat het toenmalige maximum van een jaar onvoldoende afschrikwekkend was (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 391, nr. 8, p. 10). Bij de Wet van 26 november 2009, *Stb.* 2009, 525 is de maximale gevangenisstraf verhoogd van een jaar tot twee jaar.

1227 Sikkema stelt voor een gelijktrekking qua strafmaximum van vier jaar voor de artikelen 362 en 363 Sr.

1228 Roomen en Sikkema (2012), p. 2.

1229 *Ibid.* *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 5.

1230 T. de Roos, *Kroniek van het strafrecht en strafprocesrecht*, *NJB* 2012, p. 4.

1231 *Idem.*

5.6 VOORSTELLEN¹²³²

5.6.1 Voorstel Pereira

In 2012 pleitte Pereira, in navolging van Sikkema, voor de afschaffing van het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen. De afschaffing van het onderscheid zou volgens hem de rechtszekerheid ten goede komen, aangezien de Hoge Raad het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' niet afdoende definieert.¹²³³ Op deze wijze zou afbreuk worden gedaan aan de inzichtelijkheid van de straf. Tevens vindt Pereira, net als Roording, dat de ambtelijke plicht een zekere onpartijdigheid en (schijn van) onkreukbaarheid inhoudt en dat kan worden aangenomen ingeval een ambtenaar deze onpartijdigheid laat varen zodra hij of zij een dienst, belofte of gift aanneemt.¹²³⁴ Het aannemen van deze voordelen is eigenlijk al een inbreuk op het publieke vertrouwen in de overheid, aangezien gehandeld wordt in het kader van het persoonlijk belang en niet in het belang van de overheid, zo meent Pereira.

5.6.2 Voorstel Smid

Lindenberg en Smid constateren dat door de toegenomen discretionaire bevoegdheden onder ambtenaren het in de praktijk lastig is te bepalen of een handeling in strijd met de ambtsplicht dan wel zonder in strijd met de ambtsplicht is.¹²³⁵ Smid stelt vast onder het aanhalen van Sikkema¹²³⁶ dat de huidige wetgeving rechtsongelijkheid creëert, aangezien leidinggevende ambtenaren over meer discretionaire bevoegdheden beschikken, waardoor zij minder snel in strijd met de ambtsplicht handelen. Deze rechtsongelijkheid wordt nog meer versterkt als in het oog wordt gehouden dat beslissingen door leidinggevendenden schadelijker kunnen zijn.¹²³⁷ Smid merkt op dat door het hogere salaris van een leidinggevende ambtenaar zijn integriteit wordt gewaarborgd, aangezien deze dan niet afhankelijk is van andere inkomstenbronnen. Het zou dan ook een reden zijn waarom het extra kwalijk is dat leidinggevende ambtenaren zich laten leiden tot ambtelijke omkoping. De huidige wettelijke systematiek komt volgens hem de rechtsgelijkheid niet ten goede. Smid stelt naar aanleiding van deze argumenten dat er iets valt te zeggen voor het idee van

1232 Deze paragraaf is ontleend aan de masterscriptie van mij, *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, p. 35-37.

1233 Pereira (2012), p. 56.

1234 Pereira (2012), p. 56 en Roording (2002), p. 124.

1235 K. Lindenberg, *Aant. 9^e bij artikel 177 Sr*, in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 950. Lindenberg noemt als voorbeelden het gemeentelijk gedoogbeleid en politiesepots en Smid (2012), p. 303.

1236 Sikkema (2005), p. 575.

1237 Leidinggevendenden hebben bijvoorbeeld sneller toegang tot gevoelige informatie dan lage ambtenaren.

Sikkema, die voorstelde om het onderscheid tussen het handelen of nalaten in strijd met zijn plicht en zonder in strijd met zijn plicht af te schaffen.¹²³⁸

Smid uit echter kritiek op het standpunt van Sikkema dat bij een verkeerde keuze in de tenlastelegging tussen artikel 362 Sr en artikel 363 Sr bewijsproblemen¹²³⁹ kunnen leiden tot vrijspraak. De huidige ruime mogelijkheden tot wijziging van de tenlastelegging zorgen ervoor dat een verkeerde keuze in de tenlastelegging niet snel meer zal leiden tot vrijspraak. Bovendien constateert hij dat in de praktijk vaak een primaire en een subsidiaire variant ten laste wordt gelegd, waardoor dit probleem wordt ondervangen. Smid stelt vast dat door de afschaffing van het onderscheid de strafmaxima van beide varianten gelijk worden getrokken.¹²⁴⁰ Desalniettemin acht hij het aannemelijk dat de rechter bij de strafmaat rekening zal houden met de vraag of de ambtsplicht wel of niet is geschonden. Toch is dit voor de rechter geen harde eis om hiermee rekening te houden. Op grond van deze argumenten valt volgens Smid wel iets te zeggen voor de afschaffing van het onderscheid, maar pleit hij toch voor een herformulering. Hij refereert daarbij aan de oorspronkelijke doelstellingen van de Nederlandse wetgever om een wettelijk onderscheid¹²⁴¹ te maken tussen handelingen in strijd met de ambtsplicht en handelingen zonder in strijd met de ambtsplicht. De wetgever wilde kennelijk een onderscheid tussen ernstige en minder ernstige gevallen van omkoping behouden en wilde niet dat de rechtspraak zelf regels zou ontwikkelen aan de hand waarvan de strafwaardigheid van verschillende gevallen zou worden bepaald.¹²⁴² Ook zal het behoud van het onderscheid het rechtzekerheidsbeginsel ten goede komen, aldus Smid.

Hij stelt voor de strafbepaling van ambtelijke omkoping te herformuleren naar een generalis-specialis-structuur, waarbij alleen bij de specialis 'in strijd met de ambtsplicht' hoeft te worden bewezen. Op deze wijze wordt tegemoetgekomen aan het door Sikkema in paragraaf 5.5.2 aangehaalde probleem van het 'strafgat'.¹²⁴³ In praktische zin komt deze structuur erop neer dat ingeval niet kan worden bewezen of er sprake is van strijdigheid met de ambtsplicht men kan terugvallen op het basisdelict, waarbij niet hoeft te worden bewezen dat zonder in strijd met de ambtsplicht is gehandeld.

¹²³⁸ Smid (2012), p. 304.

¹²³⁹ Ingeval (niet) in strijd met de ambtsplicht kan worden bewezen, zal vrijspraak moeten volgen bij een verkeerde keuze in de tenlastelegging.

¹²⁴⁰ Smid (2012), p. 305.

¹²⁴¹ En daaruit voortvloeiend verschil in strafmaxima van twee jaar.

¹²⁴² Smid (2012), p. 305.

¹²⁴³ Ingeval zowel 'niet in strijd met de ambtsplicht' als 'in strijd met de ambtsplicht' niet kan worden bewezen, zal vrijspraak moeten volgen.

5.7 BESPREKING VAN VOORSTELLEN¹²⁴⁴

5.7.1 Bespreking voorstel Sikkema

Op basis van de wetsgeschiedenis merkte de wetgever aanvankelijk op dat handelen in strijd met de ambtsplicht laakbaarder is dan handelen niet in strijd met de ambtsplicht, waardoor het onderscheid dient te worden gehandhaafd. Sikkema¹²⁴⁵ deelt deze stellingname van de wetgever niet, aangezien door de extensieve uitleg van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' artikel 362 Sr nauwelijks wordt toegepast, waardoor 'naar algemeen gevoelen laakbaarder gedrag' minder aannemelijk is geworden. Sikkema doet deze constatering terecht, maar hecht te weinig waarde aan de conflicterende visies van de wetgever en de rechterlijke macht met betrekking tot het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen. Het is immers de vraag of de wetgever het onderscheid zou moeten afschaffen, gezien het feit dat de rechterlijke macht het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' tegen de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in extensief interpreteert. Eerst wordt ingegaan op de visie van de wetgever, waarna op de zienswijze op grond van de rechtspraak wordt besproken.

De wetgever heeft op basis van de wetsgeschiedenis het oorspronkelijk doel een wettelijk onderscheid te maken tussen handelingen in strijd met de ambtsplicht en handelingen zonder in strijd met de ambtsplicht. De wetgever vindt blijkbaar het handelen in strijd met de ambtsplicht laakbaarder dan het handelen zonder in strijd met de ambtsplicht, zo blijkt uit de verschillende strafmaxima. De maximaal op te leggen gevangenisstraf voor ambtsstrijdig handelen was vier jaar en voor niet-ambtsstrijdig handelen twee jaar. Tot 2001 was de maximale gevangenisstraf voor niet-ambtsstrijdig handelen zelfs drie maanden. Smid heeft dan ook gelijk in zijn standpunt dat tegemoet moet worden gekomen aan de wens van de wetgever het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen te behouden.¹²⁴⁶ De wetgever wilde eigenlijk niet dat de rechtspraak zelf regels zou ontwikkelen aan de hand waarvan de strafwaardigheid van verschillende gevallen wordt bepaald. De wetgever heeft door het invoeren van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' waarschijnlijk niet voorzien dat de rechtspraak dit bestanddeel zo ruim zou gaan interpreteren.

1244 Deze paragraaf is ontleend aan de masterscriptie van mij: *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, p. 39-46.

1245 Ook Van der Lugt, Pereira, Roording, Roomen zijn op basis van dezelfde argumenten voorstander om het onderscheid af te schaffen. Op basis van de eenvoud en de efficiëntie wordt in deze evaluatie vanuit het standpunt van Sikkema geredeneerd.

1246 Smid (2012), p. 305.

Dat de rechtspraak dit bestanddeel extensief begon te interpreteren, is wellicht mede het gevolg van de invloed van de internationale verdragen en van de toegenomen beoordelingsvrijheid die de corruptiegevoeligheid van het ambtenarenapparaat deed toenemen. In internationaal verband werd geadviseerd het bestanddeel 'in strijd met ambtsplicht' zo ruim mogelijk te interpreteren. Dit geldt eigenlijk alleen in het geval dat enkel strijdigheid met de ambtsplicht strafbaar werd geacht in de nationale strafbepalingen, terwijl in Nederland ook 'zonder in strijd met de ambtsplicht' strafbaar is gesteld. Bovendien bleek het strafmaximum voor 2001 van passieve ambtsstrijdige omkoping van drie maanden ontoereikend, waardoor de strafrechter geneigd was het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' ruim uit te leggen. De wetgever heeft deze ontoereikendheid in de Wet Herziening Corruptiewetgeving 2001 gerepareerd door de maximale gevangenisstraf te verhogen van drie maanden naar twee jaar. Deze verhoging heeft geen afbreuk gedaan aan de gedachte van de wetgever dat het handelen in strijd met de ambtsplicht laakbaarder wordt geacht dan handelen zonder in strijd met de ambtsplicht.

De vraag waar Sikkema geen aandacht aan lijkt te besteden, is of de rechtspraak niet te ver is gegaan in zijn extensieve uitleg van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht', waardoor het onderscheid tussen de artikelen 362 en 363 Sr een arbitrair karakter heeft gekregen en artikel 362 Sr een verwaarloosbare bepaling is geworden. In het licht van het oorspronkelijke doel van de wetgever om het onderscheid te behouden, is het onbegrijpelijk dat de rechterlijke macht de lijn dat ontvangen giften, beloften of diensten invloed mogen uitoefenen op de vaststelling of er sprake is van een onrechtmatige tegenprestatie ondersteunt en het nieuwe criterium 'het om andere dan zakelijke redenen begunstigen' introduceert. Bovendien is het rechtstatelijk onverstandig van de Hoge Raad om het door de verschuiving naar meer discretionaire bevoegdheden mogelijk te maken dat vage beginselen de basis vormen voor de vaststelling of de ambtsplicht is geschonden. De vraag is of deze beginselen, die ruim kunnen worden geïnterpreteerd, de basis moeten zijn voor een veroordeling die het strafmaximum van twee jaar naar vier jaar rechtvaardigt. Minkenhof neemt terecht het standpunt in dat dit niet zo zou moeten zijn.¹²⁴⁷ Minkenhof, Van Veen en Koopmans hebben gelijk dat de ambtenaar die binnen zijn ruime bevoegdheden handelt en zijn beslissing laat bepalen door giften of beloften, slechts strafbaar is op grond van het handelen 'niet in strijd met zijn plicht'. In het licht van de rechtszekerheid valt deze visie te onderschrijven.

De ruime interpretatie van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' van de rechtspraak is door de internationale en maatschappelijke invloeden enigszins te begrijpen, maar is op wethistorische, rechtstatelijke en juridische gronden niet te ondersteunen. Eveneens kan

¹²⁴⁷ Zie hiervoor paragraaf 6.4.4.

de vraag worden gesteld of de wetgever door de invoering van het ruim interpreteerbare bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' niet te veel ruimte heeft opengelaten nu blijkt dat artikel 362 Sr een verwaarloosbare bepaling is geworden die afbreuk doet aan de gedachte van de wetgever om het onderscheid tussen ambtsstrijdig handelen en niet-ambtsstrijdig handelen te behouden. Had de wetgever niet eerder de teugels moeten aanhalen door een minder interpreteerbaar bestanddeel in te voeren? Enerzijds heeft de wetgever door de strafverhoging van drie maanden naar twee jaar voor niet-ambtsstrijdig handelen toegegeven aan de behoefte van de samenleving voor hogere (maximum) straffen, anderzijds heeft de wetgever daarmee het bestaansrecht van artikel 362 Sr nogmaals bevestigd. De wetgever had er verstandig aan gedaan te kiezen voor een minder ruim interpreteerbaar bestanddeel om de rechtspraak te dwingen zich te conformeren met de op wetshistorische gebaseerde gedachtegang dat handelen in strijd met de ambtsplicht laakbaarder wordt geacht dan handelen niet in strijd met de ambtsplicht.

Sikkema stelt ten eerste voor dat het onderscheid kan worden afgeschaft, aangezien het 'extra kwalijke karakter' ook uit andere omstandigheden kan blijken, zoals uit de hoogte van de steekpenningen, de hoogte van de positie van de ambtenaar en de mate waarin andere burgers, bedrijven en de overheden zijn benadeeld. Deze omstandigheden kunnen inderdaad ook een 'extra kwalijk karakter' hebben. Daarentegen hecht hij ook hier minder waarde aan de wetsgeschiedenis die het strijdig handelen met de ambtsplicht strafwaardig prioriteert boven andere omstandigheden. Daarmee is niet gezegd dat het afschaffen van het onderscheid niet zal leiden tot een 'daadwerkelijke' afschaffing van het onderscheid. Het is op basis van de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie aannemelijk dat rechters bij het bepalen van de strafmaat alsnog rekening houden met de vraag of de ambtsplicht wel of niet is geschonden. Smid heeft gelijk als hij stelt dat de rechter dan alsnog een onderscheid kan maken tussen de twee varianten.¹²⁴⁸ Op deze wijze blijft het onderscheid alsnog via de strafmaat bestaan, zodat afschaffing weinig zinvol is. Ook valt de afschaffing van het wettelijk onderscheid in het kader van de rechtszekerheid niet toe te juichen, zeker nu de rechter naar alle waarschijnlijkheid bij de strafmaat rekening zal houden met de wel of niet geschonden ambtsplicht.

Sikkema merkt ten tweede volkomen terecht op dat het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen rechtsongelijkheid in de hand werkt, aangezien een hoge ambtenaar meer beoordelingsvrijheid heeft en daardoor minder snel ambtsstrijdig handelt. Smid heeft gelijk als hij stelt dat van een leidinggevende met een hoog salaris een hogere graad van integriteit mag worden verwacht dan van een lagere ambtenaar, aangezien dit hoge salaris een reden zou moeten zijn niet op zoek te hoeven gaan naar

1248 Smid (2012), p. 304.

extra inkomsten.¹²⁴⁹ Overigens moet wel worden bedacht dat vooral leidinggevende ambtenaren minder strafrechtelijk beknot zouden moeten worden om zaken naar eigen inzicht af te doen. Beoordelingsvrijheid voor leidinggevendenden is essentieel om op bestuurlijk niveau te functioneren. Tegelijkertijd kan het argument van de rechtsongelijkheid worden verzacht, aangezien de arbeidsrechtelijke gevolgen voor leidinggevende ambtenaren vaak verstrekkender zijn dan voor uitvoerende ambtenaren. Hierbij valt te denken aan het effect van de media op de toekomstige arbeidskansen van een met ambtelijke omkoping verdachte/veroordeelde leidinggevende.

Sikkema constateert ten derde dat een verkeerde tenlastelegging kan leiden tot vrijspraak als het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' of 'zonder in strijd met de ambtsplicht' niet kan worden bewezen, waardoor het afschaffen van het onderscheid ook dit probleem kan ondervangen. Hij hecht weinig waarde aan de steeds ruimere mogelijkheden om (zelfs op de terechtzitting) de tenlastelegging te wijzigen en op de mogelijkheid dat twee varianten ten laste kunnen worden gelegd (primair en subsidiair), waardoor het afschaffen van het onderscheid in dit verband onnodig zou zijn. Daarbij doet zich in de praktijk geen 'strafgat' voor, aangezien de rechter bij het niet bewezen achten van 'in strijd met de ambtsplicht', 'zonder in strijd met de ambtsplicht' aanneemt. Juridisch gezien is dit niet helemaal juist, aangezien het bewezen achten van een bestanddeel op deze wijze afhangt van het bewezen achten van een ander bestanddeel. In de praktijk is zodoende geen sprake van een 'strafgat'. Vanuit theoretisch-juridisch perspectief bezien is het dichten van het 'strafgat' door middel van het afschaffen van het onderscheid te rechtvaardigen. In paragraaf 5.8 wordt een aanbeveling aangedragen om dit theoretische 'strafgat' te dichten.

Sikkema merkt ten vierde op dat het vervallen van het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen leidt tot een vereenvoudiging van de regelgeving. Volgens Sikkema zou het opheffen van het onderscheid leiden tot een belangrijke vereenvoudiging van de omkopingsregeling, hetgeen vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en effectieve wetshandhaving zonder meer valt toe te juichen.¹²⁵⁰ Door het bedoelde onderscheid op te heffen, neemt het aantal wettelijke varianten van omkoping immers met zes basisdelictsvarianten af. Het is inderdaad zo¹²⁵¹ dat door het afschaffen van het onderscheid de wetgeving enigszins wordt vereenvoudigd, maar of de gevolgtrekking dat deze vereenvoudiging vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en effectieve wetshandhaving

¹²⁴⁹ Ibid, p. 303.

¹²⁵⁰ Roomen en Sikkema (2012), p. 2.

¹²⁵¹ Ook C. Pereira is nagenoeg dezelfde mening toegedaan: Pereira (2012), p. 56. Afschaffing van het bovenstaande onderscheid zou volgens hem de rechtszekerheid ten goede komen, aangezien de Hoge Raad het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' niet afdoende definieert. Op deze wijze zou afbreuk worden gedaan aan de inzichtelijkheid van de straf.

een positieve ontwikkeling is, valt te betwijfelen. De sanctie is niet zoveel meer inzichtelijk nu de rechter niet verplicht is rekening te houden met de vraag of er sprake is van ambtsstrijdig handelen. Deze opmerking is zeker terecht nu een strafmaximum van zes jaar wordt ingevoerd, waardoor de rechter meer ruimte heeft voor de vaststelling van de strafmaat. Bovendien kan de vraag worden gesteld of een vereenvoudiging tot een effectieve wetshandhaving leidt. Deze stelling mist derhalve onderbouwing. De argumenten van Sikkema zijn niet overtuigend genoeg om het onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet ambtsstrijdig af te schaffen.

5.7.2 Bespreking voorstel Smid

Smid is van mening, in tegenstelling tot Sikkema, dat het onderscheid tussen omkoping tot een gedraging in strijd met zijn plicht en zonder in strijd met zijn plicht niet zozeer hoeft te worden afgeschaft, als wel anders dient te worden geformuleerd.¹²⁵² Hij pleit voor een wettelijke structuur waarin alleen de strijdigheid met de plicht als strafverzwarende grond wordt aangemerkt. Op deze wijze wordt tegemoetgekomen aan de wens van de wetgever, zoals die blijkt uit 1886 en 2001, om het onderscheid tussen ambtsstrijdig handelen en niet-ambtsstrijdig handelen te behouden, aangezien ambtsstrijdig handelen door de wetgever laakbaarder wordt geacht. Eveneens wordt door deze structuur het door Sikkema aangehaalde probleem van het 'strafgat' ondervangen.¹²⁵³ Zo'n wettelijke structuur, waar een generalis-specialis-variant onderdeel van uitmaakt, is de moeite van het onderzoeken waard.¹²⁵⁴

Ten eerste wordt door deze structuur aandacht besteed aan het door de wetgever op basis van de wetsgeschiedenis van belang geachte onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen. Dit viel en valt immers ook uit de verschillende strafmaxima af te leiden.¹²⁵⁵ Ook de Raad van Europa concludeert dat het handelen in strijd met zijn plicht een zwaardere straf rechtvaardigt.¹²⁵⁶

Ten tweede kan deze structuur het probleem van Sikkema met betrekking tot het 'strafgat' ondervangen. Hoewel uit de praktijk¹²⁵⁷ blijkt dat automatisch wordt teruggevallen op het aannemen van het bestanddeel 'zonder in strijd met de ambtsplicht' ingeval 'in strijd met de ambtsplicht' niet kan worden bewezen, kan deze wettelijke structuur het door

1252 Smid (2012), p. 306.

1253 Idem.

1254 Ik doel hier specifiek op de wettelijke structuur van generalis-specialis en niet het door Smid opgenomen bestanddeel 'ambtsplicht'.

1255 Twee jaar tegenover vier jaar, voorheen drie maanden tegenover vier jaar.

1256 Paragraaf 39 van het 'Explanatory Report' bij het RvE-Corruptieverdrag.

1257 Smid (2012), p. 304.

Sikkema aangehaalde ‘theoretische-juridische’ probleem ondervangen. Tegelijkertijd wordt op deze wijze de in de praktijk ingeslopen norm gecodificeerd, dat in het kader van de rechtszekerheid valt te ondersteunen.

Ten derde heeft Smid gelijk als hij stelt dat in het licht van de rechtszekerheid iets valt te zeggen voor een wettelijk onderscheid boven rechterlijke vrijheid.¹²⁵⁸ Een wettelijk onderscheid zou immers de inzichtelijkheid van de strafmaat bevorderen, aangezien de rechter dan toch rekening moet houden met de vraag of de ambtsplicht is geschonden. Deze argumenten ondersteunen een wettelijke structuur waarbij gebruik wordt gemaakt van een generalis-specialis-variant. Daarentegen maakt Smid een minder fraaie keuze om bij deze varianten vast te houden aan het bestanddeel ‘ambtsplicht’. Smid hecht te weinig waarde aan de door Sikkema geconstateerde ruime uitleg van het bestanddeel ‘in strijd met de ambtsplicht’. Dat blijkt uit zijn opmerking dat artikel 362 Sr door deze ruime uitleg een verwaarloosbare bepaling is geworden.¹²⁵⁹ De extensieve uitleg van het bestanddeel ‘in strijd met de ambtsplicht’ zou maken dat ook deze generalis-variant zijn bestaansrecht verliest. Dit kan in het licht van het door Smid betoogde en op wetshistorische gronden gebaseerde wettelijk onderscheid niet de bedoeling zijn.¹²⁶⁰

In paragraaf 5.8 wordt een oplossing voor dit probleem voorgesteld. Deze oplossing doet recht aan het door de wetgever op basis van de wetsgeschiedenis van belang geachte onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen. Eerst volgt echter een evaluatie van de voorgestelde strafverhoging met betrekking tot de ambtelijke omkopingsbepalingen.

5.7.3 Strafverhoging

In de per 1 januari 2015 ingevoerde Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit zijn de gevangenisstraffen voor actieve en passieve omkoping verhoogd naar zes jaar (gevangenisstraf). Hierbij moet worden bedacht dat voor zowel actieve als passieve omkoping voor het zonder in strijd handelen met de ambtsplicht een maximale gevangenisstraf stond van twee jaar. Dit betekent een strafmaximaverhoging van 200%. Terecht hadden Rosing, De Roos, Roomen en Sikkema twijfels bij deze strafverhoging en bij de onderbouwing door de minister. Ook instanties als de Nederlandse Orde van Advocaten en de Raad voor de rechtspraak zagen liever een betere legitimering voor deze strafverhoging. De vraag kan gesteld worden of de wetgever de geoorloofde tegenprestaties nu zoveel meer strafwaardiger acht. Verder uit Rosing terecht kritiek uit op de verwachte

¹²⁵⁸ Ibid, p. 305.

¹²⁵⁹ Sikkema (2005), p. 265.

¹²⁶⁰ Zie hiervoor, paragraaf 5.6.2.

repressieve en preventieve werking van de strafverhogingen.¹²⁶¹ Uit onderzoek is immers gebleken dat de generale preventieve werking van strafverhogingen minimaal is.¹²⁶² Ook is een strafverhoging niet te rechtvaardigen vanuit de constatering van Rosing dat de maximale gevangenisstraf voor ambtelijke omkoping nog nooit is geëist en opgelegd, waardoor strafmaximumverhogingen geen effect zullen hebben.¹²⁶³ Dit argument kan enigszins worden genuanceerd aangezien een strafverhoging zou kunnen zorgen voor een signaal aan rechters, wat kan leiden tot een verhoging van de opgelegde sancties.

Sikkema en Roomen zijn van mening dat de strafmaxima gelijk moeten worden getrokken, waardoor een maximum gevangenisstraf van vier jaar kan worden opgelegd. Een dergelijke gelijktrekking zou geen recht doen aan het door de wetgever op basis van de wetsgeschiedenis van belang geachte onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen. Ook op basis van systematische overwegingen is een gelijktrekking van de strafmaxima niet te rechtvaardigen, aangezien een strijdig handelen met de ambtsplicht laakbaarder is dan een niet strijdig handelen. Dit onderscheid zou dan ook terug moeten komen in het onderscheid naar strafmaxima. Daarbij sluit het strafmaximum van vier jaar aan bij het hoofdbedrogsdelict oplichting (artikel 326 Sr) en bij het delict verduistering in dienstbetrekking gepleegd (artikel 322). Bovendien is het delict ambtelijke omkoping 'zonder in strijd met zijn plicht' in 2006 bij de Wet Herziening Corruptiewetgeving al verhoogd van drie maanden naar twee jaar.¹²⁶⁴ Deze argumenten geven geen aanleiding om veranderingen aan te brengen in de strafmaxima van de ambtelijke actieve en passieve omkopingsbepalingen. Deze gedachtelijn werkt eveneens door naar de niet-ambtelijke omkopingsvariant 328ter Sr, waarin in paragraaf 6.4 een generalis-specialis-variant wordt voorgesteld, zodat in dit artikel eveneens een onderscheid kan worden gemaakt in strafmaxima van twee jaar en vier jaar.

5.8 AANBEVELING¹²⁶⁵

In tegenstelling tot wat Sikkema beweert, hoeft het oude onderscheid niet te worden afgeschaft. Wel moet de strafbaarstelling anders worden gestructureerd en geformuleerd. Ik ga met betrekking tot een andere wettelijke structuur mee met het betoog van Smid om

¹²⁶¹ Zie hiervoor, paragraaf 3.14.4.

¹²⁶² Zie bijvoorbeeld prof. dr. H. Elffers, 'Afschrikken en het aanleren van normen. De theorie van Kelman toegepast op het strafrecht', *Justitiële Verkenningen* 2008. (Elffers concludeert dat afschrikking een bescheiden rol speelt bij de bestrijding van criminaliteit en dat het verzwaren van straffen geen bijdrage levert aan het reduceren van criminaliteit).

¹²⁶³ Zie hiervoor, paragraaf 3.14.4.

¹²⁶⁴ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 469, nr. 3.

¹²⁶⁵ Deze paragraaf is deels ontleend aan de masterscriptie van mij, *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, p. 46-49.

een generalis-specialis-variant te introduceren, waarbij alleen bij de strafverzwarringsgrond (specialis) 'in strijd met de ambtsplicht' hoeft te worden bewezen en niet bij de generalis.¹²⁶⁶ Daarentegen is, in tegenstelling tot wat Smid beweert, een herformulering van het bestanddeel 'ambtsplicht' noodzakelijk. De ontwikkelingen naar vage normen en toepasselijke beginselen voor ambtenaren, de recente lijn dat ontvangen giften, beloften of diensten invloed mogen hebben op de vaststelling of sprake is van een onrechtmatige tegenprestatie en het nieuwe criterium 'het om andere dan zakelijke redenen begunstigen' hebben gezorgd voor een ruimere reikwijdte van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht'. Deze ontwikkelingen, die geen recht doen aan de wetsgeschiedenis, zouden kunnen worden beperkt door de extensieve benadering te verlaten en vast te houden aan concrete ambtsinstructies, voorschriften en wettelijke bepalingen die het gedrag van ambtenaren reguleren.

De zinsnede uit artikel 1 EU-kaderbesluit¹²⁶⁷ *"een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon"* sluit het beste aan bij deze doelstelling.¹²⁶⁸ Het opnemen van deze zinsnede in de specialis-variant doet het meest recht aan de lijn om het handelen of nalaten te handelen van ambtenaren te reguleren op basis van concrete ambtsinstructies, voorschriften en wettelijke bepalingen. Dit opnemen heeft tot gevolg dat de extensieve uitleg van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' wordt tegengegaan.

Ten eerste zou het opnemen van deze zinsnede binnen een generalis-specialis-variant in een democratische samenleving, die gebaseerd is op het legaliteits- en rechtzekerheidsbeginsel waaruit de inzichtelijkheid van strafrechtelijke consequenties zou moeten blijken, zoveel mogelijk moeten worden ondersteund.

Ten tweede kan het terugbrengen van twee naar één wettelijke passieve ambtelijke omkoopbepaling en het opnemen van de mindere interpretabele zinsnede *"een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon"* in het kader van de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid voordelen bieden.

¹²⁶⁶ Zie hiervoor, paragraaf 5.6.2.

¹²⁶⁷ Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003 L/192.

¹²⁶⁸ In G.G.Vos, *Ambtelijke omkoping en in strijd met de ambtsplicht. Afschaffen een reële optie of toch niet?*, Erasmus School of Law 2013, pleit ik voor het bestanddeel 'wettelijk voorschrift'. Door voortschrijdend inzicht van internationale regelgeving omtrent niet-ambtelijke omkoping is gekozen dit bestanddeel te vervangen door de zinsnede 'een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon' uit het EU-Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector".

Ten derde wordt op deze wijze het door de wetgever op basis van de wetsgeschiedenis van belang geachte onderscheid tussen ambtsstrijdig en niet-ambtsstrijdig handelen beter geëffectueerd. Ook de Raad van Europa ondersteunt dit belang.¹²⁶⁹ Het verlaten van de extensieve benadering heeft ook een praktisch bijkomend gevolg, namelijk dat de ambtenaar in kwestie minder strafrechtelijk wordt beknot in zijn beleidsruimte om zaken naar eigen inzicht af te doen. Dit strookt met het idee van Minkenhof, Van Veen en Koopmans om een ambtenaar die binnen zijn ruime bevoegdheden handelt en zijn beslissing laat bepalen door beloften, giften of diensten, slechts strafbaar te stellen op grond van artikel 362 Sr.¹²⁷⁰

Ten vierde wordt door deze aanbeveling het theoretische probleem van het 'strafgat' ondervangen en kan een scherper onderscheid worden gemaakt tussen gedragingen die vallen binnen wettelijk strijdig handelen en gedragingen die daarin niet vallen. Een arbitrair karakter tussen artikel 362 Sr en artikel 363 Sr kan op deze wijze worden vermeden.

Ten vijfde levert het opnemen van deze wettelijke structuur geen strijdigheid met de verschillende internationale verdragen op. De verdragen stellen als minimumvoorwaarde dat een ambtenaar strafbaar moet zijn ingeval hij handelt of nalaat te handelen in de uitoefening van zijn overheidstaken¹²⁷¹, taken¹²⁷², officiële taken^{1273,1274}. Dit blijft bij het opnemen van deze wettelijke structuur mogelijk.

5.9 CONCLUSIE VAN HOOFDSTUK 5

Op grond van dit hoofdstuk kan worden geconcludeerd dat de Wet Herziening Corruptiewetgeving uit 2000 de reikwijdte van de strafbaarstellingen van de ambtelijke omkopingsbepalingen ten opzichte van de niet-ambtelijke omkopingsbepaling strafrechtelijk (tijd, sancties en zonder in strijd met zijn plicht handelen) aanzienlijk heeft verruimd. In paragraaf 6.4 wordt bekeken in hoeverre de voorgestelde strafbepaling inzake niet-ambtelijke omkoping daaraan kan aansluiten. Daarbij werd uitvoerig ingegaan op het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht', aangezien dit bestanddeel essentieel verschilt van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' in artikel 328ter Sr. De Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit heeft er enerzijds voor gezorgd dat het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in de ambtelijke

1269 Paragraaf 39 van het 'Explanatory Report' bij het RvE-Corruptieverdrag.

1270 Zie hiervoor, paragraaf 5.4.4.

1271 OECD-Corruptieverdrag.

1272 RvE-Corruptieverdrag.

1273 VN-Corruptieverdrag.

1274 EU-Corruptieprotocol.

omkopingsbepalingen is afgeschaft en anderzijds dat dit bestanddeel in de niet-ambtelijke omkopingsbepaling is ingevoerd. Het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' is vanuit wethistorisch, internationaal, literair en jurisprudentieel perspectief behandeld om inzicht te verkrijgen in deze wijziging van het niet-ambtelijke omkopingsartikel. In wethistorisch verband is vooral ingegaan op het onderscheid tussen ambtsstrijdig handelen en niet-ambtsstrijdig handelen. Geconcludeerd kan worden dat zowel uit de wetsgeschiedenis als uit de geraadpleegde literatuur blijkt dat ambtsstrijdig handelen laakbaarder werd geacht dan niet-ambtsstrijdig handelen, waardoor het opgenomen onderscheid valide was. In internationale verdragen is daarentegen het opnemen van een onderscheid tussen ambtsstrijdig handelen en niet-ambtsstrijdig handelen veelal niet verplicht. Ingeval de instanties die verantwoordelijk zijn voor het opstellen van internationale verdragen of EU-wetgeving een onderscheid in lidstatelijke wetgeving herkennen, geven zij wel een aanzet aan de lidstaten om ambtsstrijdig handelen zeer ruim te interpreteren. In zowel de literatuur als de jurisprudentie is een ontwikkeling te herkennen naar meer beoordelingsvrijheid voor ambtenaren, waardoor het vaststellen van ambtsstrijdig handelen een complexe aangelegenheid is geworden.

Deze ontwikkeling heeft ervoor gezorgd dat de rechterlijke macht vage normen en toepasselijke beginselen voor ambtenaren, de nieuwe lijn dat ontvangen giften, beloften of diensten invloed mogen hebben op de vaststelling of sprake is van een onrechtmatige tegenprestatie en het criterium 'het om andere dan zakelijke redenen begunstigen' introduceerden, zodat het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' extensief werd geïnterpreteerd. Sikkema concludeert hieruit dat de Hoge Raad geen scherp onderscheid meer lijkt te maken tussen gedragingen die in strijd met de ambtsplicht zijn en gedragingen die dat niet zijn, waardoor het onderscheid tussen artikel 362 Sr en 363 Sr kan worden afgeschaft.

Sikkema's voorstel om dit onderscheid af te schaffen heeft aan de basis gestaan van de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit. Daarnaast zijn de aanleidingen en doelstellingen van deze wet, de wijzigingen in het kader van de passieve ambtelijke omkoopbepalingen en de reacties en visies van diverse organisaties en personen op het wetsvoorstel behandeld. De doelstelling van de wetgever met betrekking tot deze wet is adequaat strafrechtelijk op te treden tegen ambtelijke corruptie om enerzijds de integriteit van de overheid te waarborgen en anderzijds het beeld van Nederland als betrouwbare handelsnatie niet te beschadigen. De wetgever heeft een strafmaximum van zes jaar ingevoerd voor delicten die vallen onder het nieuwe artikel 363 Sr, waarbij in gedachten moet worden gehouden dat op passieve omkoping voor het zonder in strijd handelen met de ambtsplicht een maximale gevangenisstraf stond van twee jaar.

Smid pleit niet voor een afschaffing van het onderscheid tussen ambtsstrijdig handelen en niet-ambtsstrijdig handelen, maar voor een herformulering. Smid stelt voor de strafbepaling te herformuleren naar een generalis-specialis-structuur, waarbij alleen bij de specialis-variant 'in strijd met de ambtsplicht' zal moeten worden bewezen. Op deze manier wordt tegemoetgekomen aan het door Sikkema aangehaalde probleem van het 'strafgat'. Daarentegen wordt door de auteur gepleit voor een herformulering van het bestanddeel 'ambtsplicht' naar de zinsnede *"een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon"*. Deze zinsnede zou in het nieuwe artikel 328ter Sr te prefereren zijn boven het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht'.

5

In het volgende hoofdstuk wordt het niet-ambtelijke omkopingsartikel geëvalueerd en worden aanbevelingen gedaan, waarbij de evaluaties, voorstellen en aanbevelingen ten aanzien van de huidige ambtelijke omkopingsartikelen in aanmerking worden genomen.

Hoofdstuk 6

Voorstel tot herformulering van het niet-ambtelijke omkopingsartikel

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden in paragraaf 6.2 eerst de belangrijkste voorwaarden voor een juridisch onderbouwde strafbaarstelling behandeld. Daarnaast worden in paragraaf 6.3 enkele alternatieven en een aanvulling voor de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping uiteengezet. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 6.4 afgesloten met een aanbeveling waarin antwoord wordt gegeven op de volgende onderzoeksvraag.

Hoe kan naar aanleiding van een juridische analyse van het huidige en het toekomstige Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel, de nationaal en internationaal vergelijkbare strafbaarstelling(en) en de van toepassing zijnde internationale verdragen en kaderbesluiten, de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving worden aangepast teneinde niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen?

6.2 VOORWAARDEN VOOR VERANTWOORDE STRAFBAARSTELLING

6.2.1 Verantwoording voorwaarden

In de strafrechtelijke literatuur zijn verschillende voorwaarden gesteld waar een strafbaarstelling zoveel mogelijk aan moet voldoen.¹²⁷⁵ De belangrijkste voorwaarden die een hulpmiddel kunnen zijn om tot rationele wetgeving te komen, worden hieronder uiteengezet. Deze voorwaarden functioneren als fundament voor de aanbeveling in paragraaf 6.4.

6.2.2 Effectiviteit

Het eerste beginsel waar de strafbaarstelling zoveel mogelijk aan moet voldoen, is het effectiviteitsbeginsel, dat in verschillende vormen voorkomt. In het kader van de doelstelling van dit 'juridische' proefschrift wordt niet ingegaan op de sociologische gedrags- en normeffectiviteit van de omkopingsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Evenmin wordt ingegaan op de statistieken die laten zien hoe vaak het delict voorkomt in de justitiële gegevens, aangezien dit nog steeds niet weergeeft hoe vaak dit 'duistere' delict in werkelijkheid wordt gepleegd. Een juridische regeling is effectief als de oorspronkelijke en huidige doelstellingen van de wetgever zoveel mogelijk worden bereikt.

¹²⁷⁵ E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht, een studie over omkoping en andere ambtsdelicten* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 562 en zie bijvoorbeeld M. Visser, *Zorgplichten in het Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 81-131 en p. 64-67.

6.2.3 Samenhang

6.2.3.1 Nationaal perspectief

De tweede voorwaarde waaraan de strafbaarstelling zoveel mogelijk moet voldoen is dat de nieuwe voorgestelde wetgeving zoveel mogelijk past in het huidige Nederlandse wettelijke systeem. Een duidelijke en consistente systematiek is van belang voor de rechtseenheid, de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.¹²⁷⁶ Bovendien wordt bekeken of de strafhoogte(s) voldoende is (zijn) afgestemd tussen samenhangende delicten.

6.2.3.2 Internationaal perspectief

De strafbaarstelling moet zoveel mogelijk binnen de reikwijdte van de in Nederland toepasselijke internationale verdragen en kaderbesluiten vallen. Bovendien is het in het kader van een gemeenschappelijke internationale bestrijding van corruptie verstandig dat de strafbaarstelling niet te veel afwijkt van in ieder geval de strafbaarstellingen in andere West-Europese landen als Duitsland, België, Frankrijk en Denemarken. Op deze wijze wordt getracht een 'level playing field' te creëren, waardoor 'cherry picking' voorkomen.

6.2.4 Rechtszekerheid

De derde voorwaarde waaraan de strafbaarstelling zoveel mogelijk moet voldoen, is het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat gerechtvaardigde belangen dienen te worden gehonoreerd.¹²⁷⁷ Dit kan worden bewerkstelligd door duidelijke, precieze en systematische wet- en regelgeving die geen terugwerkende kracht mag hebben. Indien de wetgeving aan deze eisen voldoet, zal de voorspelbaarheid van de toepasselijke wet- en regelgeving en de inzichtelijkheid van de strafmaat worden bevorderd, hetgeen de rechtszekerheid vergroot.

6.2.5 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De vierde voorwaarde waaraan de strafbaarstelling zoveel mogelijk moet voldoen, is dat de wet- en regelgeving voor eenieder eenvoudig, duidelijk en toegankelijk moet zijn. Dit geldt voor zowel de justitiabelen als voor diegenen die de regels toepassen, te weten het openbaar bestuur en de rechterlijke macht.¹²⁷⁸ Dit criterium houdt nauw verband met het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr (lex certa-vereiste), dat inhoudt dat burgers hun gedrag op grond van de wettelijke bepaling kunnen aanpassen.

¹²⁷⁶ Visser (2001), p. 130.

¹²⁷⁷ Ibid, p. 79.

¹²⁷⁸ Ibid, p. 66.

Daarnaast stelt deze voorwaarde hoge eisen aan de formulering van wettelijke bepalingen en aan de structuur en vormgeving van regelgeving.¹²⁷⁹ Ingewikkelde, ondoorzichtige en sterk gedetailleerde wetgeving dient te worden vermeden.¹²⁸⁰ Dit criterium vertoont ook grotendeels overlap met het rechtzekerheidsbeginsel.

6.2.6 Proportionaliteit

De vijfde voorwaarde waaraan de strafbaarstelling zoveel mogelijk moet voldoen, is het proportionaliteitsbeginsel. In het kader van de proportionaliteit moet worden nagegaan of de strafbare gedraging in gebalanceerde verhouding staat met de sanctie die is gesteld op de overtreden delictsomschrijving.¹²⁸¹

6.2.7 Subsidiariteit

De zesde voorwaarde waaraan de strafbaarstelling zoveel mogelijk moet voldoen, is het subsidiariteitsbeginsel. Ten eerste heeft het subsidiariteitsbeginsel betrekking op de vraag of het strafrecht wel het aangewezen instrument is om de problematiek inzake omkoping te ondervangen. Het strafrecht dient immers te allen tijde te worden gezien als laatste redmiddel. Ten tweede impliceert dit beginsel dat de bestaande regelingen geen 'overkill' mogen bevatten. De regelingen mogen niet verder gaan dan nodig is om de doelstellingen van de wetgever te bereiken.

6.3 ALTERNATIEVEN

6.3.1 Alternatief Van Bemmelen: oplichting¹²⁸²

6.3.1.1 Alternatief

Van Bemmelen heeft in 1966 zijn twijfels geuit over het nut van het strafbaar stellen van niet-ambtelijke omkoping, maar stelde toch een alternatief in de strafwetgeving voor om de ergerlijke gevallen strafrechtelijk te vervolgen.¹²⁸³ Aan de hand van onderstaand voorbeeld is Van Bemmelen van mening dat een nieuwe strafbepaling van niet-ambtelijke omkoping overbodig is. Hij meent dat aansluiting kan worden gezocht bij het delict oplichting (artikel 326 Sr).

¹²⁷⁹ Idem.

¹²⁸⁰ Visser (2001), p. 66

¹²⁸¹ Ibid, p. 122.

¹²⁸² De keuze om het alternatief oplichting niet separaat in een nieuw hoofdstuk op te nemen heeft als reden dat de omvang van dit hoofdstuk dan vrij kort is en zo een onevenwichtige verdeling van het proefschrift tot gevolg heeft. De keuze om het bestanddeel 'listige kunstgrepen' in dit hoofdstuk te behandelen is dan ook een logische keuze.

¹²⁸³ J.M van Bemmelen, 'Niet-ambtelijke omkoping', *NJB* 1966, p. 184.

“Een bedrijf kreeg op een bepaald tijdstip een grote hoeveelheid oud materiaal ter beschikking, dat van de hand moest worden gedaan. Dit materiaal werd gekocht door een sloper, bij wie als procuratiehouder¹²⁸⁴ is dienst was een voormalige ondergeschikte van het eerste bedoelde bedrijf. Deze procuratiehouder voorzag zijn oud-collega's, die belast waren met de controle op de aflevering van het materiaal, rijkelijk met geld, waardoor hij bereikte dat deze zich nauwelijks meer van hun taak kweten. Het bedrijf werd ten gevolge van deze praktijk benadeeld voor ten minste f 150.000.”

Van Bemmelen constateert dat in dit geval de procuratiehouder en de controleurs kunnen worden bestraft op grond van respectievelijk uitlokking tot oplichting en oplichting ten aanzien van het bedrijf: *“de controleurs plegen oplichting ten aanvang van het bedrijf, waarvoor zij werkzaam zijn, door het te doen voorkomen alsof zij wel controleren, terwijl zij dit werkelijk niet doen”*.¹²⁸⁵ Een nieuwe strafbepaling voor niet-ambtelijke omkoping is zodoende overbodig. Van Bemmelen constateert dat het verzwijgen door de controleurs aan het bedrijf dat er meer materiaal wordt afgeleverd dan wordt vermeld op bijvoorbeeld de afleveringsstaat of op de reçu¹²⁸⁶, valt onder het bestanddeel ‘listige kunstgrepen’ in artikel 326 Sr. Een nadere uiteenzetting van het bestanddeel ‘listige kunstgrepen’ is voor de analyse van dit alternatief gewenst.

Het artikel 326 lid 1 Sr spreekt over het bestanddeel ‘listige kunstgrepen’, waardoor de wetgever suggereert dat er sprake is van meervoud. De Hoge Raad stelt dat één listige kunstgreep voldoende is om onder dit bestanddeel te vallen.¹²⁸⁷ Een enkele leugen is echter nog geen listige kunstgreep, omdat een kunstgreep een handeling is.¹²⁸⁸ Vegter stelt dat een listige kunstgreep moet dienen om iemand om de tuin te leiden. Van den Hout merkt op dat naast het vertellen van meer dan één leugen, een of meer objecten ten tonele moeten worden gebracht om een onwaarheid ingang te doen vinden.¹²⁸⁹ Dit veronderstelt altijd een daad in de vorm van bijvoorbeeld documenten die vertrouwen wekken, het zich bedienen van valse maten of gewichten of het inschakelen van een ‘handlanger’.¹²⁹⁰ Volgens de Hoge Raad kan een normale handelswijze ook als een listige kunstgreep worden gezien.¹²⁹¹

1284 Een procuratiehouder is, zonder directeur/eigenaar van een bedrijf te zijn, bevoegd tot handelen uit naam van het betreffende bedrijf.

1285 Bemmelen (1966), p. 184.

1286 Bon die als bewijs geldt dat iets is afgegeven of ontvangen.

1287 HR 25 oktober 1909, W 8916.

1288 P.A.M. Mevis, P.C. Vegter, *Fraudedelicten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 46.

1289 P.J. van den Hout, *Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 52.

1290 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, Haarlem: 1881-1886, p. 521.

1291 Een autorijschoolhouder adverteerde met een aanbieding van destijds 600 gulden om klanten hun rijbewijs te laten halen. Na vooruitbetaling van de 600 gulden zouden de cursisten hun rijbewijs krijgen, zonder dat zij rijlessen of examens hadden afgelegd. De ogenschijnlijke normale advertentie bleek volgens de Hoge Raad ook onder een listige kunstgreep te vallen. HR 26 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0160, NJ 1988/913.

Door een listige kunstgreep wordt het slachtoffer om de tuin geleid. Wat nu te doen in het geval de verdachte te maken heeft met een erg dom slachtoffer die het oplichtingsmiddel niet heeft doorzien of met een zeer capabel slachtoffer die de kunstgreep doorheeft, maar zich toch (bewust) laat inpakken? In beginsel zal de vraag moeten worden gesteld of een normaal mens het oplichtingsmiddel zal doorzien. De uitzondering hierop is de inzet van het oplichtingsmiddel tegen lichamelijke of geestelijk zieken. In deze gevallen dient er wel rekening te worden gehouden met de status van deze personen.

Het afleveren van een op een onwaarheid gestoelde afleveringsstaat of een reçu valt onder een listige kunstgreep, waardoor aan deze strafvoorwaarde wordt voldaan. Het is echter bij niet-ambtelijke omkoping niet altijd zo dat er sprake is van een handeling waarbij vertrouwenwekkende documenten worden vervalst. Een voorbeeld is de vastgoedfraudezaak, waarbij vastgoed voor een te hoge of een te lage waarde werd verkocht of gekocht om de werkgever te benadelen of matchfixing waarbij grote sommen geld wordt aangenomen door malafide sporters.

Het puur verzwijgen waar spreken plicht is, valt eveneens niet onder 'listige kunstgrepen', aangezien geen sprake is van actieve handelingen/kunstgrepen.¹²⁹² De vraag is dan of dit wel valt onder een ander oplichtingsmiddel van artikel 326 Sr, zoals het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels'. Het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels' is ter aanvulling van het bestanddeel 'listige kunstgrepen' opgenomen teneinde verbale leugens onder artikel 326 Sr te scharen. Dit betekent volgens Modderman niet dat lichtgelovigheid en onnozelheid in bescherming moeten worden genomen, maar dat de betrokkene moet zijn bedrogen of op een dwaalspoor moet zijn gezet door de samenhangende feiten en omstandigheden.¹²⁹³ Aan een samenweefsel van verdichtsels werd volgens Vegter vroeger de eis gesteld dat de ene leugen de andere moest versterken.¹²⁹⁴ Deze eis is losgelaten, waarna de eis van meer dan één samenhangende leugen de basis moest zijn om onder het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels' te vallen. De Hoge Raad heeft daarbij vastgesteld dat ware mededelingen vooraf, achteraf of gemengd met leugens ook kunnen vallen onder het gehele samenweefsel van verdichtsels, aangezien immers de schijn kan worden gewekt dat het gehele samenweefsel van mededelingen, vragen en verzwijgingen niet tot misleiding strekt.¹²⁹⁵

1292 Zie verder deze paragraaf.

1293 Smidt (1881-1886), p. 519.

1294 Mevis en Vegter (1990), p. 45.

1295 HR 3 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8452, NJ 1987/84.

De cruciale vraag met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping is derhalve of het verzwijgen (waar spreken plicht is) onder verbale leugens kan worden geschaard. Dit is niet het geval, aangezien verzwijgen een passieve vorm van handelen is en het vertellen van leugens actieve handelingen zijn. Van Bemmelen stelt voor in het geval 'verzwijgen' niet onder listige kunstgrepen of samenweefsels van verdichtfels kan worden geschaard, het oplichtingsartikel uit te breiden met een nieuw oplichtingsmiddel, bijvoorbeeld: *"hetzij door het listig verzwijgen van gegevens, tot welke mededeling hij krachtens wet of overeenkomst verplicht was"*.¹²⁹⁶ Deze uitbreiding is volgens Van Bemmelen op zijn plaats, aangezien dan duidelijk is *"dat men zich niet alleen keerde tegen één categorie personen, te weten werknemers of lasthebbers die zich hadden laten omkopen en tegen degenen die hen omkochten, maar tegen allen, die in de handel hun tegenpartij misleidden door listiglijk bij een contract nu net te zwijgen over datgene, waarop het aan kwam"*.¹²⁹⁷ Van Bemmelen doelt hier op het beschermen van de oneerlijke concurrentie. Hij stelt dan ook dat een strafbepaling alleen wenselijk is als de eerlijke concurrentie ernstig wordt aangetast.¹²⁹⁸ Tevens kan volgens Van Bemmelen deze aantasting worden bestreden door het opnemen van het bestanddeel 'krachtens wet of overeenkomst' in het oplichtingsartikel 326 Sr. Het getuigt van een vooruitziende blik van Van Bemmelen dat deze zinsnede sterk overeenkomt met de formulering van plichtsverzuim uit artikel 2 EU-kaderbesluit: *"ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon"*.¹²⁹⁹ Eveneens sluit de doelstelling van Van Bemmelen ten aanzien van het bestanddeel 'krachtens wet of overeenkomst' aan bij de doelstelling van de Europese Unie teneinde de eerlijke concurrentie te beschermen.

6.3.1.2 Bespreking van het alternatief Van Bemmelen

De door Van Bemmelen voorgestelde zinsnede *"hetzij door het listig verzwijgen van gegevens, tot welker mededeling hij krachtens de wet of overeenkomst verplicht was"* in artikel 326 Sr is enigszins te rechtvaardigen. Toch hecht Van Bemmelen geen waarde aan de bestanddelen 'afgifte van enig goed'¹³⁰⁰ en 'bewegen tot' in artikel 326 Sr. De bestanddelen 'afgifte' en 'goed' worden door de rechtspraak ruim uitgelegd.¹³⁰¹ In 1992 stelde de Hoge Raad¹³⁰² vast dat het doen van overboekingen van giraal geld als afgifte van een goed moet worden beschouwd. In

1296 Bemmelen (1966), p. 185.

1297 Idem.

1298 Ibid, p. 191.

1299 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003, L/192, p. 1 (artikel 2 EU-kaderbesluit).

1300 Het verlenen van een dienst, het ter beschikking stellen van gegevens, tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld komt in het kader van een niet-ambtelijke omkopingssituatie niet ter sprake.

1301 Noyon/Langemeijer & Rummelink, *Wetboek van Strafrecht, Artikel 326 Sr*, bijgewerkt tot 1 februari 2010.

1302 HR 28 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1593, NJ 1992/363.

1994 besliste de Hoge Raad dat onder afgifte ook valt het toelaten dat wordt weggenomen.¹³⁰³ Ook het voor korte tijd (ter inzage) uit handen geven valt onder afgifte van een goed.¹³⁰⁴ Het bestanddeel 'goed' is door de jurisprudentie ruim ingevuld en slaat op alle voorwerpen die voor de bezitter enige waarde kunnen hebben.¹³⁰⁵ Het kan bijvoorbeeld gaan om een medische verklaring in verband met een afkeuring voor de militaire dienst¹³⁰⁶, een bewijs van toelating voor het middenstandsexamen¹³⁰⁷ en een beschikking van de rechtbank¹³⁰⁸.

In omkopingsgevallen hoeft het echter niet alleen te gaan om een afgifte van een goed. Met andere woorden, de oplichting hoeft in deze gevallen niet gericht te zijn op de afgifte van een goed. Het kan bijvoorbeeld gaan om het versneld of vertraagd afhandelen van een opdracht voor de omgekochte of om het nalaten te handelen. Daarbij kan het bij omkoping gaan om het geven van een voorkeurspositie. Tevens bestaat de mogelijkheid dat bijvoorbeeld vastgoed tegen een te lage waarde of een te hoge waarde wordt verkocht of gekocht, waardoor de oplichting niet gericht is op de afgifte van een goed, maar op een bepaalde waarde van dat goed of die goederen. De benadeling van de werkgever kan derhalve, naast de afgifte van een goed, ook op andere wijze geschieden. De Rechtbank Haarlem oordeelde dat onder een 'afgifte van een goed' niet mag worden verstaan een 'afgifte van een goed' tegen een bepaalde prijs,¹³⁰⁹ aangezien de reikwijdte van deze oplichtingsbepaling anders te ver wordt verruimd. Deze constatering maken inzichtelijk dat het bestanddeel 'afgifte van een goed' niet afdoende is om bepaalde vormen van niet-ambtelijke omkoping te ondervangen.

Het bestanddeel 'bewegen tot' in artikel 326 Sr impliceert een oorzakelijk verband tussen het zwijgen en in meerendeel van de omkopingsgevallen, de afgifte van een goed. Dit oorzakelijk verband moet worden ingevuld door een dubbele causaliteit, hetgeen inhoudt dat zowel de omgekochte als de werkgever moet bewegen. Het bewegen kan ook via een tussenpersoon worden bereikt.

1303 HR 17 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9732, NJ 1995/46.

1304 HR 21 februari 1938, NJ 1938/929.

1305 Noyon/Langemeijer & Rummelink, *Wetboek van Strafrecht, Artikel 326 Sr*, bijgewerkt tot 1 februari 2010.

1306 HR 27 november 1939, NJ 1940/219.

1307 HR 24 januari 1950, NJ 1950/287.

1308 HR 6 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9117, NJ 1993/101.

1309 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194, r.o. 5.2: 'de haar toekomstige vrijheid een tenlastelegging ruim te interpreteren reikt naar het oordeel van de rechtbank niet zo ver dat het begrip "afgifte van een goed" - dat in de context van dit dossier slechts kan betekenen de verkoop en levering van een nader omschreven pakket onroerende goederen door Philips Pensioenfonds - zo moet worden geïnterpreteerd dat daaronder wordt verstaan afgifte van een goed aan een bepaalde persoon of afgifte van een goed voor een bepaalde prijs, of mogelijk beide.

Over de wijze waarop het oorzakelijk verband tussen het gebruikmaken van de oplichtingsmiddelen en het bewegen tot moet worden ingevuld, heeft de wetgever zich niet expliciet uitgelaten. Ook heeft de wetgever volgens Modderman zich nooit gewaagd aan een formule over de invulling van de causaliteit, omdat er ook wat dat betreft geen aanknopingspunten voorhanden zijn.¹³¹⁰ De wetgever heeft deze invulling overgelaten aan de rechter. Het oorzakelijk verband tussen het aanwenden van een bedrieglijk middel en het verkregen resultaat wordt weergegeven met de woorden “*iemand bewegen tot een bepaalde prestatie door een bepaald oplichtingsmiddel*”.¹³¹¹ Volgens Van den Hout vormt dit bestanddeel de brug van de gedraging van de dader naar die van het slachtoffer.

De leer van de *conditio sine qua non* gaat, in het geval van oplichting, uit van de vraag of het slachtoffer ook zonder de oplichtingsmiddelen kan zijn bewogen tot de afgifte van enig goed. De leer werd door de Hoge Raad in 1937 gehanteerd door te beslissen dat het voor ‘bewegen’ voldoende is dat zonder aanwending van de oplichtingsmiddelen de afgifte niet zou zijn gevolgd.¹³¹² Dat de leer van de *conditio sine qua non* een sterk individualiseerbaar karakter heeft, blijkt uit een benodigde verklaring van, in dit geval, de werkgever, die zegt dat het nooit tot de afgifte van een goed zou zijn gekomen als er geen oplichtingsmiddel zou zijn gebruikt. Het aannemen van het oorzakelijk verband op basis van de leer van de *conditio sine qua non* wordt problematisch ingeval er geen verklaring van de werkgever is of dat deze verklaring het oorzakelijk verband niet bevestigt.

Daarnaast is het aannemen van de leer van de *conditio sine qua non* problematisch omdat de voorwaarde voor intreden van dit verband noodzakelijk moet zijn. Volgens Van den Hout moet de invloed van het oplichtingsmiddel dermate groot zijn dat bij het ontbreken ervan het gewraakte gevolg niet zou zijn ingetreden.¹³¹³ Deze leer hecht aldus te veel waarde aan een enkel oplichtingsmiddel, terwijl ook andere factoren invloed kunnen uitoefenen op het gevolg. Ingeval iedere factor 10% verantwoordelijk is voor het bewegen tot (...) kan door middel van de leer van de *conditio sine qua non* niet tot een bewezenverklaring worden gekomen van het causale verband. Ook Duisterwinkel is kritisch over de leer van de *conditio sine qua non*. Deze leer is volgens hem niet bevredigend voor het strafrecht, omdat zij niet de oorzaak aangeeft waar de jurist belang in stelt, doch een onoverzienbare en niet in al zijn details te kennen reeks van oorzaken stelt.¹³¹⁴ Het belang van de causaliteitstheorie is juist hierin gelegen, dat zij aan moet geven aan welke rechtsgenoot het gediskwalificeerde

1310 Smidt (1881-1886), p. 134.

1311 Van den Hout (1993), p. 86.

1312 HR 18 mei 1937, NJ 1937.

1313 Van den Hout (1993), p. 88.

1314 G. Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands Recht*, Groningen: Jan Haan 1948, p. 42.

gevolg kan worden toegerekend.¹³¹⁵ Eveneens schiet volgens Van den Hout de *conditio sine qua non* stellig tekort als komt vast te staan dat het slachtoffer ook zou hebben afgegeven als hij het bedrog doorzag, vermoedde of dat het gevolg sowieso, ongeacht het gebruik van een oplichtingsmiddel of niet, zou intreden.¹³¹⁶ De Hoge Raad lost soms deze problematiek op door te kijken wat ‘werkelijk’ is gebeurd in de concrete casus en lijkt op deze wijze te verwijzen naar de leer van de adequate veroorzaking.¹³¹⁷

In de leer van de adequate veroorzaking gaat het om de vraag of het naar ervaringsregels te verwachten was dat de bedrogene door het oplichtingsmiddel werd bewogen.¹³¹⁸ Deze leer is in tegenstelling tot de geïndividualiseerde *conditio sine qua non* generaliserend van aard. De leer draait immers om de vraag of het middel in het algemeen geschikt is iemand te misleiden en tot een bepaalde prestatie aan te zetten.¹³¹⁹ In de zogenoemde kascheque-arresten¹³²⁰ hanteerde de Hoge Raad alsnog deze leer. Het ging in deze arresten telkens om een persoon die contant geld ontvangt door middel van het invullen van kascheques, terwijl de rekening van diezelfde persoon ontoereikend is. De formele procedure van de ontvanger van de kascheques, in casu de gemeente, was niet bedoeld om het saldo voorafgaand aan de uitbetaling te onderzoeken. Het gevolg (de uitbetaling) zou sowieso haar intrede doen, ongeacht het gebruik van het oplichtingsmiddel ‘valse hoedanigheid’¹³²¹, waardoor de *conditio sine qua non*-leer niet afdoende was om een oorzakelijk verband aan te tonen.

De Hoge Raad week derhalve uit naar de leer van de adequate veroorzaking. De Hoge Raad redeneerde in het derde kascheque-arrest als volgt: *“Dat toch (...) omstandigheid, dat loketambtenaren van de ontvanger van de kascheques, in casu de PTT, tot uitbetaling van kascheques plegen over te gaan, indien en zodra slechts is voldaan aan de enkele formaliteit dat de kascheque en de overgelegde legitimatie als geldig zijn erkend, geenszins behoeft uit te sluiten dat een dergelijke ambtenaar tot afgifte van een - in een hem ter uitbetaling aangeboden kascheque vermeld - bedrag wordt ‘bewogen’ in de zin van artikel 326 Sr.”*¹³²² De Hoge Raad besliste uiteindelijk dat het aangewende oplichtingsmiddel geëigend is om de gedraging van de betrokkene teweeg te brengen.¹³²³

1315 Idem.

1316 Ibid, p. 89.

1317 HR 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6342, NJ 1978/658.

1318 Duisterwinkel (1948), p. 88.

1319 Ibid, p. 90.

1320 HR 9 mei 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB4251, NJ 1972/415; HR 3 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB3587, NJ 1976/304; HR 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6342, NJ 1978/658.

1321 Een rekeninghouder die contact geld opneemt met te weinig saldo neemt een valse hoedanigheid aan.

1322 Van den Hout (1993), p. 90.

1323 Idem.

Van den Hout constateerde in 1993 op basis van de rechtspraak dat vooral de leren van de *conditio sine qua non* en de adequate veroorzaking bij oplichting een rol spelen.¹³²⁴ De laatste decennia laat de feitelijke rechtspraak echter zien dat in het kader van de verschillende toepasbare causaliteitsleren ten aanzien van het delict oplichting¹³²⁵ aanhoudend voorrang wordt verleend aan de *conditio sine qua non*-leer in oplichtings- en omkopingszaken. Het gaat hier over zaken waarin het Openbaar Ministerie een keuze kan maken tussen (medeplegen van) oplichting van de onderneming of actieve en/of passieve niet-ambtelijke omkoping waar de werkgever is benadeeld. Het zijn derhalve 'specifieke' zaken en geen 'algemene' oplichtingszaken waarin deze keuzemogelijkheid niet mogelijk is.

Rechtbank Rotterdam oordeelde op 27 maart 2003 dat *"om te kunnen spreken van 'bewegen tot' is echter reeds voldoende dat zonder de aanwending van het (bedrieglijke) middel de afgifte van het goed niet zou zijn gevolgd"*.¹³²⁶ In de Ahold-zaak van 22 mei 2006 herhaalde de Rechtbank Amsterdam deze zinsnede en oordeelde het volgende: *"Om te kunnen spreken van 'bewegen' tot' is echter reeds voldoende dat zonder de aanwending van het (bedrieglijke) middel de afgifte van het goed niet zou zijn gevolgd."*¹³²⁷ Daarbij was ook de Rechtbank Haarlem op 27 januari 2012 van oordeel dat bij oplichting de leer van de *conditio sine qua non* voorrang heeft: *"Om te kunnen spreken van 'bewegen tot' is voldoende dat zonder de aanwending van het bedrieglijke middel de afgifte van het goed niet zou zijn gevolgd."*¹³²⁸ Het oorzakelijke verband tussen die oplichtingsmiddelen en de verkoop van het onroerend goed ontbreekt, nu vastgesteld moet worden dat Philips Pensioenfonds/PREIM sowieso tot de verkoop - en dus de afgifte van het pakket onroerend goed - was overgegaan.¹³²⁹ De huidige feitelijke rechtspraak in oplichtings- en omkopingszaken laat zien dat voorrang binnen de causaliteitsleren wordt gegeven aan een strikt oorzakelijk verband tussen het oplichtingsmiddel en, in dit geval, de afgifte van het goed.

1324 Van den Hout (1993), p. 87 e.v. Ook in latere uitspraken wordt de leer van de redelijke toerekening niet bij oplichting toegepast (p. 90). De klassieke leer van de adequate veroorzaking is hier inadequaat (p. 156).

1325 Leer van de *conditio sine qua non*, de leer van de adequate veroorzaking en de leer van de redelijke toerekening. Tegenwoordig is de heersende causaliteitsleer, de leer van de redelijke toerekening (HR 12 september 1978, NJ 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2616 (*letale longembolie*)). Deze causaliteitsleer is echter vrij ruim van aard, waardoor andere causaliteitsleren deze leer kunnen inkleuren. Zie ook Van den Hout (1993), p. 86 e.v.

1326 Rb. Rotterdam 27 maart 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF6787. Dat het oorzakelijk verband 'bewegen tot' wordt ingevuld door de *conditio sine qua non* komt ook tot uitdrukking in HR 16 oktober 1922, NJ 1922, W 10 960.

1327 Rb. Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3111 (*Ahold*).

1328 Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194, r.o. 5.2 en Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2198, r.o. 4.1.

1329 Idem.

In paragraaf 3.3.10 is met het niet-ambtelijke omkopingsartikel al opgemerkt dat het in algemene zin in stand houden van een goede relatie voldoende is om het oorzakelijk verband aan te tonen.¹³³⁰ Volgens Mevis en Sikkema hoeft het bestanddeel 'naar aanleiding van' terecht niet al te strikt te worden geïnterpreteerd en is een lossere, meer 'indirect' verband al voldoende.¹³³¹ Sikkema stelt dat kennelijk niet vereist is dat het doen of nalaten van de ambtenaar de oorzaak (causa movens) is van de gift, maar voldoende is dat het gedrag de aanleiding is.¹³³² Evenzeer vermeldt ook Roording dat het verband niet zo rechtstreeks hoeft te zijn en dat het enkel smeren van de relatie voldoende is¹³³³: *"Dat een echt causaal verband vereist zou zijn, is dan ook niet waar"*.¹³³⁴

Het oorzakelijk verband uit het niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr is derhalve terecht een minder strikt verband dan de voorrangverlening van de conditio sine qua non-leer ten aanzien van het oplichtingsartikel 326 Sr. Het oplichtingsartikel 326 Sr dat in oplichtings- en omkopingszaken uitgaat van een strikter causaal verband op grond van de conditio sine qua non-leer en een beperkte interpretatie van het bestanddeel 'afgifte van een goed' is daardoor niet afdoende om niet-ambtelijke omkoping te bestrijden met een uitbreiding van artikel 326 Sr. Een vervanging van het bestanddeel 'bewegen tot' door 'naar aanleiding van' in het oplichtingsartikel zou afbreuk doen aan de wettelijke formulering van dit artikel, waardoor de reikwijdte van de oplichtingsbepaling - niet strokend met de algemene gedachte van de wetgever en de specifieke oplichtings- en omkopingsjurisprudentie - te ver wordt verruimd. Ook een uitgebreidere invulling van het bestanddeel 'afgifte van een goed' zou op grond van de jurisprudentie eenzelfde ongewenst gevolg hebben.¹³³⁵ Bovendien is het oplichtingsartikel ongeschikt, aangezien bij niet-ambtelijke omkoping in sommige gevallen geen sprake is van een benadeling van de werkgever. De werkgever kan in dat geval niet worden opgelicht.

6.3.2 Alternatief Van Oven en Van Heemst

6.3.2.1 Alternatief

De Kamerleden Van Oven en Van Heemst pleitten op 16 april 1998 voor een wetsvoorstel tot het opnemen van een strafbaarstelling van ambtelijke omkoping ten aanzien van het enkel aannemen van ongeoorloofde gunsten zonder tegenprestatie.¹³³⁶ Deze voorgestelde

¹³³⁰ Zie hiervoor, paragraaf 3.3.10 en HR 27 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8644, NJ 1991/318.

¹³³¹ Mevis (2000), p. 98 en Sikkema (2005), p. 288.

¹³³² Idem.

¹³³³ Roording (2002), p. 122 -123.

¹³³⁴ Idem.

¹³³⁵ Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194.

¹³³⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 26 002, nrs. 1-3.

strafbaarstelling kan ook worden toegepast op het delict niet-ambtelijke omkoping, waardoor het interessant en van belang is dit wetsvoorstel te behandelen. Het wetsvoorstel (artikel 361a Sr) was als volgt geformuleerd:

“De ambtenaar die een gift, belofte of dienst van enige betekenis aanneemt, terwijl hij weet of redelijkerwijs heeft moeten vermoeden dat die gift, belofte of dienst hem in zijn hoedanigheid als ambtenaar werd gedaan, wordt als schuldig aan het als ambtenaar aannemen van ongeoorloofde¹³³⁷ gunsten gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of geldboete van de vijfde categorie.”¹³³⁸

Van Oven en Van Heemst constateerden naar aanleiding van het beperkte aantal strafzaken in verband met ambtelijke omkoping, het hoge sepotpercentage en bewijsproblemen met het aantonen van het causale verband tussen de gunst en de tegenprestatie dat de toenmalige ambtelijke omkopingswetgeving niet meer voldeed.¹³³⁹ In het artikel vervalt het bewijzen van het causale verband tussen de gunst en de tegenprestatie en het bewijzen van de tegenprestatie. De enkele begunstiging van een ambtenaar in functie zou dus strafbaar moeten worden zonder dat daar een bepaalde tegenprestatie van de ambtenaar tegenover hoeft te staan.¹³⁴⁰ Daartegenover blijven bagatelgunsten, zoals het aannemen van een bos bloemen of een consumptie niet strafbaar, aangezien de gift, belofte of dienst van ‘enige betekenis’ dient te zijn. Of een gunst van ‘enige betekenis’ is, zal moeten afhangen van de heersende maatschappelijke moraal en van de richtlijnen die binnen de ambtelijke diensten bestaan.¹³⁴¹ Tevens blijft de gift, belofte of dienst die niets met de functie van ambtenaar te doen hebben buiten de strafbepaling door het opnemen van het bestanddeel ‘in zijn hoedanigheid’. Beslissend voor de strafbaarheid is zodoende of de ambtenaar door aanvaarding van de gunst gemeten naar objectieve maatstaven in de uitoefening van zijn functie wordt beknot.¹³⁴²

Volgens Roording, Boek en Mevis zijn diverse bezwaren te maken tegen de strafbaarheid van het enkel aannemen van ongeoorloofde gunsten. Ten eerste is volgens hen deze strafbaarstelling te ruim, waardoor zij niet voldoet aan het legaliteitsbeginsel, dat uitgaat van

1337 Volgens Boek zijn de gunsten ongeoorloofd ingeval deze enige betekenis hebben en in de hoedanigheid van ambtenaar zijn gedaan. De term ongeoorloofd heeft derhalve geen zelfstandige betekenis in dit delict, alleen een verwijzende.

1338 In lid 2 wordt de strafverzwarringsgrond geformuleerd ten aanzien van een minister, staatssecretaris, commissaris van de koningin, enzovoort.

1339 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 002, nr. 3, p. 2.

1340 Memorie van Toelichting (Van Oven/Van Heemst), p. 2.

1341 Sikkema (2005), p. 317.

1342 Memorie van Toelichting (Van Oven/Van Heemst), p. 3-4.

duidelijk omlinjende gedragingen waar de normadressaat zijn gedrag op af kan stemmen.¹³⁴³ Deze bepaling leidt volgens Roording aan een dusdanig gebrek aan bepaaldheid en onderscheidend vermogen, dat voor de ambtenaar die met zekerheid aan strafbaarheid wil ontkomen slechts één gedragslijn rest: zich in of bij zijn functie-uitoefening op geen enkele wijze laten begunstigen.¹³⁴⁴ Volgens Boek en Roording zou het geheel loslaten van het verband tussen de gunst en de tegenprestatie ertoe leiden dat het aannemen van elke substantiële gift strafbaar wordt, inclusief afscheidsgeschenken van bedrijven en zaken die de ambtenaar in zijn hoedanigheid gebruikt, bijvoorbeeld boeken of software.¹³⁴⁵ Deze bepaling is volgens Mevis wel de meest vergaande vorm om bewijsproblemen van artikel 363 Sr te ondervangen.¹³⁴⁶

Ten tweede lijdt volgens Roording het bestanddeel 'in zijn hoedanigheid' aan een gebrek aan bepaaldheid, aangezien dit bestanddeel te ruim interpreteerbaar is, waardoor privé-activiteiten niet kunnen worden uitgevlakt. Daarbij kan deze ruime strafbaarstelling tot gevolg hebben dat goedwillende ambtenaren hun gunsten geheimhouden. Dit is volgens Roording geen goede ontwikkeling, aangezien integriteit juist gebaat is bij openheid en transparantie en wordt bevorderd door een open discussie over wat wel en niet kan.¹³⁴⁷ Roording stelt dan ook voor vast te houden aan een verband tussen het aan de ambtenaar aangeboden voordeel en een bepaald handelen of nalaten van deze ambtenaar. Wel maakt Roording een zeer belangrijke uitzondering: *"wanneer op termijn meer duidelijkheid en consensus ontstaat waar de grenzen tussen geoorloofde en ongeoorloofde vormen van ambtelijke begunstiging liggen, zou kunnen worden overwogen overschrijding van die grenzen strafbaar te stellen zonder een verband met een ambtelijke tegenprestatie te eisen."*¹³⁴⁸

Ook Sikkema is genuanceerder over het ontbreken van een wederkerige ruilrelatie of transactie, aangezien er door het vragen en het aanbieden van een gift, dienst of belofte aan een ambtenaar evenmin sprake is van 'omkoping' in de werkelijke betekenis van het woord.¹³⁴⁹ Dit geldt eveneens voor de niet-ambtelijke omkopingsbepaling, aangezien daar ook de tegenprestatie nog niet hoeft te hebben plaatsgevonden wil er sprake zijn van strafbaar handelen. Daarmee kan volgens Sikkema de integriteit van het openbaar bestuur met betrekking tot het objectief en zakelijk functioneren van de ambtenaar wel worden geschaad ingeval de gunsten geen verband houden met een concrete ambtelijke

1343 Roording (2002), p. 151, Boek (1998), p. 1182-1184 en Mevis (2000), p. 93.

1344 Roording (2002), p. 151-152.

1345 Boek (1998), p. 1182-1184 en Roording (2002), p. 152.

1346 Mevis (2000), p. 93.

1347 Idem.

1348 Roording (2002), p. 153.

1349 Sikkema (2005), p. 319.

tegenprestatie.¹³⁵⁰ Ook kan de tegenprestatie worden losgelaten, aangezien de ontvangen gift, dienst of belofte nog altijd 'in zijn bediening'¹³⁵¹ van de ambtenaar moet zijn, waardoor de ambtenaar niet strafbaar is als hij giften aanneemt in verband met bijvoorbeeld zijn hoedanigheid als voorzitter van de duivensportvereniging. Sikkema merkt naar aanleiding van deze overwegingen op dat niet per se hoeft te worden vastgehouden aan de tegenprestatie.¹³⁵²

Daarnaast zijn Sikkema, Roording, Boek en Mevis wel kritisch op de formulering van het voorgestelde artikel 361a Sr, aangezien strafbare handelingen op een heldere en adequate wijze moeten worden omschreven.¹³⁵³ De onderstaande zwakheden van de strafbaarstelling van artikel 361a Sr doen afbreuk aan het legaliteitsbeginsel.¹³⁵⁴ De eerste beperking is volgens Sikkema dat artikel 361a Sr uitgaat van het aannemen van een gunst waarvan de ambtenaar weet of redelijkerwijs heeft moeten vermoeden dat die 'in zijn hoedanigheid van ambtenaar' wordt gedaan. Volgens hem wordt door het artikel gesuggereerd dat de gift die buiten de werktijd wordt gegeven niet in de 'hoedanigheid van de ambtenaar' is gedaan. Anderzijds lijkt dit bestanddeel volgens Roording aan te geven dat een doen of nalaten in de hoedanigheid van voorzitter van de duivensport wel tot strafbaarheid kan leiden, nu niet is vereist dat de gift verband houdt met een doen of nalaten in de ambtelijke bediening.¹³⁵⁵ Het verband tussen de gunsten en de hoedanigheid van de ambtenaar is zodoende volgens deze auteurs een ongelukkige.

De tweede beperking is het gebruikte bestanddeel 'van enige betekenis'. Dit is een bijzonder vaag criterium, zeker nu volgens de memorie van toelichting dit criterium moet worden ingevuld aan de hand van de 'heersende maatschappelijke moraal'.¹³⁵⁶ Sikkema vraagt zich dan ook af wanneer seksuele diensten van enige betekenis zijn.¹³⁵⁷ Daarbij is het volgens hem opmerkelijk dat het enkel aannemen van gunsten alleen voor de passieve variant en niet voor de actieve variant van ambtelijke omkoping geldt, zeker nu in de visie van de wetgever deze delicten even strafwaardig zijn. De strafmaxima voor actieve en passieve ambtelijke omkoping zijn immers gelijk.¹³⁵⁸

1350 Idem, met voorbeelden komt Sikkema niet.

1351 Op grond van de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr.

1352 Sikkema (2005), p. 320.

1353 Ibid, p. 321.

1354 Idem.

1355 Roording (2002), p. 152.

1356 Sikkema (2005), p. 322.

1357 Idem.

1358 Sikkema (2005), p. 323.

Sikkema stelt daarom voor deze bezwaren te ondervangen door een aanpassing van artikel 361a Sr. Het bestanddeel 'in zijn hoedanigheid' kan worden vervangen door het bestanddeel 'naar aanleiding van zijn hoedanigheid' of 'in verband met zijn bediening'. Op deze wijze wordt een einde gemaakt aan de discussie over de strafbaarheid van het aannemen van buiten werktijd gedane giften en van het doen of nalaten in de hoedanigheid van voorzitter van de duivensportvereniging. Daarmee zou het strafbare gedrag op zichzelf wel degelijk duidelijk zijn afgebakend. Het verschil met de bestaande ambtelijke omkopingsbepalingen is volgens Sikkema *slechts* dat er geen relatie met een specifiek doen of nalaten is vereist. Bovendien constateert hij dat het loslaten van de 'concrete' tegenprestatie weinig toegevoegde waarde zou hebben, aangezien de rechtspraak daar geen hoge eisen aan stelt.¹³⁵⁹

6.3.2.2 Bespreking van het alternatief Van Oven en Van Heemst

De kritieken van Boek, Mevis, Roording en Sikkema op de door Van Oven en Van Heemst geformuleerde strafbaarstelling richten zich vooral op de bestanddelen 'van enige betekenis' en 'in zijn hoedanigheid als ambtenaar'. Daarnaast is op het essentiële kenmerk van deze strafbepaling, te weten het weglaten van de 'concrete' tegenprestatie, weinig tot geen kritiek aangevoerd.

Het bestanddeel 'van enige betekenis' is inderdaad een vaag criterium om strafbaar gedrag af te bakenen. Ook het huidige bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in de ambtelijke omkopingsbepalingen en in het huidige niet-ambtelijke omkopingsartikel is een vaag criterium. Vage criteria kunnen echter nodig zijn om een bepaalde vrijheid aan het Openbaar Ministerie (via het opportuniteitsbeginsel) of de rechter te geven om iemand al dan niet te vervolgen of te veroordelen, en mede om het omzeilen van strafbare gedragingen tegen te gaan. De keuze voor het ruim interpreteerbare bestanddeel 'van enige betekenis' is derhalve enerzijds te rechtvaardigen, maar anderzijds kan beter aansluiting worden gezocht bij de term 'niet-gerechvaardigd' ('undue') uit artikel 2 EU-kaderbesluit om bagatelgunsten uit te sluiten van strafbaarheid. Het bestanddeel 'van enige betekenis' houdt meer een afbakening op basis van de hoogte van de gunst in (kwantitatief), terwijl de term 'niet-gerechvaardigd' ook een bepaalde kwalitatieve benadering weergeeft, die kan worden ingevuld naar aanleiding van een bepaalde omstandigheid. Bij dit laatste is het de vraag of een bepaalde gunst in *die* specifieke situatie is gerechtvaardigd.

Het bestanddeel 'in zijn hoedanigheid' is door Sikkema en Roording bekritiseerd. Het bestanddeel moet inderdaad, zoals Sikkema voorstelt, worden vervangen, maar niet door het bestanddeel 'naar aanleiding van zijn hoedanigheid' of door 'in verband met zijn

¹³⁵⁹ Idem.

bediening'. Een ander bestanddeel, namelijk 'in verband met het functioneren als ambtenaar (of werknemer of lasthebber)', is in het huidige tijdperk beter geschikt.

In de vorige paragraaf is beschreven dat Roording en Sikkema een genuanceerd positief standpunt hebben ingenomen over het afschaffen van de tegenprestatie. Sikkema constateert dat het loslaten van de 'concrete' tegenprestatie weinig toegevoegde waarde zou hebben, aangezien in de rechtspraak aan deze 'concrete' tegenprestatie geen hoge eisen worden gesteld.¹³⁶⁰ Ook in de huidige actuele ambtelijke omkopingsrechtspraak is een beweging zichtbaar: de tegenprestatie kan zelfs bestaan in een met het oog op het toekomstig handelen of nalaten te handelen van de verdachte en op het doen ontstaan dan wel in stand houden van een voorkeursrelatie tussen beiden.¹³⁶¹ De gift en/of de dienst hoeft daarbij geen verband te houden met een concrete tegenprestatie.¹³⁶² Ook in het megaproces Oranje overwoog de Rechtbank Noord-Holland dat niet is vereist dat het met de gift beoogde handelen of nalaten te handelen ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Voldoende is dat de ambtenaar - op het moment dat deze de gift aanneemt - redelijkerwijs moet vermoeden dat die gift hem is gedaan om hem te bewegen in de toekomst iets te doen of na te laten. Niet noodzakelijk is dat er één qua tijd, plaats en verdere details nauwkeurig vaststaande handeling wordt beoogd.¹³⁶³ Daarbij constateert de rechtbank in deze zaak dat door het aannemen van geheime informatie over de selectieprocedure van een burgemeester (gift/dienst) de verdachte zich in een positie heeft geplaatst waarin hij niet meer onbevangen en onafhankelijk ten opzichte van de omkoper kon functioneren.¹³⁶⁴ Het aannemen van het voordeel is voor de rechtbank derhalve doorslaggevend, en niet het verband tussen het voordeel en de tegenprestatie.

In deze rechtszaken is zodoende van een toekomstige 'concrete' tegenprestatie (nog) geen sprake, maar wordt meer aangesloten bij het mogelijk toekomstig handelen van de verdachte. Dit is ook in overeenstemming met de voormalige en huidige formulering van artikel 328ter lid 1 en 2 Sr: "*dan wel zal doen of nalaten*". De verdachten van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping kunnen op dit moment derhalve al worden veroordeeld voor het aannemen, verlenen en zelfs voor het vragen of aanbieden van een gift, dienst of belofte, terwijl de tegenprestatie niet eens daadwerkelijk hoeft te hebben plaatsgevonden.

Daarnaast kan uit paragraaf 3.3.10 worden afgeleid dat in het kader van niet-ambtelijke omkoping eveneens aan het causale verband geen hoge eisen worden gesteld. Het enkel

¹³⁶⁰ Sikkema (2005), p. 323 en p. 276 e.v.

¹³⁶¹ Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:354, idem (strafmotivering).

¹³⁶² Idem.

¹³⁶³ Rb. Noord-Holland 3 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11551.

¹³⁶⁴ Idem.

'smeren' kan al voldoende zijn om het causale verband aan te nemen.¹³⁶⁵ Het afschaffen van zowel de 'concrete' tegenprestatie als het causale verband tussen de gunst en tegenprestatie kan zodoende worden gezien als een codificatie van de huidige ambtelijke omkopingsrechtspraak. Deze wettelijke structuur kan worden opgenomen in een niet-ambtelijke omkopingsvariant, aangezien - mede in ogenschouw genomen dat het überhaupt bewijzen van het aannemen, vragen, aanbieden en verlenen van de gift, dienst of belofte en de (toekomstige) tegenprestatie¹³⁶⁶ al een ondoenlijke opgave is - de actuele ambtelijke omkopingsrechtspraak daartoe noopt. Ook is dit enigszins in overeenstemming met de voormalige en huidige formulering van artikel 328ter lid 1 en 2 Sr, *"dan wel zal doen of nalaten"*, waarbij de tegenprestatie nog niet eens daadwerkelijk hoeft te hebben plaatsgevonden om verdachten te kunnen veroordelen.

Tevens is het al onaanvaardbaar en daardoor strafbaar indien een omgekochte zich laat beïnvloeden door het opzettelijk aannemen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Dit betekent dat de omgekochte niet meer onafhankelijk en onbevangen ten opzichte van de omkoper en zijn werkgever kan functioneren. Dit geldt eveneens voor de omkoper die tracht een omgekochte te beïnvloeden door het opzettelijk verlenen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Het aannemen van niet-gerechvaardigde giften, diensten of beloften is derhalve al een inbreuk op het vertrouwen dat de werkgever in zijn werknemers mag hebben. Er wordt immers veelal gehandeld in het kader van het eigenbelang en niet in het belang van de werkgever.

6.3.3 Alternatief Boek

6.3.3.1 Alternatief

Boek heeft naar aanleiding van de bezwaren op het wetsvoorstel van Van Oven en Van Heemst in 1998 een alternatief voor een ambtelijke omkopingsvariant voorgesteld.¹³⁶⁷ Deze ambtelijke omkopingsvariant kan eveneens van belang zijn voor een aanbeveling inzake het niet-ambtelijke omkopingsartikel:

1. *"Met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de vierde categorie wordt gestraft de ambtenaar die buiten zijn bediening een substantiële gift, belofte of dienst aanvaardt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem wordt gedaan in zijn hoedanigheid als ambtenaar."*

¹³⁶⁵ Roording (2002), p. 122-123. Zie ook Sikkema (2005), p. 281.

¹³⁶⁶ Bijvoorbeeld in het geval van 'matchfixing'. Bewijs maar eens dat een eigen doelpunt of het 'krijgen' van een gele kaart in de 57^{ste} minuut de tegenprestatie is geweest van de omkoping en bewijs maar is of dit de toekomstige tegenprestatie wordt.

¹³⁶⁷ Zie J. Boek, 'Naschrift', *NJB*, 1998, afl. 37, p. 1687-1688 en J.L.M. Boek, 'Strafbaarheid van ambtelijke corruptie', *NJB*, 1998, 27, p. 1179-1184.

2. *Met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of een geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar die een substantiële gift, belofte of dienst aanvaardt, wetende dat deze hem wordt gedaan ten einde hem te bewegen in strijd met zijn bediening iets te doen of na te laten dan wel naar aanleiding van hetgeen hij in strijd met zijn bediening heeft gedaan of nagelaten.*¹³⁶⁸

6.3.3.2 Bespreking van het alternatief Boek

Ook Boek stelt - net als Van Oven en Van Heemst - voor om in het eerste lid de tegenprestatie af te schaffen. Het is ook opvallend dat Boek in lid 1 pleit voor het opnemen van het bestanddeel 'in zijn hoedanigheid' en voor het opnemen van het bestanddeel 'buiten zijn bediening'. De gunst kan toch moeilijk tegelijkertijd 'buiten zijn bediening' en 'in zijn hoedanigheid als ambtenaar' worden aangenomen. De door Sikkema voorgestelde bestanddelen 'naar aanleiding van zijn hoedanigheid' of 'in verband met zijn bediening' zouden ten aanzien van de strafbaarstelling van Boek hier, net als bij de niet-ambtelijke omkopingsvariant, beter op zijn plaats zijn. Daarbij is het de vraag of het bestanddeel 'substantiële' in lid 1 en 2 nu zoveel anders is dan het door Van Oven en Van Heemst gebruikte bestanddeel 'van enige betekenis'. De bezwaren ten aanzien van het bestanddeel 'van enige betekenis', die zijn genoemd in de paragrafen 6.3.2.1 en 6.3.2.2, zijn ook van toepassing op 'substantiële'. Bovendien is het opvallend dat lid 2 gebruikmaakt van het bestanddeel 'in strijd met de bediening' in plaats van het huidige 'in strijd met zijn plicht'. Het verschil tussen beide termen is te verwaarlozen.

De wettelijke structuur van Boek, die gebruikt maakt van een strafverzwarringsgrond voor het geval de ambtenaar handelt in strijd met zijn bediening, is te prefereren, waardoor deze structuur eveneens toepassing zou kunnen vinden in de niet-ambtelijke omkopingsvariant. In paragraaf 5.7.2 is reeds een lans gebroken voor de door Smid voorgestelde wettelijke generalis-specialis-variant, waarbij de strafverzwarringsgrond, evenals in het voorstel van Boek, bestaat in het handelen in strijd met zijn plicht of in zijn bediening. Op deze wijze wordt geen afbreuk gedaan aan de wetsgeschiedenis en het rechtzekerheidsbeginsel en wordt de problematiek van het theoretische 'strafgat' ondervangen. In de paragrafen 5.7.2 en 5.8 is gepleit voor een andere zinsnede: *"in strijd met een wettelijke plicht of, beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon"*. Ook deze zinsnede zou beter van toepassing kunnen zijn in de niet-ambtelijke omkopingsvariant.

¹³⁶⁸ Sikkema (2005), p. 324.

6.3.4 Alternatief De Doelder en Smid

6.3.4.1 Alternatief

Smid en De Doelder waren in 2006 van mening dat het oude artikel 328ter Sr in stand kan blijven voor de gevallen waarin er geen sprake is van handelen in strijd met zijn plicht. Het feit dat de werknemer de gift, belofte of dienst niet heeft gemeld aan zijn werkgever wordt op deze wijze minder zwaar opgenomen.¹³⁶⁹ De auteurs pleitten voor een nieuw artikel, waarbij het handelen in strijd met zijn plicht centraal staat, en niet het verzwijgen in strijd met de goede trouw jegens de werkgever. Deze nieuwe bepaling zou gebaseerd moeten zijn op artikel 21 van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie.¹³⁷⁰ Het handelen in strijd met zijn plicht is volgens de auteurs laakbaarder dan het handelen zonder in strijd met zijn plicht en vinden dat dit onderscheid moet doorwerken in de strafmaxima van de onderscheidene strafbepalingen.

6.3.4.2 Bespreking van het alternatief De Doelder en Smid

Het valt op dat het alternatief van Smid en De Doelder is gebaseerd op het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht', dat eveneens is opgenomen in de oude ambtelijke omkopingsartikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr. Sikkema heeft ten aanzien van de ambtelijke omkopingsartikelen opgemerkt dat dit bestanddeel een arbitrair karakter heeft gekregen, aangezien er door de extensieve uitleg bijna geen gevallen meer zijn waarin de ambtenaar 'iets doet of nalaat' zonder daarbij in strijd met zijn plicht te handelen.¹³⁷¹ Het onderscheid in deze strafbaarstellingen kan volgens Sikkema derhalve worden afgeschaft.¹³⁷² Ingeval het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' wordt opgenomen in de voorgestelde strafbepaling kan eenzelfde arbitrair karakter van dit bestanddeel ontstaan, waardoor afbreuk kan worden gedaan aan het wettelijke systeem. De vrijheid van de rechter tot interpretatie van dit bestanddeel kan aldus leiden tot eenzelfde extensieve uitleg in de niet-ambtelijke omkopingsartikelen, waardoor er bijna geen gevallen meer overblijven waarin de omgekochte handelt zonder in strijd met zijn plicht. De keuze voor het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' is dus een ongelukkige, ondanks het gegeven dat dit bestanddeel in de internationale verdragen en het toekomstige niet-ambtelijke omkopingsartikel een cruciale rol vervult. Daarnaast is het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' jegens de werkgever ook een uiting van het handelen 'in strijd met zijn plicht' en daardoor niet even of minder kwalijk dan het handelen 'in strijd met zijn plicht'. Een onderscheid tussen (en daardoor ook in de strafmaxima) het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' en het handelen 'in strijd

¹³⁶⁹ H. de Doelder & G. Smid, 'Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie: waardevol voor Nederland?', *DD* 2006, 60, p. 5.

¹³⁷⁰ Zie bijlage 5.

¹³⁷¹ Sikkema (2005), p. 265.

¹³⁷² Zie hiervoor, paragraaf 5.4 en 5.5.2 (voor andere argumenten voor het afschaffen van het onderscheid).

met zijn plicht' is derhalve niet valide. Het is dan ook in dit verband terecht dat in het artikel 328ter lid 3 Sr onder het handelen in strijd met zijn plicht in elk geval ook wordt begrepen het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever'.

6.3.5 Aanvulling ongeoorloofde verrijking

6.3.5.1 Aanvulling

Artikel 20 VN-verdrag¹³⁷³ is een interessante 'soft law' bepaling die door de lidstaten van de VN kan worden opgenomen om ambtelijke omkoping te bestrijden. De gekozen wetssystematiek van deze bepaling kan ook als aanvulling naast een strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping functioneren, waardoor het van belang kan zijn deze bepaling te analyseren. Artikel 20 VN-verdrag is als volgt geformuleerd:

"Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income."

In paragraaf 2.4.2.2.4 is reeds aandacht besteed aan deze bepaling in het kader van de behandeling van het VN-verdrag, waardoor in de verdere behandeling van dit artikel enige overlap kan ontstaan. Het hoofdbestanddeel wordt gevormd door het opnemen van de Nederlandse zinsnede: *"een aanzienlijke toename van de activa van een overheidsfunctionaris waarvoor hij of zij in relatie tot zijn of haar rechtmatig inkomen geen redelijke verklaring kan geven"*. De reden tot het opnemen van dit artikel in het VN-verdrag is dat het delict (ambtelijke) omkoping lastig te bewijzen is. Omkoping is immers een delict waarbij geen directe slachtoffers vallen, vaak geen financiële sporen achterlaat en valt of staat bij de geheimhouding van het strafbare gedrag. Het enige zichtbare resultaat van financieel-strafrechtelijk onderzoek kan zijn een stijging van het vermogen van deze persoon. Deze strafbaarstelling kan de juridische bestrijding van corruptie sterk vereenvoudigen, aangezien de verdachte strafbaar kan zijn als deze niet meewerkt aan het geven van een verklaring of een gebrekkige verklaring voor de toename van zijn activa. De Doelder en Smid merken op dat deze bepaling een nuttige aanvulling kan zijn voor de Nederlandse strafwetgeving.¹³⁷⁴ Corruptie laat meestal geen duidelijke sporen of slachtoffers achter. Als er geen benadeelde belanghebbende is, stapt er ook niemand naar de politie en zonder andere aanwijzingen wordt het lastig. Vaak is de plotselinge vermogensstijging van een

1373 Artikel 20 van het VN-verdrag, Nederlandse vertaling, *Trb.* 2005, 244.

1374 De Doelder en Smid (2006).

ambtenaar de enige aanwijzing voor een geval van corruptie.¹³⁷⁵ Met behulp van deze bepaling kan van een ambtenaar worden verlangd dat hij uitleg geeft over de herkomst van zijn vermogen(ssstijging).¹³⁷⁶ Het zou volgens De Doelder en Smid de opsporing van corruptie een stuk gemakkelijker maken.¹³⁷⁷

De Nederlandse regering heeft besloten om dit artikel niet te implementeren, daar de vrij vage termen ‘aanzienlijke toename’ en ‘geen redelijke verklaring’ zich moeizaam verhouden tot het rechtszekerheids- en het lex-certa-beginsel. Deze beginselen worden in Westerse landen alom gerespecteerd. Het is niet voor niets dat vooral Zuid- en Midden-Amerikaanse landen, die traditioneel hoog scoren op de corruptie-index van Transparency International (TI)¹³⁷⁸, voor zo’n ruime strafbaarstelling pleiten.¹³⁷⁹ Een ander tegenargument van de Nederlandse regering is de omkering van de bewijslast. Een aanzienlijke toename van het vermogen is op zichzelf niet strafbaar, tenzij de ambtenaar daaromtrent geen of geen redelijke verklaring kan verschaffen.¹³⁸⁰ De ambtenaar moet zodoende aantonen dat de groei van zijn vermogen rechtmatig heeft plaatsgevonden. Deze bewijsomkering in het strafrecht verhoudt zich slecht tot de onschuldpresumptie en het nemo-tenetur-beginsel, oftewel het verbod op zelfincriminatie. Het Openbaar Ministerie behoort het bewijs te leveren; deze taak komt in beginsel niet toe aan de verdachte.¹³⁸¹

1375 Idem, en toenmalig minister van Justitie Korthals zei dit al in zijn speech te behoeve van het congres ‘Bestrijding van corruptie, van taboe naar sociale verandering’ op 14 september 2000, in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie: van taboe naar sociale verandering*, Deventer: Gouda Quint/SI-EUR 2001, p. 1-4.

1376 De Doelder en Smid (2006).

1377 Idem.

1378 Zie bron: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>.

1379 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 808-(R1815). Bij de verdragsonderhandelingen bleken vooral de Zuid- en Midden-Amerikaanse landen te hechten aan het opnemen van deze bepaling. De strafbaarstelling is mede vergelijkbaar met die van artikel IX van het op 29 maart 1996 tot stand gekomen Inter-Amerikaans Verdrag tegen Corruptie.

1380 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 808-(R1815).

1381 Idem.

6.3.5.2 Bespreking van de aanvulling ongeoorloofde verrijking

De Doelder en Smid zijn genuanceerder dan de wetgever en pleiten voor een aangepast artikel 20 VN-verdrag als aanvulling op de Nederlandse omkopingswetgeving. De auteurs stellen dat van iedere belastingplichtige wordt verwacht dat hij moet aangeven wat de bronnen zijn van zijn inkomen.¹³⁸² De 'bewijslast' ligt hier volgens deze auteurs ook bij de belastingplichtige, dus waarom zou dat opeens anders zijn wanneer er een strafrechtelijk onderzoek is gestart?¹³⁸³ De Belastingdienst kan inderdaad een verplichting tot inlichtingenverstrekking voor de belastingplichtige op grond van artikel 47 AWR¹³⁸⁴ opleggen. Hierbij is eenieder verplicht om desgevraagd aan de inspecteur onder andere gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing van belang kunnen zijn.

De beginselen van behoorlijk bestuur (motiveringsplicht, 'detournement de pouvoir', 'fairplay'-beginsel) zijn van toepassing. Deze 'bijkomende verplichting' op grond van artikel 47 AWR mag zodoende niet in algemene bewoordingen worden geëist, maar moet specifiek worden gemotiveerd. Deze motiveringsplicht brengt met zich mee dat de inspecteur in zijn besluit tot het verzoeken om informatie motiveert waarom de gevraagde informatie of inzage voor hem van belang kan zijn.¹³⁸⁵

Als de belastingplichtige niet of niet volledig voldoet aan deze inlichtingenplicht kan als sanctie de bewijslast voor de belastingplichtige worden verzwaard naar 'doen blijken', dat wil zeggen overtuigend aantonen in plaats van aannemelijk maken. Ook kan tegelijkertijd de bewijslast worden omgekeerd.¹³⁸⁶ De stap naar een omkering van de bewijslast is zodoende zelfs in een bestuursrechtelijke belastingprocedure niet zomaar gemaakt.

1382 De Doelder en Smid (2006).

1383 Idem.

1384 Artikel 47 AWR. *Algemene wet rijksbelastingen*.

1. Ieder is gehouden desgevraagd aan de inspecteur:

a. de gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn;
b. de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers of de inhoud daarvan - zults ter keuze van de inspecteur - waarvan de raadpleging van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten welke invloed kunnen uitoefenen op de belastingheffing te zijnen aanzien, voor dit doel beschikbaar te stellen.

2. Ingeval de belastingwet aangelegenheden van een derde aanmerkt als aangelegenheden van degene die vermoedelijk belastingplichtig is, gelden, voor zover het deze aangelegenheden betreft, gelijke verplichtingen voor de derde.

3. Een ieder die de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, is verplicht op vordering van de inspecteur terstond een identiteitsbewijs als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht ter inzage aan te bieden, indien dit van belang kan zijn voor de belastingheffing te zijnen aanzien.

1385 Idem.

1386 A.K.H. Klein Sprokkelhorst, *NDFR Artikel 47 AWR Verplichting tot inlichtingenverstrekking*, bijgewerkt tot 6 augustus 2013.

Verder refereert Smid, als voorstander van een dergelijke strafbaarstelling, aan de jurisprudentie in verband met het delict witwassen (artt. 420bis¹³⁸⁷ en 420quater¹³⁸⁸ Sr), waarbij door het OM onder andere moet worden bewezen of het voorwerp 'afkomstig is uit een misdrijf'.

De Hoge Raad overwoog in 2010 als volgt: *“van de verdachte mag worden verlangd dat hij een verklaring geeft voor de herkomst van het geld, dat leidt er niet zonder meer toe dat het dan aan de verdachte is om aannemelijk te maken dat het geld niet van misdrijf afkomstig is”*.¹³⁸⁹ Smid stelt aan de hand van het eerste zinsdeel van deze overweging van de Hoge Raad dat *“het niet geven van een redelijke verklaring voor een bezwarende omstandigheid bewijsrechtelijke consequenties kan hebben”*.¹³⁹⁰ Uit de vervolgedenering van de Hoge Raad blijkt dat het oordeel van het Hof *“dat niet gezegd kan worden dat het op grond van de feiten en omstandigheden die uit het beschikbare bewijsmateriaal kunnen worden afgeleid, niet anders kan zijn dan dat het geld uit enig misdrijf afkomstig moet zijn”*, niet onbegrijpelijk is.¹³⁹¹

Deze overwegingen van de Hoge Raad leiden tot de conclusie dat een (betrouwbare) verklaring of het ontbreken van een verklaring van de verdachte altijd nog ondersteund moet worden door ander bewijsmateriaal. Dit is eveneens bevestigd in een zaak voor het Hof Arnhem in 2009, waarin uit bewijsmateriaal van de Belastingdienst bleek dat de verdachte sinds 2003 geen legale inkomsten heeft gehad, en dat er geen gegevens betreffende renteopgaven en geen bankrekeningnummers van verdachte bekend zijn bij de Belastingdienst.¹³⁹² Daaruit kan volgens het Hof worden afgeleid dat dit bedrag van € 8.038,03 uit een misdrijf afkomstig is.

1387 1. Als schuldig aan witwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie: a) hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig is uit enig misdrijf; b) hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij weet dat het voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig is uit enig misdrijf.

2. Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.

1388 1. Als schuldig aan schuldwitwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie: a) hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig is uit enig misdrijf; b) hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig is uit enig misdrijf.

2. Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.

1389 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1014, NJ 2010/456, r.o. 2.6.

1390 Smid (2012), p. 323.

1391 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1014, NJ 2010/456, r.o. 2.6.

1392 Hof Arnhem 12 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK4756.

Smid beredeneert op grond van de uitspraak van Hof Arnhem in 2009 dat een rechter witwassen bewezen kan achten, als de verdachte niet aannemelijk kan maken dat de herkomst van het vermogen legaal is.¹³⁹³ Deze redenering kan worden aangevuld, aangezien ook in deze zaak het Hof het bestanddeel 'afkomstig is uit een misdrijf' volgens de Hoge Raad¹³⁹⁴ toereikend heeft gemotiveerd door ondersteunende bewijsmiddelen. Het Hof is uiteraard niet alleen op de verklaring van de verdachte afgegaan. Het Hof noemt daarbij dat het zeer ongebruikelijk is dat een bedrag van dergelijke omvang in verschillende coupures in een kluis van een woning wordt bewaard en dat een kopie van een kwitantie wordt bewaard in een keukenkastje.¹³⁹⁵ Een dergelijke wijze van bewaren van een stuk als dit is zeer ongebruikelijk in het legale handelsverkeer waarin dergelijke geldbedragen omgaan. Daarbij neemt het Hof nog in aanmerking dat de vriendin van verdachte geen weet had van het bedrag in de kluis en niet wist dat het aangetroffen stuk een kopie was van een kwitantie zonder ondertekeningen.¹³⁹⁶ Ook advocaat-generaal Jörg is deze mening toegedaan. Hij stelt dat het aannemelijk maken dat er wel sprake is van een legale herkomst van de middelen van de verdachte in strijd is met de strafprocessuele taakverdeling, voor zover het niet om een hoogst onaannemelijke bewering gaat, of om een bewering waarvoor - buiten de verdachte zelf - geen aanknopingspunten voor onderzoek bestaan.¹³⁹⁷ Het zou erop neerkomen dat een verdachte moet aantonen dat het voorwerp niet afkomstig is uit enig misdrijf en aldus gehouden is zijn onschuld te bewijzen. Dit zou een omkering van de bewijslast impliceren en in strijd zijn met de onschuldspresumptie.¹³⁹⁸ Deze bevindingen zijn ook in lijn met de 'Murray'-redenering, die ervan uitgaat dat de rechter alleen verzwijgingen van de verdachte in zijn overwegingen mag betrekken als andere aanknopingspunten voor verder onderzoek bestaan die geheel tegen hem pleiten.¹³⁹⁹

Naar aanleiding van deze bevindingen kan worden beargumenteerd dat enkel de zinsnede uit artikel 20 VN-verdrag "*waarvoor hij of zij in relatie tot zijn of haar rechtmatig inkomen geen redelijke verklaring kan geven*" niet te rechtvaardigen is. Dit artikel, dat uitgaat van strafbaar gedrag ingeval de verdachte "*geen redelijke verklaring kan geven*", gaat dan ook strafrechtelijke gezien te ver. De Doelder en Smid pleiten dan ook terecht voor enige

1393 Hof Arnhem 24 juni 2009, zaaknr. 21/004925-07 (ongepubliceerd).

1394 HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6933, r.o. 3.4.

1395 Hof Arnhem 24 juni 2009, zaaknr. 21/004925-07 (ongepubliceerd).

1396 Idem.

1397 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, NJ 2010/456.

1398 Idem.

1399 EHRM 8 februari 1996, NK 1996, 725 m.nt. Kn, zaak Murray. 'The national court cannot conclude that the accused is guilty merely because he chooses to remain silent. It is only if the evidence against the accused 'calls' for an explanation which the accused ought to be in a position to give that failure to give any explanation 'may as a matter of common sense allow the drawing of an inference that there is no explanation and that the accused is guilty'.

aanpassing van artikel 20 VN-verdrag¹⁴⁰⁰ en doen hiervoor de volgende suggestie: *“de ambtenaar die gedurende de uitoefening van zijn functie opzettelijk een significante verhoging van zijn bezitvergaar, welke verhoging hij redelijkerwijs niet kan verklaren, wordt gestraft met ...”*¹⁴⁰¹

De auteurs motiveren deze zinsnede als volgt: *“Op deze wijze kan nog steeds worden aangevoerd dat de verdachte overheidsfunctionaris verplicht moet meewerken aan zijn eigen veroordeling, maar doordat de nadruk meer gelegd wordt op de opzettelijke vergaring en dus op het actief handelen van de overheidsfunctionaris, wordt beter duidelijk dat het gaat om het handelen dat strafbaar is gesteld en niet het niet kunnen verklaren”*.¹⁴⁰² Deze motivering van De Doelder en Smid sluit beter aan bij de behandelde witwas-jurisprudentie en de ‘Murray’-redenering, die ervan uitgaat dat een ontkennende of kennelijk leugenachtige verklaring kan worden meegenomen ten aanzien van de waardering van de overige beschikbare bewijsmiddelen. Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat tegen het afschaffen van de tegenprestatie en het opnemen van de zinsnede *“opzettelijk een niet-gerechtvaardigd voordeel aanneemt of verleent”* in de nieuwe strafbepaling 328ter Sr weinig bezwaren bestaan. Indien de verdachte kan bewijzen dat een redelijke verklaring ten grondslag heeft gelegen aan het aannemen dan wel verlenen van de gift, dienst of belofte, kan niet worden bewezen dat het voordeel niet-gerechtvaardigd was aangenomen dan wel was verleend. Een dergelijke bepaling hoeft dus niet als aanvulling of als alternatief naast de aanbeveling te worden opgenomen. De aspecten zijn al geïncorporeerd in de aanbeveling.

6.3.6 Aanvulling of alternatief civielrechtelijke mogelijkheden

In deze paragraaf wordt bekeken of (bestaande) civiel- of arbeidsrechtelijke mogelijkheden in het kader van niet-ambtelijke omkoping als aanvulling of wellicht als alternatief voor een strafrechtelijke bepaling kunnen gelden. Op grond van artikel 7:677 BW is een partij bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen op grond van een dringende reden. Het artikel 7:678 BW geeft voor de werkgever invulling aan deze dringende reden door onder andere in 7:678 lid 2 sub d BW op te nemen dat diefstal, bedrog of andere misdrijven waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt, kunnen worden aangemerkt als een dringende reden voor ontslag. Het Hof ‘s-Gravenhage overwoog op 21 september 2007 in de - voor zover ik kan nagaan - enige gepubliceerde civiele zaak ten aanzien van een niet-ambtelijk omkopingsgeval dat het ontslag op staande voet middels een ontslagbrief van 29 mei 1998 terecht was gegeven, daar de werkgever uit door de FIOD verstrekte informatie had afgeleid dat de werknemer zou zijn betrokken bij de in de ontslagbrief genoemde ernstige frauduleuze handelingen ten nadele van

1400 Het verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie; New York, 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244.

1401 De Doelder en Smid (2006).

1402 Idem.

werkgever.¹⁴⁰³ Daarbij haalde dit Hof de latere (dan het moment van het ontslag op staande voet) strafrechtelijke overwegingen van Rechtbank Amsterdam van 30 november 2000¹⁴⁰⁴, van het Hof Amsterdam van 4 april 2003 en van de Hoge Raad van 9 november 2004¹⁴⁰⁵ aan om te onderbouwen dat er een dringende reden was voor het op 29 mei 1998 gegeven ontslag. In deze strafzaken is geoordeeld dat de werknemer het misdrijf van artikel 328ter Sr meermalen heeft gepleegd.¹⁴⁰⁶ Het Hof Amsterdam van 4 april 2003 heeft bewezen verklaard dat de werknemer wegens het verstrekken van inlichtingen en het geven van adviezen over effectentransacties meer dan een half miljoen gulden heeft aangenomen, terwijl dit aannemen in strijd met de goede trouw was tegenover zijn werkgever.¹⁴⁰⁷ Daar komt nog bij dat dit hof ook bewezen heeft verklaard dat de werknemer heeft deelgenomen aan een criminele organisatie die zich bezighield met niet-ambtelijke omkoping.¹⁴⁰⁸ Het Hof 's-Gravenhage van 21 september 2007 oordeelt in de ontslagzaak afsluitend dat de werknemer op het moment van dat de ontslagbrief werd gegeven terecht verdacht werd, aangezien hij later voor niet-ambtelijke omkoping is veroordeeld.¹⁴⁰⁹

De dringende reden van ontslag van de werkgever - betrokkenheid bij herhaalde en ernstige frauduleuze handelingen - kan zodoende worden gestaafd op een enkele, met de werkgever gedeelde verdenking van de FIOD dat de werknemer een strafbaar feit zou hebben begaan, aangezien een rechtsgrond op basis waarvan de werkgever geen gebruik zou mogen maken van de verkregen informatie van de FIOD ontbreekt.¹⁴¹⁰ Verder wordt ter rechtvaardiging van deze dringende reden aansluiting gezocht bij latere strafrechtelijke (dan het moment van het ontslag op staande voet) overwegingen van de rechtbank, het hof en de Hoge Raad.

Disselkoen en Jakimowicz merken op dat bij de ontslag op staande voet vermelde omstandigheden of gedragingen die eerst na het ontslag komen vast te staan, kunnen bijdragen aan het bewijs van de opgegeven dringende reden.¹⁴¹¹ Sagel merkt op dat een werkgever het risico mag nemen een werknemer op staande voet te ontslaan wegens

1403 Hof 's-Gravenhage 21 september 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB5890.

1404 Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8706.

1405 HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8470 (door het hof bewezen verklaarde feiten in stand gelaten).

1406 Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6884.

1407 Idem.

1408 Hof 's-Gravenhage 21 september 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB5890.

1409 Idem.

1410 Idem.

1411 V. Disselkoen, C.M. Jakimowicz, *Commentaar op Burgerlijk Wetboek, Boek 7, artikel 678*, bijgewerkt tot 1 juli 2013. Zie ook HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:AG0712 (voor het bewijs kunnen feiten meetellen die pas na het ontslag bekend zijn geworden) en Verhulp, *T&C Arbeidsrecht, commentaar op artikel 678, Boek 7, van het Burgerlijk Wetboek*, bijgewerkt tot 1 februari 2012.

diefstal, indien hij vermoedt, maar nog geen sluitend bewijs heeft, dat er sprake is van diefstal.¹⁴¹² Krijgt de werkgever dat bewijs na het ontslag op staande voet alsnog rond, dan zal het ontslag wegens diefstal zonder meer stand kunnen blijven.¹⁴¹³ Dit is volgens Disselkoen en Jakimowicz dus iets anders dan het ontdekken van nieuwe feiten na het gegeven ontslag op staande voet zonder dat deze feiten zijn te herleiden tot een eerdere grondslag genoemd ten aanzien van de dringende reden.¹⁴¹⁴ Volgens de kantonrechter in Haarlem moeten feiten die bekend zouden zijn geworden nadat de werkgever de werknemers op 30 oktober 2006 had ontslagen en die niet tijdens het op die dag gehouden gesprek aan de orde zijn geweest en die evenmin in de ontslagbrief zijn genoemd, later buiten beschouwing blijven.¹⁴¹⁵

Alles overziend betekent dit dat verdenkingen van herhaalde en ernstige frauduleuze gedragingen die zijn genoemd als dringende reden voor ontslag op staande voet en waarvoor de werknemer later door strafrechtelijke instanties is veroordeeld, de overweging dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, kunnen ondersteunen. In strafrechtelijk perspectief bezien, wordt de vermoedelijk omgekochte op deze wijze al bestraft voordat überhaupt gerechtelijk is komen vast te staan dat hij schuldig is. Zijn toekomstperspectieven worden door het ontslag op staande voet namelijk aanzienlijk beperkt. De strafrechtelijke onschuldpresumptie viert zodoende niet zijn hoogtijdagen in het civiele recht. Enerzijds heeft dit te maken met de civiele gelijkheid van partijen. Anderzijds wordt het civiele recht als 'minder' verstrekkend voor de dader beschouwd, waardoor verdedigingsrechten een minder grote rol spelen in het civiele recht dan in het strafrecht. Het risico voor de werkgever is te groot om de mogelijk malafide werknemer in afwachting van een veel latere strafzaak nog langer in dienst te houden. Als compensatie voor een onterecht verleend ontslag op staande voet kan de werkgever daarentegen wel schadeplichtig zijn. Vegter noemt als voorbeeld dat als een ontslag op staande voet wordt vernietigd de werknemer (in principe) recht heeft op doorbetaling van loon. Daarnaast dient de werkgever de schadegevolgen van het ontslag op staande voet, zoals gezondheidsschade, reputatieschade en kosten om weer aan het werk te komen, te vergoeden.¹⁴¹⁶

1412 Idem, zie S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet voor zover vereist, wie Aaa zegt mag geen bee meer zeggen?', *SR* 2007, 23, p. 97.

1413 Idem.

1414 V. Disselkoen, C.M. Jakimowicz, *Commentaar op Burgerlijk Wetboek, Boek 7, artikel 678*, bijgewerkt tot 1 juli 2013. Zie ook HR 22 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9850 en HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1644 (er mag geen rekening worden gehouden met gedragingen die zich pas na het ontslag op staande voet manifesteren).

1415 Rechtbank Haarlem 19 december 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BC1320.

1416 V. Disselkoen, C.M. Jakimowicz, *Commentaar op Burgerlijk Wetboek, Boek 7, artikel 678*, bijgewerkt tot 1 juli 2013.

In de praktijk zal een omkoper binnen een onderneming vermoedelijk minder snel dan een omgekochte worden geconfronteerd met een ontslag op staande voet, aangezien ondernemingen financieel kunnen profiteren van actieve omkopers bij bijvoorbeeld het binnenhalen van opdrachten. Daarbij is de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 21 september 2007 de enige uitspraak van een ontslag op staande voet voor een omgekochte. Daaruit kan worden afgeleid dat interne stille arbeidsrechtelijke afhandeling voor zowel actieve als passieve private omkoping de voorkeur geniet binnen het bedrijfsleven.

Een niet-ambtelijk omkopingsgeval kan ook uitsluitend via een civielrechtelijke weg worden beslecht. Dit gebeurde bijvoorbeeld in het welbekende arrest Lindebaum-Cohen¹⁴¹⁷, waarin de drukkerij-eigenaar Cohen een bediende van de andere drukkerij Lindenbaum met giften en beloften had omgekocht om zo aan gevoelige informatie over de gevoerde verkoopprijzen binnen deze drukkerij te komen. Deze zaak vond plaats voor het intreden in 1967 van de strafrechtelijke niet-ambtelijke omkopingsbepaling 328ter Sr. Cohen heeft zodoende als omkoper onrechtmatig gehandeld jegens Lindebaum, die daarom een schadevergoeding van Cohen heeft geëist. Het is terecht dat de wetgever destijds, in 1967, als alternatief hierop een strafrechtelijke aansprakelijkheid in het leven heeft geroepen voor de gedraging niet-ambtelijke omkoping, aangezien deze gedraging maatschappelijk zo ernstig is dat daar strafrechtelijk tegen dient te worden opgetreden. Het is immers een delict dat niet alleen beperkt blijft tot een schending van de vertrouwensrelatie van de werknemer jegens de werkgever, maar tegelijkertijd de eerlijke concurrentie vervalst, een goede marktwerking frustreert en de transparantie, stabiliteit, veiligheid en vertrouwelijkheid van het handelsverkeer aantast. De in paragraaf 1.1.3 genoemde negatieve economische effecten van corruptie laten ook het strafwaardig karakter van omkoping zien.

Een ontslag op staande voet is een goede aanvulling op deze strafrechtelijke aanpak, want daarmee is de werkgever direct verlost van malafide werknemers die hun onderneming besmetten en daarbij financiële, morele en reputatieschade kunnen aanrichten. De civiel- of arbeidsrechtelijke mogelijkheden zijn dus geen alternatief, maar kunnen worden beschouwd als een gedegen aanvulling op het bestaande strafrechtelijke arsenaal.

1417 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (onrechtmatig is ruimer dan onwetmatig): dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat óf inbreuk maakt op eens anders recht, óf in strijd is met des daders rechtsplicht óf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld ten gevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht.

6.4 AANBEVELING

6.4.1 Strafbaarstelling

Artikel 328ter lid 1 Sr

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

Artikel 328ter lid 2 Sr

Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363, voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber direct of indirect voor zichzelf of voor een derde opzettelijk een niet-gerechvaardigd voordeel 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 opzettelijk een niet-gerechvaardigd voordeel verleent, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 328ter lid 3 Sr

Poging tot dit misdrijf is niet strafbaar.

Artikel 71 Sr

De termijn van verjaring vangt aan op de dag na die waarop het feit is gepleegd, behoudens in de volgende gevallen:

*1°. bij de misdrijven omschreven in de artikelen 172, eerste lid, 173, eerste lid, 173a, 173b en **328ter** vangt de termijn aan op de dag na die waarop het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten;*

Artikel 7 Sr

2. De Nederlandse strafwet is voorts toepasselijk op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt:

*a. aan een van de misdrijven omschreven in de Titels I en II van het Tweede Boek en in de artikelen 192a tot en met 192c, 197a tot en met 197c, 206, 237, 272, 273 en **328ter**;"*

6.4.2 Motivering

6.4.2.1 Wettelijke structuur

6.4.2.1.1 Artikel 328ter lid 1 Sr

Het eerste artikellid is onder andere gebaseerd op een voorstel van enkele leden van de vaste Commissie van Justitie¹⁴¹⁸ en op de wetsvoorstellen Van Oven en Van Heemst en Boek¹⁴¹⁹, met de daarbij horende genuanceerde opvattingen van Roording en Sikkema om het enkel aannemen of doen van een gift of belofte als laakbaar aan te merken. De Doelder en Smid leggen bij hun voorstel ook meer nadruk op de opzettelijke vergaring en dus op het actief handelen van de (overheids)functionaris. Ook sluit het eerste artikellid aan bij de Deense strafbepaling.¹⁴²⁰ Daar komt nog bij dat Denemarken volgens Transparency International het best functionerende land op het gebied van corruptie is.

Dit voorstel is ook enigszins in overeenstemming met de voormalige en huidige formulering van artikel 328ter lid 1 en 2 Sr: *“dan wel zal doen of nalaten”*. De verdachten van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping (en ook ambtelijke omkoping) kunnen dus al worden veroordeeld voor het aannemen, verlenen en *zelfs* vragen of aanbieden van een gift, dienst of belofte, terwijl de tegenprestatie niet eens daadwerkelijk is komen vast te staan danwel heeft plaatsgevonden. Daarom zou deze wettelijke structuur moeten worden opgenomen in een niet-ambtelijke omkopingsvariant. Mede in ogenschouw genomen dat het überhaupt bewijzen van het aannemen, vragen, aanbieden en verlenen van de gift, dienst of belofte en de (toekomstige) tegenprestatie¹⁴²¹ al een onmogelijke opgave is, noopt de actuele ambtelijke omkopingsrechtspraak ook tot het opnemen van deze wettelijke structuur. Op deze wijze komt een codificatie van deze rechtspraak tot stand.

Door het toenemend gebruik van gedragscodes binnen ondernemingen is ook snel duidelijk wanneer er sprake is van een niet-gerechtigd voordeel. Zowel de omkoper als de omgekochte zijn steeds beter in staat om hun gedrag daarop af te stemmen.

Tevens is het al onaanvaardbaar en daardoor strafbaar indien een omgekochte zich laat beïnvloeden door het opzettelijk aannemen van een niet-gerechtigd voordeel. Dit betekent dat de omgekochte niet meer onafhankelijk en onbevangen ten opzichte van de omkoper en zijn werkgever kan functioneren. Dit geldt eveneens voor de omkoper

1418 *Kamerstukken I* 1967/68, nr. 6, p. 2. Zie ook hiervoor, paragraaf 3.4.2.6.

1419 Zie hiervoor, paragraaf 6.3.2. en paragraaf 6.3.3. Zij pleiten alleen voor het strafbaar stellen van het enkel aannemen van gunsten in de passieve variant van ambtelijke omkoping.

1420 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.4. Denemarken behoort tot de beste landen van de wereld in de Corruption Perception Index van de organisatie International Transparency.

1421 Bijvoorbeeld in het geval van ‘matchfixing’. Bewijs maar is dat een eigen doelpunt of het ‘krijgen’ van een gele kaart in de 57^{ste} minuut de tegenprestatie is geweest van de omkoping en bewijs maar is dat dit de toekomstige tegenprestatie wordt.

die tracht een omgekochte te beïnvloeden door het opzettelijk verlenen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Het aannemen en verlenen van niet-gerechvaardigde giften, diensten of beloften is derhalve al een inbreuk op het vertrouwen dat de werkgever in zijn werknemers mag hebben, aangezien veelal wordt gehandeld in het kader van het eigenbelang en niet in het belang van de werkgever. De wettelijke structuur strookt daarbij met de minimumvoorschriften gesteld in de internationale wet- en regelgeving¹⁴²² in de zin dat de nationale wetgeving strafrechtelijk verder mag gaan dan deze minimumvoorschriften.

6.4.2.1.2 Artikel 328ter lid 2 Sr

In het tweede lid is deels naar aanleiding van de voorstellen van Boek¹⁴²³ en Smid¹⁴²⁴ de wettelijke structuur van een strafverzwarringsgrond ten aanzien van de actieve en passieve ambtelijke omkopingsartikelen opgenomen. Daarbij is, anders dan in het voorstel van Smid, de keuze gevallen op 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 teneinde de negatieve bezwaren die het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ in de ambtelijke omkopingsbepalingen teweegbrachten, te ondervangen. Op deze wijze kan een hogere maximumgevangenisstraf worden opgelegd die gerechtvaardigd wordt door - in tegenstelling tot de huidige ambtelijke en niet-ambtelijke strafbaarstelling¹⁴²⁵ - het *daadwerkelijk* handelen of nalaten te handelen in strijd met een wettelijke plicht of met beroepsvoorschriften of -instructies. Een andere rechtvaardiging is dat de rechter het causale verband tussen de tegenprestatie en het omkopingsmiddel en de tegenprestatie moet bewijzen.¹⁴²⁶

De omkoper is, in tegenstelling tot het huidige artikel 328ter lid 2 Sr, pas strafbaar op het moment dat de omgekochte eveneens strafbaar is, dus op het moment dat is komen vast te staan dat gehandeld is in strijd met een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies, die van toepassing zijn in het beroep van de werknemer of lasthebber en niet vanaf het moment waarop de gift, dienst of belofte wordt verleend. Deze inconsequentie kon ontstaan doordat de omkoper op het moment van het verlenen of aanbieden van een gift, dienst of belofte wel strafbaar was, terwijl de omgekochte door zijn melding aan de werkgever uitgesloten was van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De formuleringen *“redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, of belofte in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever”* en *“hij redelijkerwijs moet aannemen*

¹⁴²² Zie hiervoor, paragraaf 2.2.2.2, 2.3.3 en 2.4.2.2.

¹⁴²³ Zie hiervoor paragraaf 6.3.3.

¹⁴²⁴ Zie hiervoor, paragraaf 5.6.2 en 5.7.2.

¹⁴²⁵ Zie hiervoor paragraaf 6.3.2.2. Het artikel 328ter Sr gaat immers uit van het ‘zal doen of nalaten’.

¹⁴²⁶ Zie hiervoor genuanceerd, paragraaf 6.3.2.2.

dat deze handelt in strijd met zijn plicht” zijn vervangen, waardoor eveneens de rechter niet meer hoeft te bewijzen dat de omkoper gedacht heeft wat de omgekochte dacht.

Deze strafverzwarringsgrond zou ook een stimulans moeten zijn voor werkgevers om gedegen gedragscodes op te nemen, aangezien werknemers die werkgevers zouden kunnen benadelen kunnen worden afgeschikt door de hogere maximumstraffen.

6.4.2.1.3 Artikel 328ter lid 3 Sr

Het onderscheid tussen het vragen en aanbieden en een poging tot het vragen en aanbieden is arbitrair. Daarbij valt het vragen en aanbieden van een voordeel eveneens onder artikel 45 Sr als blij kan worden gegeven van een begin van uitvoering en de dader op dat moment voornemens is het misdrijf te voltooien.¹⁴²⁷ Het opnemen van het vragen en het aanbieden van een voordeel als zelfstandige delictsbestanddelen in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr rekt overigens al dan niet in samenhang met de blijvende bestaande mogelijkheden op grond van artikel 45 Sr de strafrechtelijke aansprakelijkheid te ver uit. In paragraaf 6.3.2.2. is gepleit voor een afschaffing van de tegenprestatie. De logica van deze wijziging volgend, is het in het kader van de rechtsbescherming van de verdachte rechtvaardig om de delictsbestanddelen ‘vragen’ en ‘aanbieden’ niet meer op te nemen in artikel 328ter Sr en moet poging tot niet-ambtelijke omkoping niet langer strafbaar worden gesteld. Ook rechtvaardigt het vragen en aanbieden als zelfstandige delictsbestanddelen niet dat het volledige strafmaximum kan worden opgelegd, terwijl bij poging - eenzelfde gedraging - dit maximum wordt verminderd met een derde van de maximale hoofdstraf. Derhalve wordt in het voorgestelde artikel 328ter Sr - in overeenstemming met artikel 300 lid 5 Sr (mishandeling) - een derde lid toegevoegd waaruit blijkt dat poging tot niet-ambtelijke omkoping niet strafbaar is.

6.4.2.1.4 Artikelen 71 en 7 Sr

Het artikel 328ter Sr moet worden opgenomen in artikel 71 sub 1 Sr, aangezien het niet te rechtvaardigen valt dat verdachten door het verlopen van een zes- of twaalfjaarstermijn¹⁴²⁸ waarbinnen het opsporingsonderzoek en alle rechtsgangen (eerste aanleg, hoger beroep, cassatie) moeten zijn afgerond onbestraft blijven voor een naar alle waarschijnlijkheid voor lange duur verborgen delict.¹⁴²⁹ Daarbij is het verschil in aanvang van de verjaringstermijn van actieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na het verlenen van de gift, dienst of belofte - en van passieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na in elk geval het moment waarop de dader

¹⁴²⁷ Zie hiervoor, paragraaf 3.9.1

¹⁴²⁸ In mijn voorstel kan het overtreden van artikel 328ter lid 1 maximaal worden bestraft met een gevangenisstraf van 2 jaar, waardoor de verjaringstermijn zes jaar is. Ook in oude omkopingsgevallen - die zijn gepleegd voor 1 januari 2015 - geldt nog de zesjaarstermijn.

¹⁴²⁹ Zie hiervoor genuanceerd, paragraaf 3.6.

niet langer is gebreke was, zijnde de dag waarop de dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgevonden werd beëindigd - juridisch inconsequent en niet rechtvaardig. Dit kan worden rechtgezet door het opnemen van artikel 328ter Sr in artikel 71 sub 1 Sr.

De aanpassing van artikel 7 lid 2 sub a Sr is ingegeven door de aanbeveling van GRECO, aangezien de vereiste van de dubbele strafbaarheid wellicht in de toekomst, internationaal gezien, problemen kan opleveren bij de vervolging en de bestraffing van Nederlanders of Nederlandse ondernemingen die zich in het buitenland aan deze feiten schuldig hebben gemaakt.¹⁴³⁰ GRECO beveelt aan de eis van de dubbele strafbaarheid te laten vervallen, aangezien het mogelijk is dat de strafbare gedraging actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping in het buitenland onder een geheel ander delict valt of in het buitenland in het geheel niet strafbaar is. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat het niet-ambtelijke omkopingsartikel in Nederland, een land dat bepaald geen hoge tolerantiegrens voor corruptie heeft, pas in 1967 in de strafwetgeving is opgenomen.

Het EU-kaderbesluit wijst naar de maatregelen die lidstaten zouden moeten nemen voor de vervolging van niet-ambtelijke omkoping door daders die eigen onderdaan van de lidstaat zijn, waarbij de beperking van de dubbele strafbaarheid niet meer is opgenomen.¹⁴³¹ Tevens wordt in het WODC-rapport *Communicerende grondslagen van extraterritoriale Rechtsmacht* uit 2010 aanbevolen de vereiste van de dubbele strafbaarheid te laten vervallen voor strafbare feiten die zijn gepleegd binnen de Europese Unie.¹⁴³²

Ook Heine merkt op dat de vereiste van de dubbele strafbaarheid praktische problemen oplevert bij de vervolging van private omkopingsfeiten, waardoor er een groeiende behoefte bestaat om nationale inwoners te kunnen vervolgen, onafhankelijk van de vraag waar ze hun criminele activiteiten hebben ontplooid.¹⁴³³ Ook Amerikaanse en Britse anti-corruptiewetgeving die van toepassing is op bedrijven, veelal Nederlandse multinationals, die handel drijven in deze landen, heeft 'universal jurisdiction' en kent zodoende de vereiste van de dubbele strafbaarheid niet meer.¹⁴³⁴ Een aanpassing in de Nederlandse strafwet zou derhalve neerkomen op een versterking van het 'level playing field' en kan positief zijn voor de wereldwijde bestrijding van corruptie. Bovendien wordt 'cherry picking' voorkomen.

1430 Zie hiervoor, paragraaf 3.7.

1431 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003 L /192, artikel 7 lid 1 EU-kaderbesluit.

1432 A. Klip, A. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale Rechtsmacht, Onderzoek naar de grondslagen voor extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-) praktijk*, Maastricht University 2010, p. 138.

1433 G. Heine, B. Huber, T. Rose (2003), p. 627.

1434 Zie bron: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-dutch.pdf>.

6.4.2.2 Bestanddelen

6.4.2.2.1 *Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363*

Het opnemen van het bestanddeel ‘hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363’ verduidelijkt de afbakening tussen het niet-ambtelijke omkopingsartikel¹⁴³⁵ en de ambtelijke omkopingsartikelen¹⁴³⁶. Het huidige bestanddeel ‘hij die, anders dan als ambtenaar’ leidde immers naar aanleiding van onder andere het Linquenda-arrest¹⁴³⁷ tot de discussie over de vraag of buitenlandse en internationale ambtenaren onder zowel de (oude) strafbaarstellingen van ambtelijke omkoping als onder de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping vielen.¹⁴³⁸ Het artikel 364a lid 1 en 2 Sr verwijst naar onder andere artikel 363 Sr, zodat buitenlandse en internationale ambtenaren onder het bestanddeel ‘ambtenaar’ in artikel 363 Sr vallen. Voorts verwijst artikel 84 Sr impliciet naar artikel 363 Sr.¹⁴³⁹ Een juridisch sluitende oplossing had kunnen zijn het bestanddeel ‘anders dan als ambtenaar’ te vervangen door het bestanddeel ‘anders dan als Nederlandse ambtenaar¹⁴⁴⁰ met een toevoeging van het bestanddeel ‘anders dan als persoon in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie’. Zo zouden buitenlandse en internationale ambtenaren niet onder beide strafbepalingen kunnen vallen.

Deze oplossing kan sterk worden vereenvoudigd door te verwijzen naar artikel 363 Sr¹⁴⁴¹, waardoor het bestanddeel als volgt kan worden geformuleerd: “*Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363*”. Dit is terecht, want internationale en buitenlandse ambtenaren moeten onder de ambtelijke omkopingsbepalingen vallen. Dit strookt met de achterliggende doelstelling van artikel 328ter Sr, dat specifiek gericht is op de bescherming van de vertrouwensrelatie tussen de werkgever en de werknemer. Internationale en buitenlandse ambtenaren dienen daarboven ook een ander belang: de bescherming van de integriteit van het internationale overheidsapparaat.

1435 Op grond van artikel 328ter Sr.

1436 Op grond van de artikelen 177 en 363 Sr.

1437 HR 17 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, NJ 1987/887.

1438 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.2.3.

1439 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.2.1.

1440 Nationale betekenis van ambtenaar, waarbij nationaliteit geen rol speelt.

1441 Verwezen wordt naar alleen artikel 363 Sr in verband met het aanstaande wetsvoorstel ‘Verruiming bestrijding mogelijkheden financieel-economische criminaliteit’, waardoor mogelijk artikel 362 Sr wordt geschrapt. De ambtenaar in artikel 363 Sr is eveneens een ambtenaar in de zin van artikel 364a Sr en 84 Sr, dat weer (impliciet) verwijst naar artikel 363 Sr.

6.4.2.2 Voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber

In paragraaf 3.3.7 is de problematiek van de (on)gelijktijdigheid aangekaart.¹⁴⁴² Dit probleem kan worden ondervangen door het bestanddeel 'zijnde in dienstbetrekking of optreden als lasthebber' te vervangen door het bestanddeel 'voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber'. Op deze wijze wordt artikel 328ter Sr ook meer in overeenstemming gebracht met de ambtelijke omkopingsbepalingen¹⁴⁴³, alwaar deze problematiek was ondervangen. Alhoewel de formulering¹⁴⁴⁴ wat omslachtig is, is het goed om te zien dat op 1 juli 2014 door een nota van wijziging van de Minister van Veiligheid en Justitie, die ziet op het bestrijden van deze lacune in de strafbepaling van niet-ambtelijke omkoping, de kern van de aanbeveling op verzoek van de VVD-fractie¹⁴⁴⁵ is overgenomen en uiteindelijk in de strafwetgeving is terechtgekomen.¹⁴⁴⁶

Dezinsnede uit lid 4 en 5 'indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd' kan worden beschouwd als een bijkomende voorwaarde van strafbaarheid. Op deze wijze is het delict pas voltooid op het moment dat de desbetreffende omgekochte persoon - bij het aannemen van giften, beloften of diensten voorafgaand aan de dienstbetrekking of aan het optreden als lasthebber - ook daadwerkelijk in dienst is getreden of is opgetreden als lasthebber. Daarbij kan deze voorwaarde worden gezien als een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid met (enig) causaal verband met de gedraging, aangezien deze voorwaarde enkel kan intreden als in ieder geval de handtekening (gedraging) van de toekomstige werknemer en lasthebber onder het arbeidscontract is gezet.¹⁴⁴⁷

6.4.2.3 Niet-gerechtigd

De term 'niet-gerechtigd' is opgenomen omdat dit een juiste vertaling is van het bestanddeel 'undue' uit de artikelen 7 en 8 RvE-Corruptieverdrag, artikel 21 VN-verdrag en artikel 2 EU-kaderbesluit. Het opnemen van dit bestanddeel zorgt ervoor dat rechters te allen tijde bagatelgunsten kunnen uitsluiten van strafbaarheid als zij in dat geval zijn gerechtigd.¹⁴⁴⁸

1442 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.7.

1443 Op grond van de artikelen 177 (oud), 177a (oud), 362 (oud) en 363 (oud) Sr.

1444 Alternatief: 'voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber'.

1445 Onder leiding van A. van der Steur, Tweede Kamerlid VVD.

1446 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 685, nr. 15.

1447 Zie voor de problematiek inzake een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid paragraaf 3.5.

1448 Zie ook hiervoor, paragraaf 6.3.2.2.

Het is duidelijk dat het bestanddeel 'niet-gerechvaardigd' vaag is. Tegelijkertijd dient opgemerkt te worden dat vage criteria nodig kunnen zijn om het Openbaar Ministerie (via het opportuniteitsbeginsel) of de rechter een bepaalde vrijheid te geven om iemand al dan niet te vervolgen of te veroordelen en, misschien nog wel belangrijker, om het omzeilen van strafbaar gedrag tegen te gaan. In dit verband heeft de minister van Justitie ten aanzien van ambtelijke omkoping overwogen dat een wettelijk onderscheid inzake strafwaardige en niet-strafwaardige giften het onwenselijke effect zou kunnen hebben dat situaties waarbij sprake is van relatief geringe voordelen voor (ambts)handelingen die zeker als onwenselijk moeten worden beschouwd, per definitie buiten het bereik van de strafbepalingen zouden komen te vallen.¹⁴⁴⁹ Daarbij kan - mede onder invloed van voorlichting door de werkgever - van een vaag criterium een preventief effect uitgaan: bij twijfel zou de werknemer er verstandig aan doen om niets aan te nemen. Overigens dient men zich te realiseren dat omkopingsbedragen vaak substantieel van aard zijn, aangezien de hoogte van het omkopingsbedrag moet opwegen tegen het risico op toekomstig inkomensverlies door ontslag (op staande voet) bij ontdekking van het strafbare feit door de werkgever.

Evenwel kan net als bij ambtelijke corruptie een vervolgingsaanwijzing van het Openbaar Ministerie een rol spelen bij een nadere invulling van wat gerechtvaardigd is.¹⁴⁵⁰ Factoren die onder andere van belang zijn in de *Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland* zijn de omvang van de steekpenningen (absoluut of relatief), betrokkenheid van invloedrijke personen, de omvang van de reputatieschade voor de Nederlandse handelsbelangen, de mate waarin er sprake is van concurrentievervalsing en de transparantie in administratie van de onderneming van de gift. Dit laatste heeft tot gevolg dat indien een gift via de werkgever is verloond (door middel van salaris, bonus, provisie, aandelen, etc.) de gift als gerechtvaardigd moet worden beschouwd.

Het is voor een dergelijke aanwijzing wel van belang dat het bedrijfsleven deze taak serieus op zich neemt en deze verspreidt onder het personeel. Het bedrijfsleven kan eveneens zelf door middel van het opstellen van gedrags- en ethische codes invloed uitoefenen op het gedrag van het personeel. Volgens de wetgever hebben de belangrijkste onderdelen van het bedrijfsleven reeds door middel van het opstellen van gedrags- en ethische codes laten zien dat zij deze taak serieus nemen.¹⁴⁵¹ Toch moet op dit vlak nog actiever - in samenwerking met werkgeversorganisaties - overheidsbeleid worden gevoerd omdat werkgevers onvoldoende inzien wat de schadelijke effecten van omkoping voor hun onderneming kunnen zijn.

¹⁴⁴⁹ *Kamerstukken II 1999-2000*, 26469, nr. 5, p. 6.

¹⁴⁵⁰ *Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland*, geldend op 8 maart 2015.

¹⁴⁵¹ Roomen en Sikkema (2012), p. 4.

6.4.2.2.4 Voordeel

Het RvE-Corruptieverdrag, het VN-verdrag en het EU-kaderbesluit verwijzen in verband met de private corruptiewetgeving alle naar het bestanddeel 'advantage' om het omkopingsmiddel aan te duiden. De Nederlandse wetgever vertaalt dit bestanddeel als 'voordeel'. In het huidige artikel 328ter Sr wordt een onderscheid gemaakt tussen de gift, de belofte¹⁴⁵² en de dienst. In het kader van de overzichtelijkheid en de eenvoud van wetgeving zal het bestanddeel 'voordeel' de voorkeur verdienen omdat dit bestanddeel alle drie de huidige omkopingsmiddelen insluit. Bovendien worden op deze wijze onnodige afbakeningsperikelen tussen de gift, de dienst en de belofte ondervangen.

6.4.2.2.5 Opzettelijk een niet-gerechvaardigd voordeel aanneemt of verleent

De keuze voor het bestanddeel aannemen, boven de termen aanvaarden of accepteren, is te rechtvaardigen, aangezien dit bestanddeel mede ziet op het aanvaarden of accepteren van een voordeel.¹⁴⁵³ Dit aannemen kan de situatie ondervangen dat een overdracht plaatsvindt door middel van een tweezijdige verklaring zonder een feitelijke handeling.¹⁴⁵⁴ Dit geldt ook voor het bestanddeel verlenen.

Daarbij zijn deze bestanddelen en de bestanddelen 'niet-gerechvaardigd' en 'voordeel' onderworpen aan een opzetvereiste¹⁴⁵⁵ die bewezen moet worden door wetenschap van de omstandigheid dat er sprake is van een waardevolle gift. Ook moet duidelijk zijn dat deze waardevolle gift daadwerkelijk en opzettelijk wordt verleend of aangenomen (onvoorwaardelijk opzet). Het is immers bij het willens en wetens aannemen en verlenen van een waardevolle gift (steekpenning) al onmiskenbaar duidelijk dat daar een criminele bedoeling dan wel een beweegreden achter schuilt en dat de omkoper en de omgekochte daarvan op de hoogte moesten zijn.¹⁴⁵⁶ Hoewel in het aannemen en het verlenen opzet zit ingebakken, is in het kader van de overzichtelijkheid en transparantie van wetgeving verstandig om de opzet voorafgaand aan het aannemen of verlenen op te nemen. Een 'toevallige' positieve bijkomstigheid is ook dat het bestanddeel 'opzettelijk' toch al voorafgaande aan 'niet-gerechvaardigd' en 'voordeel' moest worden geplaatst.

1452 Een toekomstig voordeel is eveneens een voordeel.

1453 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.9.1.

1454 Idem.

1455 Willens en wetens, met volledig bewustzijn handelen, zie hiervoor, paragraaf 3.3.11.

1456 Zie hiervoor, paragraaf 3.3.11.

6.4.2.2.6 In verband met zijn functioneren als werknemer of lasthebber

Het opnemen van dit bestanddeel zorgt er voor dat mogelijke voordelen die niets met de aard van de functie en het functioneren van de omgekochte van doen hebben buiten de strafbepaling vallen.¹⁴⁵⁷ Eveneens is het voor dit bestanddeel van belang dat de werknemer of lasthebber binnen de onderneming invloed moet hebben kunnen uitoefenen op de totstandkoming dan wel op het behoud van de relatie met de omkoper. De werknemer of lasthebber moet zich op een positie binnen de onderneming begeven, hebben of gaan begeven waarin hij in staat is of was om iets voor een omkoper te kunnen betekenen.

6.4.2.2.7 In zodanig geval

In het aanbevolen artikel 328ter Sr is de formulering “*in zodanig geval*” opgenomen. Dit bestanddeel verwijst naar de gedraging van de omgekochte. De strafbaarheid van de omkoper hangt in het voorgestelde artikel 328ter lid 1 Sr af van de vraag of deze het niet-gerechtigd voordeel direct of indirect aan de omgekochte of een derde heeft gegeven in verband met zijn functioneren als werknemer of lasthebber. Hetzelfde geldt voor het voorgestelde artikel 328ter lid 2 Sr, maar dan met de toevoeging dat de strafbaarheid van de omkoper afhangt van de omstandigheid of de omgekochte handelt of nalaat te handelen in strijd met een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, met beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon.

6.4.2.2.8 Naar aanleiding of in het vooruitzicht van zo'n voordeel

Het vooraf of achteraf aannemen of verlenen van een gunst ten aanzien van de tegenprestatie wordt op deze wijze ondervangen.¹⁴⁵⁸ Ook is het opnemen van het bestanddeel ‘naar aanleiding van’ te verantwoorden, aangezien een ‘losser’ verband qua bewijslast tussen de gift, dienst of belofte en de tegenprestatie volstaat.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁷ Zie hiervoor, paragraaf 6.3.2.1 en 6.3.2.2.

¹⁴⁵⁸ Zie hiervoor, paragraaf 3.3.10.

¹⁴⁵⁹ Idem.

6.4.2.2.9 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

De keuze voor deze zinsnede is ingegeven door de ongewenste uitwerking van het bestanddeel 'in strijd met de ambtsplicht' in de ambtelijke omkopingsbepalingen¹⁴⁶⁰ en door het gegeven dat dit bestanddeel aansluit bij de (toepassing van de) strafbepalingen van Frankrijk¹⁴⁶¹ en Rusland¹⁴⁶². De zinsnede is ook gebaseerd op de uitwerking van het begrip 'plichtsverzuim' in artikel 1 EU-kaderbesluit¹⁴⁶³: "*dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon*". Ook de jurisprudentie omtrent de invulling van het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' lijkt steeds vaker te verwijzen naar gedrags- en ethische codes van ondernemingen.¹⁴⁶⁴ Bovendien sluit dit bestanddeel aan bij de vermoedelijke uitwerking van het nieuw opgenomen bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in artikel 328ter Sr.

6.4.2.2.10 Handelen of nalaten te handelen

Een tegenprestatie kan uit een doen of nalaten bestaan, waardoor het opnemen van deze bestanddelen gerechtvaardigd is. Het nalaten kan bestaan in het nalaten te handelen waar handelen geboden is. De tegenprestatie moet aldus wel hebben plaatsgevonden.

6.4.2.3 Sancties

De sancties die zijn opgenomen in het aanbevolen artikel 328ter Sr zijn voor het eerste lid een maximale gevangenisstraf van twee jaar en voor overtreding van het tweede lid vier jaar. Op overtreding van het eerste lid en het tweede lid staan respectievelijk geldboetes van de vierde¹⁴⁶⁵ en vijfde¹⁴⁶⁶ categorie. Dit onderscheid naar zwaarte van de sancties in beide artikelleden is gerechtvaardigd omdat het in strijd handelen of nalaten te handelen met

1460 Op grond van de artikelen 177, 177a, 362 en 363 Sr. Zie ook hiervoor, paragraaf 5.4, 5.5, 5.6, 5.7 en 5.8.

1461 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.3 De Franse strafbepaling formuleert in strijd met de plicht als volgt: in breach of their legal, contractual or professional obligations. Deze formulering stuit niet op kritiek van enerzijds de GRECO en anderzijds de Europese Commissie, zie hiervoor, paragraaf 4.3.3.

1462 Zie hiervoor, paragraaf 4.3.6. De Russische autoriteiten geven aan dat onder '*unlawful*' kan worden verstaan het niet in overeenstemming zijn met de wet, reglementaire regelingen, lokale regelgevingen, regelgeving met betrekking tot werkgeversorganisaties, voorwaarden uit arbeidscontracten of voorwaarden uit andere gesloten overeenkomsten.

1463 Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003 L /192.

1464 Zie hiervoor, paragraaf 3.4.3. Zoals de Business Principles van Bouwfonds BV dan wel de Gedragscode Philips Real Estate Investment Management BV.

1465 Op grond van artikel 23 lid 4 Sr 20.250 euro.

1466 Op grond van artikel 23 lid 4 Sr 81.000 euro.

6 een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, met beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon, zwaarder wordt aangerekend dan het enkel opzettelijk aannemen of verlenen van niet-gerechvaardigde voordelen. Een strafmaat van vier jaar bij het aanbevolen artikel 328ter lid 2 Sr is aanvaardbaar, aangezien door omkoping een hele branche kan worden besmeurd en de financiële effecten daarvan niet te overzien zijn. Daarnaast wordt met een strafmaat van vier jaar aansluiting gezocht met de strafmaxima van het hoofdbedrogsdelict oplichting (artikel 326 Sr), verduistering in dienstbetrekking (artikel 322 Sr) en valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr). Ook is een strafmaximum van vier jaar internationaal te rechtvaardigen, want Duitsland en België hanteren een maximale gevangenisstraf van drie jaar, Denemarken van vier jaar en Frankrijk van vijf jaar. Op deze wijze kan het delict niet-ambtelijke omkoping ook onder artikel 67 Sv vallen, waardoor bijvoorbeeld voorlopige hechtenis en meerdere opsporings- en dwangmiddelen kunnen worden ingezet. Ik ben dan ook van mening dat naar aanleiding van deze argumenten een maximale gevangenisstraf van vier jaar gerechtvaardigd is. Bovendien is op 1 januari 2015 in het kader van de sanctionering van ondernemingen, artikel 23 lid 7 Sr gewijzigd in een geldboete van ten hoogste 10% van de omzet¹⁴⁶⁷ van de onderneming. Op deze wijze kunnen ondernemingen die zich schuldig maken aan niet-ambtelijke omkoping effectief en passend worden bestraft.

1467 De omzet in het jaar voorafgaande aan het tijdstip van de veroordelende uitspraak of uitvaardigen van de strafbeschikking.

Hoofdstuk 7

Algemene conclusie

7.1 ONDERZOEKSVRAAG

In dit proefschrift is een antwoord gegeven op de onderstaande onderzoeksvraag:

Hoe kan naar aanleiding van een juridische analyse van het voormalige en huidige Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel, de nationaal en internationaal vergelijkbare strafbaarstelling(en) en de van toepassing zijnde internationale verdragen en kaderbesluiten, de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving worden aangepast teneinde niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen?

7.2 BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAAG

De internationale wet- en regelgeving probeert met minimumvoorschriften de Nederlandse strafwetgeving inzake niet-ambtelijke omkoping te beïnvloeden. De huidige strafbaarstelling van artikel 328ter Sr is op dit moment nagenoeg bijna voldoende aangepast aan deze minimumvoorschriften. De bestanddelen van deze internationale wetgeving, te weten 'niet-gerechtigd', 'voordeel', 'direct of indirect' en 'voor zichzelf of voor een derde' zijn nog niet opgenomen in het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr.

In de Deense strafbepaling, die verder gaat dan de internationale minimumvoorschriften, is het enkel aannemen en verlenen van gunsten strafbaar gesteld. De Deense strafbepaling, een vergelijkbaar voorstel van enkele leden van de Vaste Commissie van Justitie in 1966 en de wetsvoorstellen van Boek en Van Oven en Van Heemst met de daarbij genoemde nuanceringen van Roording en Sikkema hebben aan de basis gestaan van het aanbevolen eerste lid van artikel 328ter Sr. De Doelder en Smid leggen bij hun voorstel ook meer nadruk op de opzettelijke vergaring en dus op het actief handelen. Deze wettelijke structuur zou ook opgenomen moeten worden in een niet-ambtelijke omkopingsvariant, aangezien - mede in ogenschouw genomen dat het überhaupt bewijzen van het aannemen of verlenen van de gift, dienst of belofte en de (toekomstige) tegenprestatie al een ondoenlijke opgave is - de huidige actuele ambtelijke omkopingsrechtspraak daartoe noopt. Ook komt op deze wijze een codificatie van deze rechtspraak tot stand en komt de nieuw voorgestelde bepaling qua strekking enigszins overeen met de voormalige en huidige formulering van artikel 328ter lid 1 en 2 Sr: *"dan wel zal doen of nalaten"*, waarbij de tegenprestatie niet daadwerkelijk hoeft te hebben plaatsgevonden om verdachten te kunnen veroordelen.

Door het toenemend gebruik van gedragscodes binnen ondernemingen is ook snel duidelijk wanneer er sprake is van een niet-gerechtigd voordeel. Zowel de omkoper als de omgekochte zijn steeds beter in staat om hun gedrag daarop af te stemmen.

Bovendien is het al onaanvaardbaar en daardoor strafbaar indien een omgekochte zich laat beïnvloeden door het opzettelijk aannemen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Dit betekent dat de omgekochte niet meer onafhankelijk en onbevangen ten opzichte van de omkoper en zijn werkgever kan functioneren. Dit geldt eveneens voor de omkoper die tracht een omgekochte te beïnvloeden door het opzettelijk verlenen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Het aannemen van niet-gerechvaardigde giften, diensten of beloften is derhalve eigenlijk al een inbreuk op het vertrouwen dat de werkgever in zijn werknemers mag hebben, aangezien gehandeld wordt in het eigen belang en niet in het belang van de werkgever. Deze wettelijke structuur strookt met de minimumvoorschriften die zijn gesteld in de internationale wet- en regelgeving, aangezien de nationale wetgeving strafrechtelijk verder mag gaan dan deze minimumvoorschriften.

De strafverzwarringsgrond, die is opgenomen in het voorgestelde tweede lid van artikel 328ter Sr, berust deels op het alternatieve voorstel van Boek en Smid inzake de ambtelijke omkopingsbepalingen. Daarbij is de keuze gevallen op 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 teneinde de negatieve bezwaren die het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ in de ambtelijke omkopingsbepalingen teweegbrachten, te ondervangen. Eveneens sluit deze zinsnede aan bij de Russische toepassing van zijn niet-ambtelijke omkopingswetgeving, de Franse strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping en de ontwikkeling van de huidige niet-ambtelijke omkopingsjurisprudentie, waarbij veelal wordt verwezen naar gedrags- en ethische codes binnen ondernemingen. Op deze wijze kan een hogere maximumgevangenisstraf worden opgelegd die gerechtvaardigd wordt door - in tegenstelling tot de huidige ambtelijke en niet-ambtelijke strafbaarstelling¹⁴⁶⁸ - het *daadwerkelijk* handelen of nalaten te handelen (tegenprestatie) in strijd met een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of met instructies die van toepassing zijn in het beroep van de werknemer of lasthebber. Daarnaast is er het gegeven dat een rechter het causale verband tussen de tegenprestatie en het omkopingsmiddel en de tegenprestatie dient te beoordelen.¹⁴⁶⁹ De omkoper is, in tegenstelling tot het huidige artikel 328ter lid 2 Sr, pas strafbaar op het moment dat de omgekochte eveneens strafbaar is (dus op het moment dat is komen vast te staan dat de omgekochte heeft gehandeld in strijd met een wettelijke plicht of met, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies), en niet vanaf het tijdstip dat de gift, dienst of belofte wordt aangeboden of verleend. Het kon gebeuren dat de omkoper op het moment van het verlenen of aanbieden van een gift, dienst of belofte wel strafbaar was, terwijl de omgekochte door zijn melding aan de werkgever uitgesloten

¹⁴⁶⁸ Zie hiervoor paragraaf 6.3.2.2. Het artikel 328ter Sr gaat immers uit van het *‘zal doen of nalaten’*.

¹⁴⁶⁹ Zie hiervoor genuanceerd, paragraaf 6.3.2.2.

was van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De formuleringen 'redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, of belofte in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever' en 'hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze handelt in strijd met zijn plicht' zijn vervangen, waardoor de rechter niet meer hoeft te bewijzen dat de omkoper gedacht heeft, wat de omgekochte dacht.

Het was met betrekking tot de (on)gelijktijdigheidsproblematiek opmerkelijk dat gedragingen waarbij voordelen die voorafgaand of na afloop van de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber werden aangeboden, verleend, aangenomen of gevraagd, in tegenstelling tot de ambtelijke omkopingsbepalingen, niet onder de oude strafbaarstelling van artikel 328ter Sr vielen. Dit kon de effectieve vervolging en bestrafing van verdachten op grond van het delict niet-ambtelijke omkoping belemmeren. Het was derhalve van belang de (on)gelijktijdigheidsproblematiek te ondervangen door giften, diensten en ook beloften voor en na de dienstbetrekking expliciet strafbaar te stellen. Alhoewel de formulering wat omslachtig is, is het goed om te zien dat op 1 juli 2014 in een nota van wijziging van de Minister van Veiligheid en Justitie, die ziet op het bestrijden van deze lacune, de kern van deze aanbeveling is overgenomen en uiteindelijk in de wetgeving is terechtgekomen.

Het onderscheid tussen poging tot het vragen en aanbieden, en het daadwerkelijk vragen en aanbieden is arbitrair. Daarbij valt het vragen en aanbieden van een voordeel eveneens onder artikel 45 Sr als blijk kan worden gegeven van een begin van uitvoering en de dader op dat moment voornemens is het misdrijf te voltooien. Het opnemen van het vragen en het aanbieden van een voordeel als zelfstandige delictsbestanddelen in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr rekt overigens al dan niet in samenhang met de blijvende bestaande mogelijkheden op grond van artikel 45 Sr de strafrechtelijke aansprakelijkheid te ver uit. In paragraaf 6.3.2.2 is gepleit voor een afschaffing van de tegenprestatie. Mede in samenhang met deze wijziging is het in het kader van de rechtsbescherming van de verdachte rechtvaardig om zowel de delictsbestanddelen 'vragen' en 'aanbieden' niet meer op te nemen in artikel 328ter Sr. Verder rechtvaardigt het vragen en aanbieden als zelfstandige delictsbestanddelen niet dat het volledige strafmaximum kan worden opgelegd, terwijl bij poging - eenzelfde gedraging - dit maximum wordt verminderd met een derde van het maximum van de hoofdstraf. De bestanddelen 'vragen' en 'aanbieden' worden derhalve niet meer zelfstandig opgenomen in de nieuwe voorgestelde strafbepaling. In het voorgestelde artikel 328ter Sr wordt aldus - in overeenstemming met artikel 300 lid 5 Sr (mishandeling) - een derde lid toegevoegd waaruit blijkt dat poging tot het misdrijf niet-ambtelijke omkoping niet strafbaar is.

De verjarings- en 'dubbele strafbaarheids'-problematiek ten aanzien van het huidige artikel 328ter Sr zijn nog niet opgelost. Het valt immers niet te rechtvaardigen dat verdachten van een naar alle waarschijnlijkheid voor lange duur verborgen delict onbestraft blijven door het verlopen van een zes- of twaalfjaarstermijn waarbinnen het opsporingsonderzoek en alle rechtsgangen (eerste aanleg, hoger beroep, cassatie) moeten zijn afgerond. Tevens is het verschil in aanvang van de verjaringstermijn van actieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na het verlenen of aanbieden van de gift, dienst of belofte - en van passieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na in elk geval het moment waarop de dader niet langer is gebreke was, zijnde de dag waarop de dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgevonden werd beëindigd - juridisch inconsequent en niet rechtvaardig.

GRECO beveelt aan de eis van de dubbele strafbaarheid in artikel 7 lid 1 Sr te laten vervallen, aangezien het mogelijk is dat actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping in het buitenland onder een geheel ander delict vallen. Eveneens kan niet-ambtelijke omkoping wegens de in sommige landen bestaande handelsgebruiken ten aanzien van het doen van giften in het geheel niet strafbaar en daardoor evenmin vervolgbaar ter plaatse zijn. Een aanpassing van de Nederlandse strafwet zou derhalve neerkomen op een versterking van het 'level playing field' voor Nederlandse bedrijven en kan positief zijn voor een wereldwijde bestrijding van corruptie. Bovendien wordt 'cherry picking' voorkomen.

Deze uiteenzettingen en overwegingen hebben geleid tot de volgende aanbeveling teneinde het delict niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen:

Artikel 328ter lid 1 Sr

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

Artikel 328ter lid 2 Sr

Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363, voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber direct of indirect voor zichzelf of voor een derde opzettelijk een niet-gerechtigd voordeel 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 opzettelijk een niet-gerechtvaardigd voordeel verleent, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 328ter lid 3 Sr

Poging tot dit misdrijf is niet strafbaar.

Artikel 71 Sr

De termijn van verjaring vangt aan op de dag na die waarop het feit is gepleegd, behoudens in de volgende gevallen:

*1°. bij de misdrijven omschreven in de artikelen 172, eerste lid, 173, eerste lid, 173a, 173b en **328ter** vangt de termijn aan op de dag na die waarop het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten;*

Artikel 7 Sr

2. De Nederlandse strafwet is voorts toepasselijk op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt:

*a. aan een van de misdrijven omschreven in de Titels I en II van het Tweede Boek en in de artikelen 192a tot en met 192c, 197a tot en met 197c, 206, 237, 272, 273 en **328ter**;*

Hoofdstuk 8

Samenvatting

HOOFDSTUK 1

Inleiding en vraagstelling

In dit hoofdstuk zijn de nationale en internationale ontwikkelingen, en de negatieve economische effecten van corruptie behandeld. Het blijkt dat niet-ambtelijke omkoping zowel maatschappelijk als juridisch steeds meer bekendheid geniet. Het werd tijd dat dit onderwerp zorgvuldig werd uitgeplozen. De onderzoeksvraag is als volgt geformuleerd:

Hoe kan naar aanleiding van een juridische analyse van het voormalige en huidige Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel, de nationaal en internationaal vergelijkbare strafbaarstelling(en) en de van toepassing zijnde internationale verdragen en kaderbesluiten, de strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving worden aangepast teneinde niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen?

HOOFDSTUK 2

Internationale regelingen met betrekking tot niet-ambtelijke omkoping

In dit hoofdstuk zijn de internationale regelingen van de Raad van Europa, de Europese Unie en de Verenigde Naties op het gebied van niet-ambtelijke omkoping behandeld. Deze internationale wet- en regelgeving probeert met minimumvoorschriften de Nederlandse strafwetgeving inzake niet-ambtelijke omkoping te beïnvloeden. De primaire doelstelling van deze internationale organisaties is het bestrijden van de oneerlijke concurrentie. De belangrijkste conclusie is dat de internationale wetgeving belang hecht aan het opnemen van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in de niet-ambtelijke omkopingswetgeving van lidstaten. Het EU-kaderbesluit neemt als enige internationale regeling een invulling op van het bestanddeel 'zijn plicht verzuimt': *"ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon"*.

De bestanddelen van deze internationale wetgeving, te weten 'niet-gerechtigd', 'voordeel', 'direct of indirect' en 'voor zichzelf of voor een derde' zijn tot op heden nog niet opgenomen in het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr.

HOOFDSTUK 3

Strafbaarstelling van niet-ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving

In dit hoofdstuk is het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr behandeld. Het primaire doel van de wetgever is, anders dan de primaire doelstelling van de internationale organisaties, het beschermen van de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever. Het bestanddeel 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' was voor het behalen van deze doelstelling volgens de wetgever van essentieel belang. Een ander doel was het uitsluiten van bagatelgiften van strafbaarheid.

Het 'verzwijgen in strijd met de goede trouw' van een voordeel jegens de werkgever is strafbaar, waardoor de transparantie van handelen van de omgekochte bij de invoering van dit bestanddeel voorop staat. De omkoper is strafbaar indien hij redelijkerwijs moet aannemen dat de omgekochte het voordeel in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever. Dit bestanddeel is terecht in de literatuur bediscussieerd, aangezien de oneerlijke concurrentie niet wordt bestreden in het geval de omgekochte openheid van zaken geeft aan de werkgever en die de gunst vervolgens mogelijk om publicitaire redenen stilt. Tevens laat de wetgever de interpretatie van dit complexe bestanddeel over aan de werknemer. Het is de vraag of de werknemer daar wel geschikt voor is. Daarbij is het bevreemdend dat hetzelfde bestanddeel is opgenomen in de actieve variant van niet-ambtelijke omkoping, terwijl de omkoper met de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever niets van doen heeft. Bovendien is het bestanddeel vaag en wollig, waardoor het niet duidelijk is wat de grens is tussen strafbaar en niet strafbaar handelen. Het bestanddeel staat zodoende op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.

Op 1 januari 2015 heeft de wetgever onder internationale druk ook het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in de wetgeving ingevoerd. De omgekochte is strafbaar indien hij een met zijn plicht strijdige tegenprestatie heeft geleverd of gaat leveren. De omkoper is strafbaar indien hij redelijkerwijs moet aannemen dat de omgekochte handelt in strijd met zijn plicht. De invulling van het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' laat de wetgever over aan de rechter en het bedrijfsleven, in het vertrouwen dat wordt gehandeld in overeenstemming met de heersende normen inzake verantwoord ondernemen en eerlijke concurrentieverhoudingen. Het is opvallend dat de wetgever het bestanddeel 'in strijd met zijn plicht' in het niet-ambtelijke omkopingsartikel heeft ingevoerd, terwijl hetzelfde bestanddeel wegens zijn arbitraire karakter niet meer in de ambtelijke omkopingsartikelen is opgenomen. Ook zijn er een aantal andere tekortkomingen van het niet-ambtelijke omkopingsartikel 328ter Sr geconstateerd.

De verjarings- en 'dubbele strafbaarheids'-problematiek ten aanzien van het artikel 328ter Sr zijn nog niet opgelost. Het valt immers niet te rechtvaardigen dat verdachten door het verlopen van een zes- of twaalfjaarstermijn waarbinnen het opsporingsonderzoek en alle rechtsgangen (eerste aanleg, hoger beroep, cassatie) moeten zijn afgerond onbestraft blijven voor een naar alle waarschijnlijkheid voor lange duur verborgen delict. Tevens is het verschil in aanvang van de verjaringstermijn tussen het delict actieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na het verlenen of aanbieden van de gift, dienst of belofte - en het delict passieve niet-ambtelijke omkoping - één dag na in elk geval het moment waarop de dader niet langer is gebreke was, zijnde de dag waarop de dienstbetrekking in het kader waarvan de giften hadden plaatsgevonden werd beëindigd - juridisch inconsequent en niet rechtvaardig.

GRECO beveelt aan de eis van de dubbele strafbaarheid in artikel 7 lid 1 Sr te laten vervallen, aangezien het mogelijk kan zijn dat de strafbare gedraging 'actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping' in het buitenland onder een geheel ander delict valt. Ook kan het zijn dat wegens de in sommige landen bestaande handelsgebruiken ten aanzien van het doen van giften, de gedraging niet-ambtelijke omkoping in het geheel niet strafbaar is. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat het niet-ambtelijke omkopingsartikel pas in 1967 in de Nederlandse strafwetgeving is opgenomen. Een aanpassing in de Nederlandse strafwet zou derhalve neerkomen op een versterking van het 'level playing field' voor Nederlandse bedrijven en kan positief zijn voor een wereldwijde bestrijding van corruptie. Bovendien wordt 'cherry picking' - (vluchtig) crimineel gedrag vertonen in landen waar de laagste straffen kunnen worden opgelegd of niet kunnen worden opgelegd - voorkomen.

Het onderscheid tussen poging tot het vragen en aanbieden, en het vragen en aanbieden is arbitrair. Daarbij valt het vragen en aanbieden van een voordeel eveneens onder artikel 45 Sr, als blijkt kan worden gegeven van een begin van uitvoering en de dader op dat moment voornemens is het misdrijf te voltooien. Overigens rekt het opnemen van het vragen en het aanbieden van een voordeel als zelfstandige delictsbestanddelen in artikel 328ter lid 1 en 2 Sr al dan niet in samenhang met de blijvende bestaande mogelijkheden op grond van artikel 45 Sr de strafrechtelijke aansprakelijkheid te ver uit. In paragraaf 6.3.2.2 is gepleit voor een afschaffing van de tegenprestatie. De logica van deze wijziging volgend, is het in het kader van de rechtsbescherming verstandig om de delictsbestanddelen 'vragen' en 'aanbieden' niet meer op te nemen in artikel 328ter Sr. Ook moet poging tot niet-ambtelijke omkoping niet meer strafbaar worden gesteld. Ook rechtvaardigt het vragen en aanbieden als zelfstandige delictsbestanddelen niet dat het volledige strafmaximum kan worden opgelegd, terwijl bij poging - eenzelfde gedraging - dit maximum wordt verminderd met een derde van het maximum van de hoofdstraf. De bestanddelen 'vragen' en 'aanbieden'

worden derhalve niet meer zelfstandig opgenomen in de voorgestelde strafbepaling. Aldus wordt ook in het voorgestelde artikel 328ter Sr - in overeenstemming met artikel 300 lid 5 Sr (mishandeling) - een derde lid toegevoegd waaruit blijkt dat poging tot niet-ambtelijke omkoping niet strafbaar is.

Overigens was de strafbare reikwijdte van artikel 328ter Sr, in tegenstelling tot de niet-ambtelijke omkopingsartikelen, niet verruimd tot het aannemen en verlenen van voordelen voor en na de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber, waardoor deze gedragingen niet onder de oude strafbaarstelling vielen. Dit kon de effectieve vervolging en bestraffing van verdachten op grond van het delict niet-ambtelijke omkoping belemmeren. Alhoewel de formulering wat omslachtig is, is het goed om te zien dat op 1 juli 2014 in een nota van wijziging van de Minister van Veiligheid en Justitie, die ziet op het bestrijden van deze lacune in de strafbepaling van niet-ambtelijke omkoping, de kern van deze aanbeveling is overgenomen en uiteindelijk in de wetgeving is terechtgekomen.

HOOFDSTUK 4

Internationale monitoring van het Nederlandse niet-ambtelijke omkopingsartikel en enkele buitenlandse niet-ambtelijke omkopingsartikelen

In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de vraag of het huidige artikel 328ter Sr in overeenstemming is met de internationale verdragen en kaderbesluiten. Daarnaast is specifiek ingegaan op de verschillende internationale evaluaties die Nederland de afgelopen jaren heeft ondergaan. De meeste aanbevelingen zijn op dit moment geïmplementeerd.

Het is opvallend dat Nederland tot op heden vasthoudt aan het bestanddeel ‘verzwijgen in strijd met de goede trouw’, terwijl GRECO en de Europese Commissie hebben beargumenteerd dat dit bestanddeel strafbeperkend werkt. Ook vinden beide organisaties dat het bestanddeel te vaag en complex is om het doel van de Nederlandse wetgever, namelijk het uitsluiten van strafbaarheid van legitieme en gebruikelijke geschenken, te bereiken. De Commissie en GRECO stellen voor het bestanddeel ‘verzwijgen in strijd met de goede trouw’ te vervangen door het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’. De per 1 januari 2015 inwerking getreden Wet ‘bestrijding mogelijkheden financieel-economische criminaliteit’ geeft aan deze oproep deels gehoor door ook dit bestanddeel toe te voegen. Daarbij constateren de Commissie en GRECO dat in artikel 328ter Sr de bestanddelen ‘niet-gerechtigd’, ‘voordeel’, ‘direct en indirect’ en ‘voor zichzelf en voor een derde’ niet zijn geïmplementeerd.

De Duitse, Belgische, Franse, Deense, Moldavische en Russische strafbaarstellingen zijn in verband met niet-ambtelijke omkoping behandeld en geëvalueerd. Daarbij is aandacht besteed aan de evaluaties van GRECO en de Europese Commissie ten aanzien van deze strafbaarstellingen. De Duitse strafbaarstelling is toegesneden op de bestrijding van de oneerlijke concurrentie, terwijl de Belgische strafbaarstelling, evenals de Nederlandse strafbaarstelling, de vertrouwensrelatie tussen de werknemer en de werkgever primair voorop stelt. Het is opvallend dat Denemarken, volgens Transparency International het best functionerende land op het gebied van corruptie, een wettelijke structuur hanteert waarbij het enkel aannemen of verlenen van een gunst strafbaar wordt gesteld. De tegenprestatie en het verband tussen het voordeel en de tegenprestatie hoeft in deze structuur niet te worden bewezen. De Franse niet-ambtelijke omkopingsartikelen sluiten nauw aan bij het door GRECO en de Europese Commissie voorgestelde bestanddeel *“in breach of their duties”* in de juridische vorm van *“in breach of their legal, contractual or professional obligations”*. Rusland hanteert de term *“unlawful”*, waaronder wordt verstaan: *“not in accordance with the law, other regulatory legal acts, local regulatory acts, constituent instruments of the employing organisation or terms and conditions of a labour contract or any other agreement, etc.”* De Franse en de Russische strafbaarstellingen maken geen keuze voor een specifiek te beschermen rechtsbelang, maar laten de strafbaarheid van het handelen of nalaten te handelen afhangen van strijdigheid met wettelijke, contractuele of arbeidsrechtelijke bepalingen.

HOOFDSTUK 5

Vergelijking met ambtelijke omkoping in de Nederlandse strafwetgeving

In dit hoofdstuk is de verhouding tussen het delict niet-ambtelijke omkoping en het delict ambtelijke omkoping behandeld en geanalyseerd. Daarbij is een aantal kenmerkende verschillen te onderkennen. Ten eerste was het handelen ‘zonder in strijd met zijn plicht’ van een ambtenaar strafbaar gesteld in de ambtelijke omkopingsbepalingen. Ten tweede is het aannemen, verlenen, vragen en aanbieden van voordelen voor en na afloop van de dienstbetrekking strafbaar gesteld. Ten derde hanteren de ambtelijke omkopingsartikelen het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’. Het is de vraag of het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ een terechte keuze is geweest, aangezien dit bestanddeel een arbitrair karakter heeft. Dit bestanddeel kan worden vervangen, in een generalis-specialis-variant, door de zinsnede *“in strijd met een wettelijke plicht of met, naar gelang van het geval, beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van die persoon”*. Hiermee worden de bezwaren van het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ ondervangen. Deze zinsnede zou dan ook in tegenstelling tot het nieuwe bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ te prefereren zijn in het aanbevolen artikel 328ter Sr.

HOOFDSTUK 6

Voorstel tot herformulering van het niet-ambtelijke omkopingsartikel

In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste voorwaarden behandeld waar een strafbaarstelling aan zal moeten voldoen. Daarbij zijn enkele alternatieven behandeld en geëvalueerd. Het alternatief van Van Bemmelen, gestoeld op het oplichtingsartikel, schiet tekort, aangezien het bestanddeel 'afgifte van een goed' in artikel 326 Sr niet alle gevallen van niet-ambtelijke omkoping omvat. Tevens wordt op grond van dit artikel in oplichtings- en omkopingszaken vaak de voorkeur gegeven aan de leer van de *conditio sine qua non*, waarvoor een strikter causaal verband is vereist, dat niet aansluit bij de causaliteitstoepassing in het niet-ambtelijke omkopingsartikel. De voorstellen van Boek en Van Oven en Van Heemst met de daarbij de door Roording en Sikkema aangebrachte nuances, die het enkel aannemen van gunsten strafbaar stellen, verdienen de voorkeur. Daarbij is door de Vaste Commissie van Justitie in 1966 al gepleit voor het strafbaar stellen van het enkel aannemen of het doen van gunsten. De Doelder en Smid leggen bij hun voorstel ook meer nadruk op de opzettelijke vergaring en dus op het actief handelen van de overheidsfunctionaris. Dit voorstel strookt tot op zekere hoogte met de voormalige en huidige formulering van artikel 328ter lid 1 en 2 Sr *"dan wel zal doen of nalaten"*. De verdachten van actieve en passieve niet-ambtelijke omkoping kunnen derhalve al worden veroordeeld voor het aannemen, verlenen en *zelfs* vragen of aanbieden van een gift, dienst of belofte, terwijl de tegenprestatie niet eens daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Derhalve moet deze wettelijke structuur worden opgenomen in een niet-ambtelijke omkopingsvariant. Immers, mede in ogenschouw genomen dat het überhaupt bewijzen van het aannemen, vragen, verlenen of aanbieden van de gift, dienst of belofte en de (toekomstige) tegenprestatie al een ondoenlijke opgave is, de huidige actuele ambtelijke omkopingsrechtspraak noopt daartoe. Tevens is een omgekochte al strafbaar als hij zich laat beïnvloeden door het opzettelijk aannemen van een niet-gerechvaardigd voordeel. Dit betekent dat de omgekochte niet meer onafhankelijk en onbevangen ten opzichte van de omkoper kan functioneren. Dit geldt eveneens voor de omkoper die tracht een omgekochte te beïnvloeden door het opzettelijk verlenen van een dergelijk voordeel. Het aannemen van niet-gerechvaardigde giften, diensten of beloften is derhalve eigenlijk al een inbreuk op het vertrouwen dat de werkgever in zijn werknemers mag hebben, aangezien gehandeld wordt in het eigen belang en niet in het belang van de werkgever. De wettelijke structuur strookt daarmee met de minimumvoorschriften gesteld in de internationale wet- en regelgeving, aangezien de nationale wetgeving strafrechtelijk verder mag gaan dan deze minimumvoorschriften. De uiteenzettingen en overwegingen in de hoofdstukken 1 tot en met 6 hebben geleid tot de volgende aanbeveling teneinde het delict niet-ambtelijke omkoping op een beter geformuleerde wijze strafrechtelijk te vervolgen en te bestraffen.

Artikel 328ter lid 1 Sr

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

Artikel 328ter lid 2 Sr

Hij die, anders dan als ambtenaar in de zin van artikel 363, voorafgaand, indien de dienstbetrekking of optreden als lasthebber is gevolgd, tijdens of na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber direct of indirect voor zichzelf of voor een derde opzettelijk een niet-gerechvaardigd voordeel 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 opzettelijk niet-gerechvaardigd voordeel verleent, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 328ter lid 3 Sr

Poging tot dit misdrijf is niet strafbaar.

Artikel 71 Sr

De termijn van verjaring vangt aan op de dag na die waarop het feit is gepleegd, behoudens in de volgende gevallen:

*1°. bij de misdrijven omschreven in de artikelen 172, eerste lid, 173, eerste lid, 173a, 173b en **328ter** vangt de termijn aan op de dag na die waarop het misdrijf ter kennis is gekomen van een ambtenaar belast met de opsporing van strafbare feiten;*

Artikel 7 Sr

2. De Nederlandse strafwet is voorts toepasselijk op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt:

*a. aan een van de misdrijven omschreven in de Titels I en II van het Tweede Boek en in de artikelen 192a tot en met 192c, 197a tot en met 197c, 206, 237, 272, 273 en **328ter**;*

Literatuurlijst

BOEKEN

- R. Aarts, *corrupt of correct?*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 1995.
- F. Ambtenbrink, H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- J.M. van Bemmelen, Th. W. van Veen, *Ons strafrecht, deel 3, bijzondere delicten*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1987.
- V. van der Boon, G. van der Marel, *De ontknoping, de vastgoedfraude voor de rechter*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2012.
- V. van der Boon, G. van der Marel, *De vastgoedfraude, miljoenezwandel aan de top van het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2013.
- H. Bouman, *Ambtelijke willekeur en corruptie in Nederland*, Antwerpen: Standaard 1978.
- H. Bouman, *In en uit de doofpot, ambtelijke willekeur en corruptie in Nederland*, Antwerpen: Standaard 1982.
- H.A. Brasz, 'Enkele aantekeningen over de sociologie van de corruptie' in: W.F. Wertheim.
- G.J.M. Corstens, 'Europese initiatieven tegen corruptie', in: A.R. Hartmann, E.J.V. Pols (red.), *Corruptie, van taboe naar sociale verandering*, Arnhem: Gouda Quint 2001.
- A. Claes, *BTW-carrousel; De fiscaal- en strafrechtelijke aanpak en de gevolgen voor de organisatoren, medeplichtigen en hun afnemers*, Larcier 2005.
- W. Debets, *De papieren onderneming, fraude met rechtspersonen*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1987.
- H. de Doelder, 'Enige opmerkingen over artikel 328ter Sr', in: A.C. Hart, W. Nieboer et al. (red.) *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts* (Geurts-Bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983.
- A.F.M. Dorresteyn, *Corruptie en privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
- G. Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands Recht*, Groningen: Jan Haan 1948.
- Ch.J. Enschedé & A.H.J. Swart, *Internationaal Strafrecht, Cahiers van het seminarium 'van Hamel' voor strafrecht en strafrechtspleging UvA*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1975.
- J.W.M. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- G. Heine, B. Huber, T. Rose, *Private Commercial Bribery, A Comparison of National en Suprational Legal Structures*, Freiburg: ICC 2003.
- D.P.C.M. Hellegers en J. van Dijk (red.), *De praktijk van een preventief en repressief fraudebeleid*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

- J.R. van Helvoort, R.N.J. Kamerling, *Hoe fraudeurs te werk gaan (4)*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- J.H.J. van den Heuvel, L.W.J.C. Huberts, S. Verberk, *Integriteit in drievoud*, Utrecht: Lemma BV 1999
- B.J.S. Hoetjes, *Corruptie bij de overheid*, 's-Gravenhage 1982.
- P.J. van den Hout, *Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- L.W.J.C. Huberts (red.), *Bestuurlijke corruptie en fraude in Nederland*, Arnhem: Gouda Quint BV 1992.
- L.W.J.C. Huberts, J.M. Nelen, *Corruptie in het Nederlandse openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma BV 2005.
- J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- M. van Hulten, *Corruptie, Handel in macht en invloed*, Den Haag: Sdu Uitgever 2011.
- C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, NTHR-reeks, deel 15, Uitgeverij Paris 2012.
- P.A.M. Mevis, P.C. Vegter, *Fraudedelicten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- H.J.B. Sackers, P.A.M. Mevis, *Fraudedelicten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.
- N. Muller, *Onderneming en Strafrecht*, Rotterdam: Ars Aequi Libri 1997.
- H. Nelen, A. Nieuwendijk, *Geen ABC, Analyse van rijksrechercheonderzoeken naar ambtelijke en bestuurlijke corruptie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- C. Pereira, *Omkoping van buitenlandse ambtenaren, opsporing, rechtsmacht en berechting van misdrijven tegen het openbaar gezag*, Celsus 2012.
- D. Pijl, 'Corruptiebestrijding dient serieus genomen te worden', in: W.E.C.A. Valkenburg, A.A.G.J.M. de Weert, *Corruptie*, Lelystad 1998.
- Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1987.
- J. Rozie, M. Borgers, *Voordeelsontneming, de procesrechtelijke invalshoek*, Oisterwijk: WLP 2002.
- D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, bewerkt door W.P.J. Pompe, Deel II, Groningen/Batavia 1927.
- E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona, A.M.M. Orie, *Handboek Internationaal Strafrecht, schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

- G. Smid, *Omkoping bestraft? Internationale invloeden op de strafrechtelijke bestrijding van (buitenlandse) omkoping?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2012.
- H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Eerste Deel, bewerkt door J.W. Smidt & E.A. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
- G.A.M. Strijards, *Internationaal Strafrecht, strafrechtmacht – algemeen deel*, Arnhem: Gouda Quint 1984.
- W.E.C.A. Valkenburg en A.A.G.J.M. de Weert (red.), *Corruptie; verschijningsvormen, opsporing, bestrijding en voorkoming*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.
- M. Visser, *Zorgplichten in het Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2011.
- W.F. Wertheim, *Corruptie als sociologisch studieobject*, in: W.F. Wertheim 1960.

JURIDISCHE VAKLITERATUUR

Nederlandstalig

- J.M. van Bemmelen, 'Niet-ambtelijke omkoping', *NJB* 1966.
- J.A. Blaauw, 'Een corrupte diender is de pest voor het hele korps', *Justitiële Verkenningen* 1991, 4.
- J.L.M. Boek, 'Strafbaarheid van ambtelijke corruptie', *NJB* 1998, 27.
- J. Boek, 'Naschrift', *NJB* 1998, 37.
- J.L.W. Broeksteeg, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de burgemeester en de wethouders', *Gemeentestem* 2004.
- H.G. van de Bunt, 'Maatregelen tegen corruptie in het bedrijfsleven', *Justitiële Verkenningen* 1993, 1.
- H.G. van de Bunt, 'Het bederf komt van binnenuit', *NJB* 1994.
- H.G. van de Bunt, 'Corruptie straf en code', *Maandblad voor accountancy en Bedrijfseconomie* 1995.
- H. de Doelder & G. Smid, 'Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie: waardevol voor Nederland?', *DD* 2006, 60.
- D.R. Doorenbos, 'Ambtelijke corruptie', *DD* 1998.
- M.J.A. Duker, 'De samenloopregeling herijkt', *DD* 2011.
- H. Elffers, 'Afschrikken en het aanleren van normen. De theorie van Kelman toegepast op het strafrecht', *Justitiële Verkenningen* 2008.
- G. de Graaf, 'De corrupte functionaris en zijn omkoper', *Justitiële Verkenningen* 2005.

- A.J.E. Jansman, 'De bijdrage van de accountant aan het voorkomen en bestrijden van corruptie', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 1995, 1.
- A.H. Klip, 'Uniestrafrecht is op hol gelagen', *NJB* 1997.
- B.W.M. van der Lugt, 'Actieve en passieve ambtelijke omkoping', *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2003, 3.
- Minkenhof, 'Artikel 362 en 363 W.v.S', *NJB* 1948.
- H.F. Munneke, 'Begiftigde ambtsdragers buiten het strafrecht?', *NJB* 1998.
- J.M. Nelen, 'De strafrechtelijke afdoening van ambtelijke corruptie', *Justitiële Verkenningen* 2005.
- J. L. Posthuma, 'Nederland is een dorado voor corruptie', *Tijdschrift voor de Politie* 1962.
- P.H.S. van Rest, F. van Es, 'Ambtelijke corruptie en strafrecht; werk voor de wetgever', *NJB* 1994.
- D. Roef, Th.A. De Roos, 'Strafrecht als discussie - over corruptie', *Bestuurswetenschappen* 1995.
- T.R. van Roomen en E. Sikkema, 'De strafbaarstelling van publieke en private corruptie: wat mag wel en wat mag niet?', *DD* 2012.
- J.F.L. Roording, 'Corruptie in het Nederlandse strafrecht', *DD* 2002.
- T. de Roos, 'Kroniek van het strafrecht en strafprocesrecht', *NJB* 2012.
- M.E. Rosing, 'Witteboordencriminelen harder aanpakken? Over nut en noodzaak van het conceptwetsvoorstel Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit', *Strafblad* 2012.
- D. Ruimschotel, 'Corruptie als combinatie van irreguliere bevoordeling en infaam verraad', *NJB* 1994.
- C.F. Ruter, A.J. Hoekema, 'Omkoping van anderen dan ambtenaren', *TvS* 1968.
- S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet voor zover vereist, wie Aaa zegt mag geen bee meer zeggen?', *SR* 2007, 23.
- J.M.J. Schepper, 'Het begrip "ambtenaar" in het strafrecht', *TvS* 1934.
- E. Sikkema, 'Ambtelijke corruptie in de strafwetgeving', *Justitiële Verkenningen* 2005.
- E. Sikkema, 'De strafbaarstelling van ambtelijke omkoping: niet verruimen, wel vereenvoudigen', *Openbaar Bestuur* 2006.
- E. Sikkema, 'De strafrechtelijke corruptiewetgeving; opmerkingen naar aanleiding van wetsvoorstel 31 391', *Strafblad* 2009.
- J.H. Tonino, 'Enkele opmerkingen over de vervolging van niet-ambtelijke corruptie in de huidige praktijk van fraudebestrijding', *Strafblad* 2009.

Engelstalig

- R. Barreto, 'Endogenous Corruption, Inequality and Growth', Econometric Evidence, School of Economics Adelaide University 2001.
- A. Brunetti, 'Political Variables in Cross-Country Growth Analysis', *Journal of Economic Surveys* (11) 1997.
- A. Brunetti, G. Kisunko, B. Weder, 'Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector', *The World Bank Economic Review* (12) 1998.
- G. Davies, 'A History of Money from Ancient Times to the Present Day', University of Wales Press, Cardiff 2002.
- A. Dreher, C. Kotsogiannis, S. Mccorrison, 'Corruption Around the World: Evidence from a Structural Model' 2004.
- A. Dreher, T. Herzfeld, 'The Economic Costs of Corruption: A Survey and New Evidence' 2005.
- S. Eicher, 'Corruption in International Business', Gower Publishing Company, Burlington 2009.
- R. Foellmi, M. Oechslin, 'Who Gains from Non-Collusive Corruption? Institute for Empirical Research in Economics', University of Zürich (142) 2003.
- S. Gupta, L de Mello, R. Sharan, 'Corruption and Military Spending', *European Journal of Political Economy* (17) 2001.
- S. Gupta, H. Davoodi, R. Alondo-Therme, 'Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty? Governance, Corruption, & Economic Performance', *International Monetary Fund, Publication Services* 2002.
- K. Gyumah-Brempong, 'Corruption, Economic Growth, and Income Inequality in Africa', *Economics of Governance* (3) 2002.
- S. Johnson, D. Kaufmann, A. Shleifer, 'The Unofficial Economy in Transition', *Brookings Papers on Economic Activity* (27) 1997.
- D. Kaufmann, A. Kraay, P. Zoido-Lobaton, 'Governance Matters', *World Bank, Policy Research* (2196) 1999.
- J. Lambsdorff, 'An Empirical Investigation of Bribery in International Trade', *European Journal of Development Research* (10) 1998.
- H. Li, C. Lixin, H. Zou, 'Corruption, Income Distribution, and Growth', *Economics and Politics* (12) 2000.
- P. Mauro, 'Corruption and Growth', *Quarterly Journal of Economics* (60) 1995.
- P. Mauro, 'The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure', *International Monetary Fund* 1998.

- P. Méon, K. Sekkat, 'Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth?', *Public Choice* (22) 2005.
- P. Mo, 'Corruption and Economic Growth', *Journal of Comparative Economics* (29) 2000.
- Alina Mungliu-Pippidi, 'The Good, the Bad and the Ugly: Controlling corruption in the European Union', Hertie School of Governance 2013.
- L. Pellegrini, R. Gerlagh, 'Corruption's Effect on Growth and its Transmission Channels' (57) 2004.
- H. Poirson, 'Economic Security, Private Investment, and Growth in Developing Countries', *International Monetary Fund* 1998.
- Posadas, 'Combating Corruption under International Law', *Duke Journal of Comparative & International Law* 2000.
- S. Rose-Ackerman, 'Corruption and Government', Cambridge University Press, Cambridge 1999.
- W. Sandholtz en W. Koetzle, 'Accounting for Corruption: Economic Structure, Democratic Norms, and Trade', Center for the Study of Democracy Paper 98-05, University of California Press, Irvine 1998.
- B. Smarzynska, S. Wei, 'Corruption and Composition of Foreign Direct Investment: Firm Level Evidence', National Bureau of Economic Research (7969) 2000.
- H. Welsch, 'Corruption, Growth, and the Environment: a Cross-Country Analysis, Environment and Development Economics' (9) 2004.

DISSERTATIES/SCRIPTIES

- H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1985.
- H.P. 't Hooft, *Omkoopning van ambtenaren* (diss. Leiden), Leiden: Eduar IJdo 1890.
- S. De Maeseneer, *Corruptie en Integriteitsproblemen*, Masterproef van de opleiding Master in de rechten, Universiteit Gent 2009-2010.
- L. Salomonson, *Steekpenningen*, (diss. Leiden), Leiden: Vilders 1925.
- E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht, een studie over omkoping en andere ambtsdelicten* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008.

ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

- Van Elst, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 2 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2013.
- J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 362 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 362*, bijgewerkt tot 15 september 2009.
- J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 363 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 363*, bijgewerkt tot 15 september 2009.
- J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 326 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 326*, bijgewerkt tot 1 februari 2010.
- J.W. Fokkens, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, 3 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.
- T.J. Kelder, *Commentaar op Wetboek van Strafrecht artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 januari 2013.
- A.K.H. Klein-Sprockelhorst, *NDFR Artikel 47 AWR Verplichting tot inlichtingenverstrekking*, bijgewerkt tot 6 augustus 2013.
- A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 177 bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 177*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.
- A.J. Machielse, *Noyon/Langemeijer & Rimmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 177a bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 177a*, bijgewerkt tot 1 juni 2010.
- Sikkema, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 362 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2012.
- Sikkema, *T&C Strafrecht, commentaar op artikel 363 Sr*, bijgewerkt tot 1 juni 2012.
- Van der Velden, *Tekst & Commentaar Strafrecht, Omkoping van anderen dan ambtenaren bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 328ter*, bijgewerkt tot 1 juli 2012.
- A.P. Verhaegh, *Commentaar op Wetboek van Strafrecht artikel 362 (en 363)*, bijgewerkt tot 1 januari 2013.

KAMERSTUKKEN

- *Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 2.*
- *Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 1965/66, 8437, nr. 4.*
- *Kamerstukken II 1966/67, 8437, nr. 6.*
- *Kamerstukken I 1967/68, 8437, nr. 6.*
- *Kamerstukken II 1997/98, 26 002, nr. 1.*
- *Kamerstukken II 1997/98, 26 002, nr. 2.*
- *Kamerstukken II 1997/98, 26 002, nr. 3.*

- *Kamerstukken II* 1997/98, 26 002, nr. 5.
- *Kamerstukken II* 1998/99, 26 469, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 469, nr. 5.
- *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 469, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27 509, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2002/03, 28 093, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 2002/03, 28 093, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2002/03, 28 244, nr. 9.
- *Kamerstukken II* 2004/05, 30 156, nr. 1-2.
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 808.
- *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 391.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 10.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 685, nr. 15.

STAATSBLAD/TRACTATENBLAD

- *Stb.* 1949, J 341.
- *Trb.* 2000, 130.
- *Trb.* 2000, 131.
- *Trb.* 2002, 109.
- *Trb.* 2004, 34.
- *Trb.* 2004, 226.
- *Trb.* 2005, 244.
- *Trb.* 2006, 266.

VERDRAGEN

- Het verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, *Trb.* 2000, 130.
- Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad *Trb.* 2004, 34.
- Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, New York 31 oktober 2003, *Trb.* 2005, 244.

BESLUITEN

- Initiatief van het Koninkrijk Denemarken met het oog op de aanneming van een kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel, 2 augustus 2002, *PbEG* 2002, C/184/04.
- Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, *PbEG* 2003 L /192.

RAPPORTEN

- Greco Eval I Rep (2003) 1e (Final), *First Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 28 maart 2003.
- Greco RC I (2004) 13e, *First Evaluation Round, Compliance Report on the Netherlands*, Straatsburg 18 maart 2005.
- Greco Eval II Rep (2005) 1e, *Second Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 14 oktober 2005.
- Greco RC I (2004) 13e (Addendum), *First Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on the Netherlands*, Straatsburg 21 maart 2007.
- Greco RC II (2007) 7e, *Second Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 19 oktober 2007.
- Greco Eval III Rep (2007) 8e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 13 juni 2008.
- Greco Eval III Rep (2008) 5e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on France on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 19 februari 2009.
- Greco Eval III Rep (2008) BF (Thema 1), *Derde evaluatiecyclus, Evaluatierapport over België inzake strafbaarstellingen (ETS 173 en 191, PDC 2)*, Straatsburg 15 mei 2009.
- Greco RC II (2007) 7e (Addendum), *Second Evaluation Round, Evaluation Report on the Netherlands*, Straatsburg 8 oktober 2009.
- Greco Eval III Rep (2008) 9e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 2 juli 2009.
- Greco Eval III Rep (2009) 3e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on 'Incriminations' (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 4 december 2009.
- Greco RC III (2010) 5e, *Third Evaluation Round, Compliance Report on the Netherlands, "Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)" and "Transparency of Party Funding"*, Straatsburg 11 juni 2010.
- Greco Eval III Rep (2010) 8e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Moldova Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 1 april 2011.

- Greco Eval III Rep (2011) 6e (Theme I), *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Russian Federation Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Straatsburg 22 maart 2012.
- Greco RC III (2013) 2e, *Third Evaluation Round Compliance Report on the Republic of Moldova "Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)"*, Straatsburg 3 april 2013.
- Greco Eval IV Rep (2012) 7e, *Fourth Evaluation Round, Corruption in respect of member of parliament, judges, and prosecutors*, Straatsburg 18 juli 2013.

EUROPESE COMMISSIEDOCUMENTEN

- COM(2001)715 def.
- COM(2001)771 def.
- COM(2003)317 def.
- COM(2003)358 def.
- COM(2006)82 def.
- COM(2007)328 def.
- COM(2011)309 def.
- COM(2014)38 def.

EUROPEES PUBLICATIEBLAD

- *PbEG* C 316 van 27 november 1995.
- *PbEG* C 313 van 23 oktober 1996.
- *PbEG* C 362 van 2 december 1996.
- *PbEG* C 195 van 25 juni 1997.
- *PbEG* 98/C 11/02 van 18 december 1997.
- *PbEG* L 358 van 31 december 1998.
- *PbEG* 2002/C 184/04 van 2 augustus 2002.
- *PbEU* L 287 van 29 oktober 2008.
- *PbEU* C 115 van 4 mei 2012.

Jurisprudentieregister

HOGE RAAD

- HR 13 november 1893, *W* 6427.
- HR 3 januari 1898, *W* 7076.
- HR 27 juni 1898, *W* 7147.
- HR 26 juni 1899, *W* 7307.
- HR 16 oktober 1899, *W* 7347.
- HR 12 december 1904, *W* 8156.
- HR 2 juni 1909, *W* 8890.
- HR 25 oktober 1909, *W* 8916.
- HR 23 mei 1910, *W* 9044.
- HR 30 januari 1911, *W* 9149.
- HR 30 november 1914, *NJ* 1915/282.
- HR 6 april 1915, *NJ* 1915.
- HR 14 februari 1916, *NJ* 1916/681.
- HR 25 april 1916, *NJ* 1916.
- HR 26 juni 1916, *W* 9990, *NJ* 1916/916.
- HR 29 januari 1917, *NJ* 1917.
- HR 31 januari 1919, *ECLI:NL:HR:1919:AG1776*.
- HR 24 februari 1919, *W* 10 401.
- HR 26 mei 1919, *NJ* 1919/653.
- HR 28 juni 1920, *W* 10 618, *NJ* 1920/808.
- HR 6 december 1920, *NJ* 1921/121.
- HR 2 november 1925, *NJ* 1925/1254.
- HR 5 november 1934, *NJ* 1935/337.
- HR 29 april 1935, *NJ* 1936/50.
- HR 18 mei 1937, *NJ* 1937.
- HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929 .
- HR 27 november 1939, *NJ* 1940/219.
- HR 29 april 1940, *NJ* 1940/805.
- HR 17 juni 1940, *NJ* 1940/822.
- HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941/165.
- HR 7 oktober 1947, *NJ* 1948/128.
- HR 24 januari 1950, *NJ* 1950/287.
- HR 31 januari 1950, *NJ* 1950/668.
- HR 24 juni 1952, *NJ* 1952/720.
- HR 6 april 1954, *NJ* 1954/368.
- HR 22 juni 1954, *NJ* 1954/476.
- HR 4 februari 1958, *NJ* 1958/294.

- HR 20 juni 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB5394, *NJ* 1968/67.
- HR 9 mei 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB4251, *NJ* 1972/415.
- HR 3 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB3587, *NJ* 1976/304.
- HR 7 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AB7391, *NJ* 1978/661.
- HR 12 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2616, *NJ* 1979/60.
- HR 18 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6342, *NJ* 1978/658.
- HR 17 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7387, *NJ* 1983/84.
- HR 1 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7506, *NJ* 1983/470.
- HR 26 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8462, *NJ* 1984/790.
- HR 3 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8452, *NJ* 1987/84.
- HR 17 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9754, *NJ* 1987/887.
- HR 31 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9797.
- HR 22 mei 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9850.
- HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, *NJ* 1988/612.
- HR 22 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9973, *NJ* 1988/381.
- HR 13 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3224, *NJ* 1988/472.
- HR 26 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0160, *NJ* 1988/913.
- HR 18 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0468, *NJ* 1989/656.
- HR 2 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4162.
- HR 27 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8644, *NJ* 1991/318.
- HR 8 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC0165, *NJ* 1991/344.
- HR 28 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1593, *NJ* 1992/363.
- HR 6 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9117, *NJ* 1993/101.
- HR 27 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9346, *NJ* 1993/744.
- HR 19 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1962, *NJ* 1994/179.
- HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:AG0712.
- HR 17 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9732, *NJ* 1995/46.
- HR 31 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9746, *NJ* 1994/673.
- HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, *NJ* 1995/65.
- HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1644.
- HR 30 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0179, *NJ* 1995/620.
- HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, *NJ* 1996/513.
- HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9821, *NJ* 1997/7.
- HR 26 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0583, *NJ* 1997/209.
- HR 6 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1135, *NJ* 1999/90.
- HR 2 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1465, *NJ* 1999/331.
- HR 16 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1498, *NJ* 1999/370.
- HR 4 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4050.

- HR 22 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4894, *NJ* 2000/557.
- HR 18 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5211, *NJ* 2002/300.
- HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1182.
- HR 11 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4558.
- HR 18 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2599, *NJ* 2004/527.
- HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP8400.
- HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8470.
- HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP8460.
- HR 13 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5936.
- HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8314.
- HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8318.
- HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8328.
- HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8330.
- HR 29 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4108, *NJ* 2008/206.
- HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8673, *NJ* 2008/318.
- HR 7 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7743, *NJ* 2009/187.
- HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1911.
- HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2196.
- HR 13 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6793.
- HR 5 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ2772.
- HR 6 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6346.
- HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, *NJ* 2010/456.
- HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1014, *NJ* 2010/464.
- HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, *NJ* 2011/394.
- HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6933.
- HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8744.
- HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3332.
- HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2004:AP8460.
- HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6909.
- HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1568.
- HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.
- HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714.
- HR 6 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:480.
- HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1626, *RvdW* 2014/962.
- HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1655, *RvdW* 2014/964.

GERECHTSHOVEN

- Hof Leeuwarden 5 januari 1893, *W* 6282.
- Hof Arnhem 27 september 1898, *W* 7220.
- Hof Arnhem 24 april 1924, *W* 11 192.
- Hof Amsterdam 7 oktober 1971, ECLI:NL:GHAMS:1971:AB4064, *NJ* 1972/149.
- Hof Arnhem 15 april 1975, ECLI:NL:GHARN:1975:AB5387, *NJ* 1976/290.
- HMG 6 oktober 1978, ECLI:NL:XX:1978:AD4137, *NJ* 1979/1 (Militaire Strafkamer Hof Arnhem).
- Hof Arnhem 26 januari 1979, ECLI:NL:GHARN:1979:AC6477, *NJ* 1979/357.
- Hof Amsterdam 14 februari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF7486.
- Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6884.
- Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6890.
- Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6891.
- Hof Amsterdam 4 april 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF6894.
- Hof Amsterdam 13 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB2447.
- Hof 's-Gravenhage 21 september 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB5890.
- Hof 's-Gravenhage 5 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG6141.
- Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH225.
- Hof Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK2864.
- Hof Arnhem 12 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK4756.
- Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN5059.
- Hof Arnhem 30 november 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6212.
- Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP4383.
- Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP4384.
- Hof Amsterdam 22 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1397.
- Hof Amsterdam 22 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6889.
- Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7454.
- Hof Amsterdam 2 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4214.
- Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:377.
- Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:631.
- Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:633.
- Hof Amsterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:635.

RECHTBANKEN

- Rb. Utrecht 30 juni 1887 Paleis van Justitie 1887, nr. 27.
- Rb. Groningen 24 november 1892, *W* 6299.
- Rb. Arnhem 6 april 1948, *NJ* 1948/561.
- Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8705.
- Rb. Amsterdam 30 november 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA8706.
- Rb. Breda 18 februari 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AD9407.
- Rb. Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1934.
- Rb. Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE4700.
- Rb. Arnhem 12 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AN9925.
- Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4348.
- Rb. Amsterdam 24 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO4871.
- Rb. Zwolle-Lelystad 16 november 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AR5733.
- Rb. Rotterdam 14 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7472.
- Rb. Rotterdam 15 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7631.
- Rb. Rotterdam 15 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7633.
- Rb. Rotterdam 16 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7706.
- Rb. Rotterdam 16 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7707.
- Rb. Rotterdam 16 december 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR7711.
- Rb. Roermond 20 april 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AW2413.
- Rb. Rotterdam 24 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX4719.
- Rb. Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3111.
- Rb. Leeuwarden 17 oktober 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ0311.
- Rb. Arnhem 9 november 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AZ1902.
- Rb. Haarlem 19 december 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BC1320.
- Rb. Arnhem 22 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC4908.
- Rb. Haarlem 27 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9174.
- Rb. Rotterdam 15 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO0530.
- Rb. 's-Hertogenbosch 19 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP1514.
- Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2194.
- Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2196.
- Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2198.
- Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2199.
- Rb. Haarlem 27 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV2204.
- Rb. 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV2888.
- Rb. Amsterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1976.
- Rb. 's-Hertogenbosch 17 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX7338.
- Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7053.

- Rb. Den Haag 23 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ8217.
- Rb. Amsterdam 19 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7622.
- Rb. Noord-Holland 3 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11551.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 18 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9725.
- Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:354.

EUROPESE JURISPRUDENTIE

- HvJ EG 21 september 1989 C-68/88 (*Griekse-mais*).
- HvJ EG 3 mei 2005 C-387/02 (*Silvio Berlusconi*).
- HvJ EG 3 mei 2005 C-391/02 (*Sergio Adelchi*).
- HvJ EG 3 mei 2005 C-403/02 (*Marcello Dell'Utri e.a.*).
- HvJ EG 16 juni 2005 C-105/03 (*Pupino*).
- EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 m.nt. Kn (*Murray*).
- EHRM 5 juli 2001, 41087/98; LJN AD 3514 (*Philips vs UK*).

Lijst van afkortingen

LIJST VAN AFKORTINGEN

aant.	Aantekening
afl.	Aflevering
A-G	Advocaat-Generaal
ARAR	Algemeen Rijksambtenarenreglement
art(t).	Artikel(en)
AW	Ambtenarenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BW	Burgerlijk Wetboek
CP	Code Pénal
DD	Delikt en Delinkwent
ECLI	European Case Law Identifier
EU	Europese Unie
EP	Europees Parlement
FIOD-ECD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst – Economische Controledienst
GMC	Multidisciplinary Group on Corruption
GRECO	Group of States against Corruption
HMG	Hoog Militair Gerechtshof
HR	Hoge Raad
jo.	Juncto
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlands Juristenblad
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
p.	Pagina
parketnr.	Parketnummer
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
P-G	Procureur-Generaal
Rb.	Rechtbank
r.o.	Rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Rvdr	Raad voor de rechtspraak
RvE	Raad van Europa

Lijst van afkortingen

RvS	Raad van State
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
stGB	Strafgesetsbuch
Sv	Wetboek van Strafvordering
TI	Transparency International
Trb.	Tractatenblad
VN	Verenigde Naties
WHC	Wet Herziening Corruptiewetgeving
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Bijlage

1. STRAFBAARSTELLING VAN NIET-AMBTELIJKE OMKOPING

Artikel 328ter Sr (oud) luidde:

1. *Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, en dit aannemen of vragen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.*
2. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever.*

Artikel 328ter Sr per 1 januari 2015 luidt thans:

1. *Hij die, anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in strijd met zijn plicht in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift, belofte of dienst aanneemt dan wel vraagt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.*
2. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze handelt in strijd met zijn plicht.*
3. *Onder handelen in strijd met zijn plicht als bedoeld in de voorgaande leden wordt in elk geval begrepen het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst*
4. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber, indien de dienstbetrekking of het optreden als lasthebber is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid omschreven alsmede hij die dit feit begaat na zijn dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*

5. *Met gelijke straf wordt gestraft hij die een feit als in het tweede lid omschreven begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een dienstbetrekking of het optreden als lasthebber, indien deze dienstbetrekking of dit optreden als lasthebber is gevolgd alsmede hij die dit feit begaat jegens een persoon na diens dienstbetrekking of optreden als lasthebber.*

2. STRAFBAARSTELLING VAN AMBTELIJKE OMKOPING

Artikel 362 Sr (oud) luidde:

1. *Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar:
 - 1° *Die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten;*
 - 2° *Die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten;*
 - 3° *Die een gift, belofte of dienst vraagt teneinde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten;*
 - 4° *Die een gift, belofte of dienst vraagt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten.**
2. *Met dezelfde straf wordt gestraft, hij die in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid, onder 1° en 3°, omschreven.*
3. *Hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat in verband met zijn hoedanigheid van minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder of lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.*

Artikel 363 Sr (oud) luidde:

1. *Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar:*
 - 1° *Die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten;*
 - 2° *Die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten;*
 - 3° *Die een gift of belofte dan wel een dienst vraagt teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten;*
 - 4° *Die een gift of belofte dan wel een dienst vraagt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten.*
2. *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid, onder 1° en 3°, omschreven.*
3. *Hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat in verband met zijn hoedanigheid van minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder of lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.*

Artikel 363 per 1 januari 2015 luidt thans:

1. *Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar:*
 - 1° *die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om in zijn bediening iets te doen of na te laten;*
 - 2° *die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten;*

- 3° *Die een gift of belofte dan wel een dienst vraagt teneinde hem te bewegen om in zijn bediening iets te doen of na te laten;*
- 4° *Die een gift of belofte dan wel een dienst vraagt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem in zijn huidige of vroegere bediening is gedaan of nagelaten.*
2. *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd, een feit begaat als in het eerste lid, onder 1° en 3°, omschreven.*
3. *Hij die een feit als omschreven in het eerste lid begaat in verband met zijn hoedanigheid van minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder of lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.*

3. RVE-CORRUPTIEVERDRAG¹⁴⁷⁰

Artikel 7 Actieve niet-ambtelijke omkoping

Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, in het kader van zakelijke activiteiten, het beloven, aanbieden of geven, rechtstreeks of indirect, van elk onverschuldigd voordeel aan enige persoon die leiding geeft aan of werkt voor een eenheid in de particuliere sector, voor hem zelf of voor iemand anders, opdat hij een handeling verricht of nalaat te verrichten in strijd met zijn plichten.

Artikel 8 Passieve niet-ambtelijke omkoping

Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, in het kader van zakelijke activiteiten, het vragen of ontvangen, rechtstreeks of indirect, door een ieder die leiding geeft aan of werkt voor een eenheid in de particuliere sector, van elk onverschuldigd voordeel, of het aannemen van het aanbod of de belofte daarvan, voor hem zelf of voor iemand anders, om een handeling te verrichten of na te laten in strijd met zijn plichten

Artikel 12 Ongeoorloofde beïnvloeding

Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, het beloven, aanbieden of geven, rechtstreeks of onrechtstreeks, van elk onverschuldigd voordeel

¹⁴⁷⁰ Het verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, Straatsburg 27 januari 1999, Trb. 2000, 130.

als beloning, aan enige persoon die beweert of bevestigt in staat te zijn invloed uit te oefenen op de besluitvorming door een van de personen, bedoeld in de artikelen 2, 4 tot en met 6 en 9 tot en met 11, ongeacht of het onverschuldigde voordeel voor hem zelf is of voor iemand anders, alsmede het vragen, ontvangen of aanvaarden van het aanbod of de belofte daarvan als beloning voor bedoelde beïnvloeding, ongeacht of de invloed al dan niet is uitgeoefend dan wel of de veronderstelde beïnvloeding al dan niet leidt tot het beoogde resultaat.

Artikel 19 Sancties en maatregelen

1. *Rekening houdend met de ernst van de krachtens dit Verdrag strafbaar gestelde feiten, voorziet iedere Partij, ten aanzien van de overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 14 strafbaar gestelde feiten, in doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties en maatregelen, waarvan, wanneer zij zijn gepleegd door natuurlijke personen, vrijheidsbenemende sancties die aanleiding kunnen geven tot uitlevering deel uitmaken.*
2. *Iedere Partij vergewist zich ervan dat in geval van aansprakelijkheid, vastgesteld krachtens artikel 18, eerste en tweede lid, rechtspersonen in aanmerking kunnen komen voor doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties van strafrechtelijke of niet strafrechtelijke aard, met inbegrip van geldelijke sancties.*
3. *Iedere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om het verbeurd verklaren of het anderszins ontnemen van de instrumenten en opbrengsten van krachtens dit Verdrag strafbaar gestelde feiten of van de bezittingen waarvan de waarde overeenkomt met de opbrengsten, mogelijk te maken.*

4. GEMEENSCHAPPELIJK OPTREDEN EN EU-KADERBESLUIT¹⁴⁷¹

Gemeenschappelijk Optreden

Artikel 1

- *“rechtspersoon”: ieder lichaam dat deze hoedanigheid krachtens het toepasselijke nationale recht bezit, met uitzondering van staten of andere overheidslichamen in de uitoefening van het openbaar gezag en publiekrechtelijke internationale organisaties;*
- *“plichtsverzuim”: plichtsverzuim als omschreven in het nationale recht. Plichtsverzuim in dit kaderbesluit omvat ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector.*

¹⁴⁷¹ Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, Brussel 22 juli 2003, 2003/568/JBZ, PbEG 2003 L /192.

EU-kaderbesluit

Artikel 1

“plichtsverzuim”: plichtsverzuim zoals omschreven in het nationale recht. Plichtsverzuim in dit kaderbesluit omvat ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector.

Artikel 2

1. *De lidstaten treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld wanneer zij plaatsvinden in het kader van zakelijke activiteiten:*
 - a) *de gedraging waarbij, onmiddellijk of middellijk, aan een persoon die, in welke hoedanigheid dan ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector, een niet-gerechtvaardigd voordeel, ongeacht de aard daarvan, voor die persoon zelf of voor een derde wordt beloofd, aangeboden of verstrekt, in ruil voor het verrichten of nalaten door die persoon van een handeling, waarbij die persoon zijn plicht verzuimt;*
 - b) *de gedraging waarbij een persoon die, in welke hoedanigheid dan ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector, onmiddellijk of middellijk een niet-gerechtvaardigd voordeel, ongeacht de aard daarvan, voor zichzelf of voor een derde vraagt of aanneemt, dan wel ingaat op een desbetreffende toezegging, in ruil voor het verrichten of nalaten van een handeling, waarbij hij zijn plicht verzuimt.*
2. *Lid 1 is van toepassing op zakelijke activiteiten in al dan niet op winst gerichte entiteiten.*
3. *Een lidstaat kan verklaren dat hij de werkingssfeer van lid 1 zal beperken tot gedragingen die de concurrentie in verband met de aankoop van goederen of commerciële diensten vervalsen of zouden kunnen vervalsen.*
4. *De in lid 3 bedoelde verklaring wordt aan de Raad meegedeeld bij de aanneming van dit kaderbesluit en geldt vijf jaar vanaf 22 juli 2005.*
5. *Dit artikel wordt tijdig vóór 22 juli 2010 door de Raad opnieuw bezien om te beoordelen of de verklaringen uit hoofde van lid 3 kunnen worden hernieuwd.*

Artikel 3

De lidstaten treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat uitlokking van, medeplichtigheid aan en aanzetting tot de in artikel 2 bedoelde gedragingen strafbaar worden gesteld.

Artikel 4

1. *Elke lidstaat treft de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in de artikelen 2 en 3 bedoelde gedragingen kunnen worden bestraft met een doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sanctie.*
2. *Elke lidstaat treft de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in artikel 2 bedoelde gedragingen kunnen worden bestraft met een maximale gevangenisstraf van ten minste één tot drie jaar.*
3. *Elke lidstaat treft overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen en beginselen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat wanneer een natuurlijk persoon in verband met een bepaalde zakelijke activiteit is veroordeeld wegens de in artikel 2 bedoelde gedragingen, die persoon indien nodig en ten minste in gevallen waarin hij of zij een leidende positie heeft bekleed in een onderneming in de desbetreffende sector, tijdelijk een verbod wordt opgelegd om deze of een vergelijkbare zakelijke activiteit in een vergelijkbare positie of hoedanigheid uit te oefenen, indien uit de vastgestelde feiten blijkt dat er een kennelijk gevaar van misbruik van de positie of de activiteit door middel van actieve of passieve corruptie bestaat.*

5. VN-CORRUPTIEVERDRAG¹⁴⁷²Artikel 18 Ongeoorloofde beïnvloeding

Elke Staat die partij is, overweegt de wettelijke en andere maatregelen te nemen die nodig kunnen zijn om de volgende handelingen, indien zij opzettelijk zijn gepleegd, strafbaar te stellen:

- a. *het, direct of indirect, beloven, aanbieden of geven van elk onverschuldigd voordeel aan een overheidsfunctionaris of andere persoon opdat deze overheidsfunctionaris of persoon zijn reële of veronderstelde invloed misbruikt om van een bestuur of overheidsinstelling van de Staat die partij is een onverschuldigd voordeel te verkrijgen ten behoeve van de aanzetter tot deze handeling of enige andere persoon;*
- b. *het, direct of indirect, verzoeken om of aanvaarden van een onverschuldigd voordeel voor de overheidsfunctionaris zelf of voor een andere persoon opdat deze overheidsfunctionaris of persoon zijn reële of veronderstelde invloed misbruikt om van een administratie of overheidsinstelling van de Staat die partij is een onverschuldigd voordeel te verkrijgen.*

¹⁴⁷² Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, New York 31 oktober 2003, Trb. 2005, 244.

Artikel 19 Misbruik van functie

Elke Staat die partij is, overweegt de wettelijke en andere maatregelen te nemen die nodig kunnen zijn om als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, het misbruik van functie of positie, waaronder wordt verstaan, het in strijd met de wet verrichten of nalaten van een handeling door een overheidsfunctionaris bij de uitoefening van zijn of haar functie teneinde een onverschuldigd voordeel te verkrijgen voor de functionaris zelf of voor een andere persoon of entiteit.

Artikel 20 Ongeoorloofde verrijking

Met inachtneming van zijn grondwet en de grondbeginselen van zijn rechtsstelsel, overweegt elke Staat die partij is de wettelijke en andere maatregelen te nemen die nodig kunnen zijn om als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, ongeoorloofde verrijking, waaronder wordt verstaan, een aanzienlijke toename van de activa van een overheidsfunctionaris waarvoor hij of zij in relatie tot zijn of haar rechtmatig inkomen geen redelijke verklaring kan geven.

Artikel 21 Omkoping in de particuliere sector

Elke Staat die partij is, overweegt de wettelijke en andere maatregelen te nemen die nodig kunnen zijn om de volgende handelingen, indien zij opzettelijk zijn gepleegd in het kader van economische, financiële of commerciële activiteiten, strafbaar te stellen:

- a. het, direct of indirect, beloven, aanbieden of geven van elk onverschuldigd voordeel aan een persoon die leiding geeft aan of werkt bij, in welke hoedanigheid dan ook, een entiteit uit de particuliere sector, voor die persoon zelf of voor een andere persoon, opdat hij of zij in strijd met zijn of haar plichten een handeling verricht of nalaat;*
- b. het, direct of indirect, verzoeken om of aanvaarden van elk onverschuldigd voordeel door een persoon die leiding geeft aan of werkt bij, in welke hoedanigheid dan ook, een entiteit uit de particuliere sector, voor die persoon zelf of voor een andere persoon, opdat hij of zij in strijd met zijn of haar plichten een handeling verricht of nalaat*

Artikel 30 Vervolging, berechting en sancties

- 1. Elke Staat die partij is, stelt op het plegen van een overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gesteld feit sancties die rekening houden met de ernst van dat feit.*
- 2. Elke Staat die partij is, neemt de maatregelen die nodig kunnen zijn om, in overeenstemming met zijn rechtsstelsel en grondwettelijke beginselen, een juiste balans te creëren of te handhaven tussen immuniteiten en voorrechten die aan zijn overheidsfunctionarissen zijn toegekend voor de vervulling van hun functies en de mogelijkheid, waar nodig, op doelmatige wijze de in dit Verdrag strafbaar gestelde feiten te onderzoeken, vervolgen en berechten.*

3. *Elke Staat die partij is, tracht te verzekeren dat discretionaire rechterlijke bevoegdheden uit hoofde van zijn nationale recht met betrekking tot de vervolging van personen voor overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten zodanig worden uitgeoefend dat de doeltreffendheid van rechtshandavingsmaatregelen ten aanzien van die strafbare feiten wordt geoptimaliseerd, waarbij zorgvuldig rekening wordt gehouden met de noodzaak het plegen van dergelijke strafbare feiten te ontmoedigen.*
4. *Ten aanzien van de overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten, neemt elke Staat die partij is passende maatregelen overeenkomstig zijn nationale recht en met zorgvuldige inachtneming van de rechten van de verdediging, ter nastreving van het verzekeren dat bij de voorwaarden opgelegd in verband met beslissingen inzake vrijlating in afwachting van het proces of hoger beroep rekening wordt gehouden met de noodzaak tot verzekering van de aanwezigheid van de verdachte tijdens de daarop volgende strafrechtelijke procedures.*
5. *Elke Staat die partij is, houdt rekening met de ernst van de desbetreffende strafbare feiten wanneer hij de mogelijkheid overweegt van vervroegde invrijheidstelling of voorwaardelijke invrijheidstelling van personen die wegens dergelijke strafbare feiten zijn veroordeeld.*
6. *Elke Staat die partij is, overweegt de instelling van procedures, voor zover deze in overeenstemming zijn met de grondbeginselen van zijn rechtsstelsel, waarmee een overheidsfunctionaris die een overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gesteld feit ten laste is gelegd, waar passend, uit zijn of haar ambt kan worden onttrokken, kan worden geschorst of overgeplaatst door de van toepassing zijnde autoriteit, daarbij rekening houdend met het beginsel van onschuldpresumptie.*
7. *In de gevallen waarin de ernst van het strafbare feit zulks rechtvaardigt, en in de mate waarin dit in overeenstemming is met de grondbeginselen van zijn rechtsstelsel, overweegt elke Staat die partij is procedures in te stellen waarmee personen die veroordeeld zijn wegens overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten ingevolge een rechterlijk bevel of elk ander toepasselijk middel, gedurende een tijdvak als bepaald door zijn nationale recht,*
 - a. *worden onttrokken uit een ambt; en*
 - b. *worden onttrokken uit een functie in een onderneming die volledig of gedeeltelijk eigendom is van de Staat.*
8. *Het eerste lid van dit artikel laat de uitoefening door de bevoegde autoriteiten van disciplinaire bevoegdheden tegen ambtenaren onverlet.*

9. *Geen enkele bepaling in dit Verdrag tast het beginsel aan dat de omschrijving van de overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten en van de toepasselijke wettelijke verweermiddelen of andere rechtsbeginselen die de rechtmatigheid van handelingen beheersen, voorbehouden is aan het nationale recht van een Staat die partij is, en dat dergelijke strafbare feiten worden vervolgd en bestraft overeenkomstig dat recht.*
10. *De Staten die partij zijn, spannen zich in de terugkeer in de samenleving van personen die veroordeeld zijn wegens overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten te bevorderen.*

6. INSTROOM OPENBAAR MINISTERIE 328TER SR OVER DE JAREN 1992 TOT EN MET 2014

Wet	Wetsartikel	Instroomperiode Jaar	Aantal Parketnrs
SR	328ter	1992	1
SR	328ter	1993	14
SR	328ter	1994	6
SR	328ter	1995	8
SR	328ter	1996	4
SR	328ter	1997	7
SR	328ter	1998	6
SR	328ter	1999	11
SR	328ter	2000	19
SR	328ter	2001	7
SR	328ter	2002	12
SR	328ter	2003	35
SR	328ter	2004	22
SR	328ter	2005	14
SR	328ter	2006	17
SR	328ter	2007	21
SR	328ter	2008	7
SR	328ter	2009	5
SR	328ter	2010	10
SR	328ter	2011	9
SR	328ter	2012	9
SR	328ter	2013	10
SR	328ter	2014	1

Bron: Coördinerend Adviseur Fact Factory, Openbaar Ministerie, Parket Generaal

7. ZAKEN + AFDOENINGSPROFIEL/UITKOMST OVER DE JAREN 1993 TOT EN MET 2013

Som van Aantal Parketnrs	Wijze van afdoening				Eindtotaal
	Afdoenings- periode Jaar	Dagvaarden	Onvoorwaardelijk sepot	Transactie	
1993	1		1		2
1994	7	1	4		12
1995	5				5
1996	5		1		6
1997	1			1	2
1998	3				3
1999	1	7	1		9
2000	11	2			13
2001	5	8			13
2002	5	3			8
2003	8	6	11		25
2004	6	5	3		14
2005	13	9	8		30
2006	4	3	6		13
2007	7	11			18
2008	10	3			13
2009	11				11
2010	2	3	4		9
2011	8	3			11
2012	8	1	3		12
2013	11	4	2		17
Eindtotaal	132	69	44	1	246

Bron: Coördinerend Adviseur Fact Factory, Openbaar Ministerie, Parket Generaal

8. EINDVONNISSEN OVER DE JAREN 1993 TOT EN MET 2012

Som van Aantal Parkettrus	Afdieningsperiode: jaar																					
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Eindtotaal	
Eindvonnis																						
Daarvaaring nietig											1											1
Openbaar Ministerie niet ontvankelijk							1	3			3											7
Schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel											1											1
Strafoplegging		1	3	5	4	1	1	7	7	4	3	7	14	3	7	5	8	2	2	5		89
Vrijpraak			4	1	1		3						1	1								10
Eindtotaal		1	7	5	5	1	1	13	7	4	8	7	15	4	7	5	8	2	2	5		108

Bron: Coördinerend Adviseur Fact Factory, Openbaar Ministerie, Parket Generaal

9. DUITSLAND

§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr¹⁴⁷³

(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.

10. FRANKRIJK

Article 445-1¹⁴⁷⁴

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

¹⁴⁷³ Strafgesetzbuch 2013 (StGB), laatst bijgewerkt tot 1 oktober 2013, zie bron: <http://www.jusline.de/index.php?cpid=f92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8&lawid=3&paid=299>.

¹⁴⁷⁴ Code pénal (Cp), laatst bijgewerkt tot 13 oktober 2013, zie bron: http://www.legifrance.gouv.fr/af-fichCode.do;jsessionid=D717A6AF491BAE0169D727900A2F1996.tpdjo02v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165387&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20131015.

Article 445-2

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

11. DENEMARKEN

§ 299.¹⁴⁷⁵

Medbøde eller fængsel indtil 4 år straffes den, som ved varetagelse af en andens formueanliggender for sig selv eller andre på pligtstridig måde modtager, fordrer eller lader sig tilsige gave eller anden fordel, såvel som den, der yder, lover eller tilbyder en sådan gave eller anden fordel.

12. MOLDAVIË

Articolul 333. Luarea de mită¹⁴⁷⁶

(1) *Pretinderea, acceptarea sau primirea, personal sau prin mijlocitor, de către un arbitru ales sau numit să soluționeze prin arbitraj un litigiu, de către o persoană care gestionează o organizație comercială, obștească ori o altă organizație nestatală sau de către o persoană care lucrează pentru o astfel de organizație, de către un participant la un eveniment sportiv sau la un eveniment de pariat de bunuri, servicii, privilegii sau avantaje sub orice formă, ce nu i se cuvin, pentru sine sau pentru o altă persoană, sau acceptarea unor oferte ori promisiuni din partea acestora pentru a îndeplini sau nu, pentru a întârzia sau a grăbi îndeplinirea unei acțiuni fiind în exercițiul funcției sale sau contrar acesteia fie în cadrul unui eveniment sportiv sau al unui eveniment de pariat, se pedepsește cu amendă în mărime de la 500 la 1500 unități convenționale sau cu închisoare de pînă la 3 ani, în ambele cazuri cu privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții sau de a exercita o anumită activitate pe un termen de pînă la 5 ani.*

1475 Straffeloven, laatst bijgewerkt tot 7 september 2013, zie bron: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=152827&exp=1> (Criminal Code in Danish).

1476 De voertaal in Moldavië is Roemeens. Codul Penal, laatst bijgewerkt tot 23 augustus 2013, zie bron: <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=331268>.

- (2) *Aceleași acțiuni săvârșite:*
- b) de două sau mai multe persoane;*
 - c) cu extorcarea mitei;*
 - d) în proporții mari se pedepsesc cu amendă în mărime de la 1.000 la 3.000 unități convenționale sau cu închisoare de la 2 la 7 ani, în ambele cazuri cu privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții sau de a exercita o anumită activitate pe un termen de la 2 la 5 ani.*
- (3) *Acțiunile prevăzute la alin.(1) sau (2), săvârșite:*
- a) în proporții deosebit de mari;*
 - b) în interesul unui grup criminal organizat sau al unei organizații criminale, se pedepsesc cu închisoare de la 3 la 10 ani cu privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții sau de a exercita o anumită activitate pe un termen de la 2 la 5 ani.*

Articolul 334. Darea de mită

- (1) *Promisiunea, oferirea sau darea, personal sau prin mijlocitor, unui arbitru ales sau numit să soluționeze prin arbitraj un litigiu, unei persoane care gestionează o organizație comercială, obștească ori o altă organizație nestatală sau unei persoane care lucrează pentru o astfel de organizație, unui participant la un eveniment sportiv sau la un eveniment de pariat de bunuri, servicii, privilegii sau avantaje sub orice formă, ce nu i se cuvin, pentru sine sau pentru o altă persoană, pentru a îndeplini sau nu, pentru a întârzia sau a grăbi îndeplinirea unei acțiuni fiind în exercițiul funcției sale sau contrar acesteia fie în cadrul unui eveniment sportiv sau al unui eveniment de pariat, se pedepsește cu amendă în mărime de la 500 la 1000 unități convenționale sau cu închisoare de pînă la 3 ani..*
- (2) *Aceeași acțiune săvârșită:*
- b) de două sau mai multe persoane;*
 - c) în proporții mari se pedepsește cu amendă în mărime de la 1.000 la 2.000 unități convenționale sau cu închisoare de pînă la 5 ani.*
- (3) *Acțiunile prevăzute la alin.(1) sau (2), săvârșite:*
- a) în proporții deosebit de mari;*
 - b) în interesul unui grup criminal organizat sau al unei organizații criminale, se pedepsesc cu închisoare de la 3 la 7 ani..*
- (4) *Persoana care a dat mită este liberată de răspundere penală dacă mita i-a fost extorcată sau dacă persoana s-a autodenunțat neștiind că organele de urmărire penală sînt la curent cu infracțiunea săvârșită de ea.*

