

Advies Wetsvoorstel inzake implementatie EU-richtlijn 2019/713/EU bestrijding fraude met en vervalsing van niet contante betaalmiddelen

Dit document bevat de alternatieve tekst van het origineel. Dit document is bedoeld voor mensen met een visuele beperking, zoals slechtzienden en blinden.

De minister van Justitie en Veiligheid
Prof. mr. dr. F.B.J. Grapperhaus
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum: 5 februari 2020

Inhoud van de brief

Geachte heer Grapperhaus,

Bij brief van 11 december 2019, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake het Wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn 2019/713/EU van het Europees parlement en de Raad over bestrijding van fraude met en vervalsing van niet contante betaalmiddelen en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/413/JBZ van de Raad (PbEU L 123/18) (het 'Wetsvoorstel').

HET WETSVOORSTEL

Het Wetsvoorstel strekt tot implementatie van de Richtlijn 2019/713/EU van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2019 over bestrijding van fraude met en vervalsing van niet contante betaalmiddelen en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/413/JBZ van de Raad (PbEU L 123/18) (hierna: de Richtlijn).

De strafbaarstelling van het vervalsen van betaalpassen (art. 232 Wetboek van Strafrecht) wordt, ter implementatie van de Richtlijn, met het Wetsvoorstel uitgebreid naar alle betaalinstrumenten. Hiermee wordt ook het vervalsen, gebruiken van en het vervaardigen en aanschaffen van elektronische betaalinstrumenten een zelfstandig strafbaar feit. Daarnaast wordt, ter implementatie van artikel 9, vierde lid, van de Richtlijn, het strafmaximum van de artikelen 138b, 138c 350a en 350d Wetboek van Strafrecht verhoogd.

In dit Wetsvoorstel wordt tevens een technische omissie in artikel 248, derde lid, Wetboek van Strafrecht hersteld, ontstaan bij de omzetting van de richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU L 335).

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

ADVIES

1. Artikel 80septies Wetboek van Strafrecht

1.1 Artikel 80septies eerste lid Sr "een beveiligd voorwerp"

Het voorgestelde nieuwe artikel 80septies Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) definieert het begrip betaalinstrument en behelst de implementatie van artikel 2, onder a en C, van de Richtlijn. Waar de Richtlijn spreekt over 'een immaterieel of materieel, beveiligd apparaat of voorwerp of een immateriële of materiële, beveiligde registratie, of een combinatie daarvan', beperkt artikel 80septies lid 1 Sr zich tot 'een beveiligd voorwerp'. Dat lijkt aanmerkelijk beperkter, terwijl een toelichting op dit verschil ontbreekt.

In dit verband wordt verwezen naar de toelichting op het Wetsvoorstel. Daarin wordt ingegaan op het verschil tussen het eerdere kaderbesluit en de Richtlijn. In dat kader wordt ten aanzien van elektronische betaalinstrumenten opgemerkt (p. 2 en 3):

"Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, zijn er in de afgelopen jaren nieuwe betaaltechnologieën ontstaan. Het gaat daarbij ook om betaaltechnologieën waarbij geen gebruik hoeft te worden gemaakt van een fysiek betaalinstrument. In de richtlijn wordt de definitie van "betaalinstrument" tegen deze achtergrond ten opzichte van het kaderbesluit dan ook uitgebreid naar niet-materiële betaalinstrumenten (hierna: elektronische betaalinstrumenten) (artikel 2, onder a. van de richtlijn). Hierbij kan worden gedacht aan gegevens – bijvoorbeeld gebruikersnamen, wachtwoorden en pincodes – applicaties op een mobiele telefoon waarmee geld kan worden overgemaakt en internetsites die gebruikt kunnen worden om een betaling te verrichten."

Voorts wordt in de memorie van toelichting (p. 3) nader ingegaan op de wijze waarop hetgeen hiervoor is opgemerkt wordt omgezet in het artikel 80septies Sr:

"Artikel 2 van de richtlijn bevat de definities van enkele in de richtlijn voorkomende begrippen. De richtlijn verplicht er niet toe om de definities (al dan niet letterlijk) over te nemen in de nationale wetgeving. In onderdeel a. van artikel 2 van de richtlijn is de definitie van "niet-contant betaalinstrument" opgenomen. Kort gezegd is een niet-contant betaalinstrument een voorwerp – niet zijnde munten of bankbiljetten – of gegeven

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

waarmee betalingen kunnen worden verricht. Anders dan de definitie van "betaalinstrument" zoals die was opgenomen artikel 1, onderdeel a. van het kaderbesluit, is deze definitie niet langer beperkt tot fysieke betaalinstrumenten. Ook elektronische betaalinstrumenten vallen onder de definitie van "niet-contant betaalinstrument" in de richtlijn. Zie hierover nader paragraaf 2 van deze memorie."

Het voorgestelde nieuwe artikel 80septies Sr spreekt echter uitsluitend over 'een voorwerp'. Gelet daarop en op de (met dit voorstel ongewijzigde) definitiebepaling van het begrip 'gegevens' in artikel 80quinquies Sr, alsmede de rechtspraak van de Hoge Raad daaromtrent², lijkt deze beperking tot gevolg te hebben dat een betaalapplicatie als zodanig juist niet als betaalinstrument kan worden aangemerkt, terwijl dat blijkens de hiervoor aangehaalde passages wel de bedoeling is.³ Een betaalapplicatie heeft geen stoffelijke connotatie en vormt een samenstel van gegevens. Ook het voorgestelde tweede lid van artikel 80septies Sr ondervangt deze omissie niet, aangezien de uitbreiding die daar wordt voorgesteld slechts ziet op virtuele valuta.⁴ Daarom beveelt de Raad aan om de formulering in artikel 80septies Sr dusdanig aan te passen dat het artikel in overeenstemming is met Richtlijn.

1.2 Artikel 80septies eerste lid Sr

Daarnaast wordt opgemerkt dat de formulering van artikel 80septies, eerste lid, Sr, inhoudende: "een beveiligd voorwerp, niet zijnde muntspeciën, of munt- of bankbiljetten, of identificerende persoonsgegevens, bestemd voor (...)", aanleiding kan geven tot interpretatievragen. Is het tekstdeel vanaf "of munt- of bankbiljetten (...)" nevenschikkend aan "beveiligd voorwerp, niet zijnde muntspeciën" of betreft het juist alle uitgezonderde categorieën? Dat laatste lijkt bedoeld te zijn, gelet op de geplaatste komma na "identificerende persoonsgegevens". De Raad beveelt aan om een verbeterde zinsconstructie toe te passen, die aan duidelijkheid niets te wensen overlaat.

1.3 Artikel 80septies eerste lid Sr "bestemd voor"

De Raad merkt op dat in artikel 2, onder a, van de Richtlijn (vierde regel) de woorden "kan overmaken" worden gebruikt, terwijl artikel 80septies, eerste lid, Sr spreekt over "bestemd voor". De strafrechtelijke praktijk leert dat het in het algemeen lastiger is te bewijzen dat een betaalinstrument ergens voor bestemd is dan dat het ergens voor geschikt is. Bij de nu algemeen in zwang zijnde betaalmiddelen is dat doorgaans geen probleem, maar gezien de zeer ruime begripsomschrijving, de snelle technische ontwikkelingen en het innovatieve vermogen van het criminele milieu moet ermee rekening worden gehouden dat de rechtspraak geconfronteerd zal worden met nu nog niet te voorziene instrumenten ten behoeve van het betalingsverkeer. Nu de Richtlijn geen strenger criterium verlangt dan dat een instrument geschikt is voor gebruik in het

² Hoge Raad 3 december 1996, NJ 1997, 574, ECLI:NL:HR:1996:ZD0584

³ Zie ook het nieuwsbericht op de website Rijksoverheid.nl van 11 december 2019, getiteld 'Hogere straf voor fraude met nieuwe betaalmethoden'.

⁴ Na inwerkingtreding van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme, zal artikel 1 van die wet de virtuele valuta wordt gedefinieerd als: een digitale weergave van waarde die niet door een centrale bank of een overheid wordt uitgegeven of gegarandeerd, die niet noodzakelijk aan een wettelijk vastgestelde valuta is gekoppeld en die niet de juridische status van valuta of geld heeft, maar die door natuurlijke personen of rechtspersonen als ruilmiddel wordt aanvaard en die elektronisch kan worden overgedragen, opgeslagen en verhandeld (zie Kamerstukken I 2019–2020, 35245, nr. A).

betalingenverkeer (wat doorgaans uit het bewezenverklarde zelf zal voortvloeien), wordt door de Raad ontraden om het criterium "bestemd voor" op te nemen. In dit kader valt overigens op dat in het tweede lid van dit artikel het bestemmingscriterium niet wordt gebruikt.

1.4 Artikel 80 septies, tweede lid Sr

In artikel 80septies, tweede lid, Sr – dat kennelijk voortvloeit uit artikel 2, onder a juncto C, van de Richtlijn – wordt het begrip "instrument" gebruikt, terwijl het hier toch ook gaat om een beveiligd voorwerp zoals genoemd in artikel 2, sub a, van de Richtlijn. De Raad adviseert om in plaats van de toevoeging van een tweede lid aan artikel 80septies Sr te kiezen voor toevoeging aan het eerste lid van dat artikel van de woorden: "(...), waaronder begrepen betaling door middel van virtuele valuta."

1.5 Artikel 80septies Sr volgorde ten opzichte van artikel 80octies Sr

Daarnaast acht de Raad het logischer om artikel 80octies Sr (dat virtuele valuta definieert) en artikel 80septies Sr qua volgorde om te draaien, nu artikel 80septies Sr het begrip reeds bezigt, terwijl het in artikel 80octies Sr wordt gedefinieerd.

2. Rechtsmacht

De Richtlijn verplicht de lidstaten tot het vaststellen van rechtsmacht ten aanzien van strafbare feiten die op hun grondgebied zijn gepleegd, evenals ten aanzien van strafbare feiten die door hun onderdanen zijn gepleegd.⁵

De in artikel 12, eerste lid, van de Richtlijn genoemde onderdelen a en b lijken taalkundig gescheiden te zijn, gezien de formulering: 'indien een of meer van de volgende situaties van toepassing zijn'. De toelichting lijkt daar ook van uit te gaan.

Ten aanzien van onderdeel a en het tweede lid wordt in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel (p. 9) aangegeven dat artikel 2 Sr reeds voorziet in de mogelijkheden tot het uitoefenen van rechtsmacht ten aanzien van de in de Richtlijn genoemde strafbare feiten. Er wordt in dat verband verduidelijkt dat artikel 2 Sr de Nederlandse strafwet van toepassing verklaart op eenieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt, waarvan sprake is indien het strafbare feit fysiek in Nederland wordt gepleegd. In de toelichting mist de Raad een nadere beschouwing over het bepaalde in artikel 12, eerste lid, onder b, van de Richtlijn. De Raad beveelt aan hierin alsnog te voorzien.

De hiervoor benoemde korte passage in de memorie van toelichting over onderdeel a laat een aantal onduidelijkheden bestaan. In artikel 12 van de Richtlijn is – voor zover relevant – opgenomen:

1. Elke lidstaat neemt de nodige maatregelen ter vaststelling van zijn rechtsmacht ten aanzien van de in de artikelen 3 tot en met 8 bedoelde strafbare feiten indien een of meer van de volgende situaties van toepassing zijn:
 - a) het strafbaar feit is geheel of gedeeltelijk op zijn grondgebied gepleegd, [...]
2. Voor de toepassing van lid 1, onder a), wordt een strafbaar feit geacht geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van een lidstaat te zijn gepleegd wanneer de

⁵ Artikel 12, eerste lid, van de Richtlijn; zie ook overweging 20 behorend bij de Richtlijn.

dader het strafbaar feit pleegt terwijl hij zich fysiek op dat grondgebied bevindt, ongeacht of het strafbaar feit wordt gepleegd met behulp van een informatiesysteem op dat grondgebied.

Het tweede lid van artikel 12 geeft een wettelijke fictie waardoor de daarin omschreven situatie per definitie onder het eerste lid, onder a, valt. Taalkundig wordt het daartoe echter niet beperkt. Ook in gevallen waarin een pleger van het strafbare feit niet fysiek in Nederland aanwezig is, kan het strafbare feit genoemd in de richtlijn gedeeltelijk zijn gepleegd op het grondgebied van Nederland. De Richtlijn laat zich daar niet specifiek over uit, behoudens de in overweging 20 gegeven situatie dat de in de Richtlijn omschreven strafbare feiten schade veroorzaken op het grondgebied van de lidstaat. In die situatie geeft de Richtlijn de lidstaten geen verplichting voor de vaststelling van rechtsmacht, maar moedigt zij hen sterk aan de rechtsmacht te vestigen. De toelichting geeft geen nadere verduidelijking over de vraag of alleen in de in artikel 12, tweede lid, van de Richtlijn gegeven situatie sprake is van een geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de lidstaat gepleegd strafbaar feit. Met andere woorden, het is de vraag of artikel 2 Sr de ruime omschrijving van artikel 12, eerste lid, onderdeel a, van de Richtlijn afdoende dekt. De Raad vraagt hiervoor uw aandacht en verzoekt u om verduidelijking.

WERKLAST

Het Wetsvoorstel leidt naar inschatting van de Raad niet tot substantiële gevolgen voor de werklust of organisatie van de Rechtspraak.

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal bezwaren. De Raad voor de rechtspraak vraagt u daarom het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken en aan te passen.

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklustgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

Henk Naves
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE: WETSTECHNISCH EN REDACTIONEEL COMMENTAAR

- In de toelichting, paragraaf 3 'Hoofdlijnen wetsvoorstel', wordt aangekondigd dat, naast de verhoging van het strafmaximum ten aanzien van de artikelen 138b en 138c Sr, het strafmaximum van de artikelen 350a en 350d Sr wordt verhoogd. Als het om artikel 350d Sr gaat, wordt die aankondiging niet uitgewerkt. Dat zou overigens ook niet nodig zijn, omdat het bestaande strafmaximum van twee jaar in dat artikel reeds in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 9, derde lid, juncto artikel 4, onder c,. van de Richtlijn.
- Op pagina 8 van de memorie van toelichting wordt overwogen: "Ter implementatie van dit artikellid wordt het strafmaximum van artikel 138c dan ook verhoogd van één naar twee jaar wanneer dit feit wordt gepleegd met het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling (artikel I, onder B, van het wetsvoorstel)". Dit is echter niet in Artikel I, onderdeel B, maar in Artikel I, onderdeel C, neergelegd.
- Op pagina 10 van de memorie van toelichting wordt overwogen: "Verder hebben de vier grote banken (ING, ABN/AMRO, Rabobank, Volksbank en ICS cards) onder de vlag van de Electric Crime Task Force (ECTF) een convenant met de politie ondertekend (...)". In het citaat staan tussen de eerste haakjes geen vier maar vijf organisaties genoemd. Voorts staat, voor zover in openbare bronnen valt na te gaan, ECTF voor Electronic Crimes Task Force.
- De nummering van de paragrafen loopt niet juist door. Paragraaf '3. Hoofdlijnen wetsvoorstel' wordt gevolgd door paragraaf '3. Inhoud richtlijn en wijze van implementatie'.