

Minister van Veiligheid en Justitie  
T.a.v. de heer mr. I.W. Opstelten  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

Door Reg. DSC kopie gezonden

aan

DW

Ministerie van Justitie  
DBOB/DIV/OAB/AL-OD

Dossier

Datum - 4 APR. 2011

Nummer

Ambt

Den Haag, 1 april 2011

Doorkiesnummer:

Faxnummer:

E-mail:

atenorde.nl

Betreft: concept-wetsvoorstel partiële wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten

Zeer geachte heer Opstelten,

Bij brief van 17 januari jl. heeft u de Nederlandse Orde van Advocaten verzocht te adviseren over bovengenoemd conceptwetsvoorstel.

De Algemene Raad heeft het conceptwetsvoorstel voorgelegd aan zijn Adviescommissie Strafrecht die bijgaand advies heeft uitgebracht. De Algemene Raad sluit zich aan bij de overwegingen van de Adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere voorbereiding van het wetsvoorstel te betrekken.

Met de meeste hoogachting,  
namens de Algemene Raad,

algemeen secretaris

Bijlage

Bezoekadres  
Neuhuyskade 94  
2596 XM Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35  
Fax 070 - 335 35 31

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

Preadvies  
van de  
Adviescommissie Strafrecht  
inzake

Het concept wetsvoorstel partiële wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van  
Strafvordering en enkele andere wetten

Het onderhavige wetsvoorstel bevat een aantal technische en redactionele wijzigingen van bestaande regelgeving. Daarnaast worden in dit wetsvoorstel twee nieuwe strafbaarstellingen voorgesteld. Het gaat in de eerste plaats om strafbaarstelling van het oproepen tot een bank run. In de tweede plaats beoogt dit wetsvoorstel de invoering van een expliciete strafbaarstelling van de gevaarzetting en het hinderen van het luchtverkeer.

Het onderhavige advies van de Adviescommissie Strafrecht (hierna: Adviescommissie) beperkt zich tot de voorgenomen strafbaarstelling van het oproepen tot een bank run.

**De voorgestelde delictsomschrijving**

Het voorgestelde artikel 344a (nieuw) Sr luidt als volgt:

*"Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift, aanzet tot het verrichten van handelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat ten gevolge of naar aanleiding van die handelingen het faillissement van een bank te duchten is, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vierde categorie."*

Volgens de Memorie van Toelichting strekt dit onderdeel tot invoering van een strafbaarstelling van het oproepen tot het massaal bij een bank opvragen van eigen tegoeden (de zogenaamde 'bank run'). Dit voorstel hangt samen met de aanbevelingen uit het rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank d.d. 23 juni 2010 (hierna: de Commissie Scheltema) over de gebeurtenissen rond de DSB bank in het najaar van 2009.

Over de mogelijke strafbaarstelling van het oproepen tot een bank run heeft de Commissie Scheltema in haar rapport de volgende aanbeveling gedaan:

*"Van verschillende zijden is de vraag opgeworpen in hoeverre Lakeman met zijn oproep tot een bank run op 1 oktober 2009 strafbaar heeft gehandeld. Juristen hebben opgemerkt dat de oproep wellicht zou kwalificeren als het opzettelijk door valse alarmkretten of signalen de rust verstoren (artikel 142 Sr) of smaad (artikel 261 Sr). De Commissie heeft dienaangaande geen oordeel. De Commissie heeft zich wel afgevraagd in hoeverre het duidelijk oproepen tot een bank run afzonderlijk strafbaar zou moeten worden gesteld. Zij onderkent dat de formulering van een deugdelijke delictsomschrijving uitermate moeilijk zal zijn. Bovendien kan ook zonder een uitdrukkelijke oproep een boodschap met betrekking tot een bank worden overgebracht die evenzeer desastreuze gevolgen heeft. Een formeel verbod zal dus in belangrijke mate een symbolisch karakter hebben. Voor de Commissie staat niettemin buiten twijfel dat het oproepen tot een bank run niet toelaatbaar moet worden geacht. Om die reden beveelt zij aan de mogelijkheden van strafbaarstelling nader te onderzoeken."*<sup>1</sup>

Het wekt in het licht van deze bewoordingen verbazing dat aan de introductie van de strafbaarstelling in de Memorie van Toelichting slechts 1 pagina wordt gewijd. De gekozen formulering van de

<sup>1</sup>

Rapport van de Commissie Onderzoek DSB Bank, 23 juli 2010, p. 274.

voorgestelde delictsomschrijving wordt in de Memorie van Toelichting in het geheel niet toegelicht. Dit is opmerkelijk, nu de voorgestelde delictsomschrijving zeer ruim is geformuleerd en een breder toepassingsbereik heeft dan het enkele oproepen tot een bank run.

### **Strafbaarstelling niet gewenst**

Alvorens de Adviescommissie hier nader op ingaat, plaatst zij een aantal kanttekeningen bij de wenselijkheid het oproepen tot een bank run strafbaar te stellen, mede gelet op het door de Commissie Scheltema gesignaleerde symbolische karakter hiervan.

Ter rechtvaardiging van de strafbaarstelling wordt in de Memorie van Toelichting gewezen op het feit dat banken een cruciale rol spelen in onze samenleving, zowel in het betalingsverkeer als ook in de financiering van investeringen door het bedrijfsleven en particulieren. Een bank is geen gewone onderneming en kan alleen functioneren indien er vertrouwen bestaat in haar soliditeit, aldus de Memorie van Toelichting. Als een autoriteit in de financiële wereld een handeling verricht waardoor het vertrouwen bij een groep klanten van een bank zodanig wordt geschaad dat zij massaal eigen tegoeden bij die bank opvragen, dan is het faillissement van een bank te duchten.

Het feit dat een oproep tot een bank run niet toelaatbaar wordt geacht, betekent naar het oordeel van de Adviescommissie echter niet zonder meer dat zulk oproepen strafbaar zou moeten worden gesteld. In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat deze strafbaarstelling wordt voorgesteld in verband met de aanpassing van de Nederlandse strafwetgeving aan *'recente ontwikkelingen in de maatschappij en de rechtspraak'*. Die ontwikkeling dient voor wat betreft de bank run wel gerelativeerd worden. In Nederland heeft zich tot op heden slechts 1 bank run voorgedaan, en dat was de run op de DSB na de oproep daartoe door Lakeman. Naar het oordeel van de Adviescommissie gaat het te ver om op basis van 1 (succesvolle) oproep tot een bank run een strafbaarstelling te introduceren. Weliswaar is de soliditeit van banken sinds de kredietcrisis in een geheel ander daglicht komen te staan, maar de oorzaken daarvan liggen met name bij de banken zelf, en rechtvaardigen in zoverre dan ook niet een strafbaarstelling van het oproepen tot een bank run.

Bovendien kan het oproepen tot een bank run ook (nu al) op andere en meer efficiëntere wijze worden aangepakt, te weten via het civiele recht (actie uit onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW).

In een bijdrage in het tijdschrift *Verkeersrecht*<sup>2</sup> concludeert Frenk in navolging van de Minister van Veiligheid en Justitie<sup>3</sup> dat het aansprakelijkheidsrecht goede mogelijkheden biedt de schade die ontstaat wanneer iemand oproept tot een bank run, te verhalen op degene die deze oproep heeft gedaan. Belangrijk duidt hij de preventieve werking c.q. handhavende functie van het aansprakelijkheidsrecht in dit verband: indien de schade wordt verhaald, zal dat immers al spoedig leiden tot de financiële ondergang van degene die deze oproep heeft gedaan. Dat is een belangrijke aansporing om van een oproep tot een bank run af te zien. Frenk stelt vast dat deze preventieve of afschrikwekkende werking van het aansprakelijkheidsrecht hier naar alle waarschijnlijkheid niet onder doet voor die van het strafrecht.

Juist Lakemans uitspraken over de DSB laten zien hoe een genuanceerde privaatrechtelijke benadering verre de voorkeur verdient boven strafrechtelijke symbool-wetgeving. Voor zover nodig zal sanctionering via het civiele aansprakelijkheidsrecht zowel preventief als repressief voldoende effectief moeten zijn. Gelet op het ultimatum remedium karakter van het strafrecht, is voor strafbaarstelling dan ook geen plaats.

Daar komt bij dat een belangrijke vraag die in het kader van de voorgestelde strafbaarstelling zal moeten worden beantwoord, die naar het causale verband is tussen het oproepen tot een bank run en

<sup>2</sup> N. Frenk, "Aansprakelijkheid voor de oproep tot een 'bank run'", in: *VerkeersRecht* 2011, nummer 1.

<sup>3</sup> TK 20110-2011, 32 432, nr. 12.

het strafbaar gestelde gevolg: het (te duchten) faillissement. De in dat kader te verwachten verweren kunnen niet los gezien worden van de civiele context. Het komt de Adviescommissie voor dat de civiele rechter over het algemeen beter is geëquipeerd dan de strafrechter om de vraag naar het causale verband te beantwoorden. In dat verband moet immers vastgesteld worden of de oproep tot een bank run de (enige) oorzaak van het (te duchten) faillissement is (geweest). De praktijk zal daarbij verschillende situaties kunnen laten zien, variërend van de situatie dat zonder oproep de bank niet failliet zou zijn gegaan, niet zeker is of de bank zonder oproep failliet zou zijn gegaan, de bank in combinatie met andere factoren of gebeurtenissen (zoals bijvoorbeeld een kredietcrisis) failliet is gegaan, tot de situatie dat de bank ook zonder de oproep failliet zou zijn gegaan, maar op een later tijdstip. Het is naar de opvatting van de Adviescommissie zeer de vraag of de in dit verband te verwachten juridisch en feitelijk ingewikkelde discussies zich er voor lenen om ten overstaan van de strafrechter gevoerd te worden. Zelfs de Commissie Scheltema, die langdurig onderzoek heeft gedaan naar (de oorzaken van) de ondergang van de DSB Bank, komt in haar rapport niet verder dan de conclusie dat zonder de oproep van Lakeman en zonder de kredietcrisis een voortbestaan van DSB Bank 'wellicht mogelijk was geweest'.<sup>4</sup>

De Adviescommissie is concluderend dan ook van oordeel dat het om de redenen genoemd niet opportuun is deze strafbaarstelling te introduceren, en raadt die strafbaarstelling af.

Over de voorgestelde delictsomschrijving merkt de Adviescommissie het volgende op.

#### **Te ruime en voor veel interpretatie vatbare delictsomschrijving**

##### *Strafbaarstelling moet worden beperkt tot het oproepen tot een bank run*

Hoewel in de Memorie van Toelichting tot uitdrukking lijkt te komen dat het (slechts) de bedoeling is het oproepen tot een specifieke handeling, te weten een bank run, strafbaar te stellen, is de delictsomschrijving daartoe niet beperkt; voorgesteld wordt immers strafbaar te stellen 'het aanzetten tot het verrichten van handelingen' ten gevolge of naar aanleiding waarvan [ ] het faillissement van een bank te duchten is. Welke mogelijke andere handelingen dan het oproepen tot een bank run onder de delictsomschrijving zouden kwalificeren wordt in de Memorie van Toelichting niet uitgewerkt. Het komt de Adviescommissie voor dat als er al een strafbaarstelling geïntroduceerd zou moeten worden, de delictsomschrijving nadrukkelijk beperkt zou moeten worden tot de specifieke handeling die bestaat uit de oproep tot het massaal bij een bank opvragen van eigen tegoeden. Volgens de Memorie van Toelichting is dat immers de handeling die tot een voor de financiële positie van de bank onbeheersbare situatie en dus tot de ondergang van een bank kan leiden, en waartegen banken bescherming zouden behoeven. De rechtvaardiging voor de thans voorgestelde, ruimere formulering ontbreekt en zal in de praktijk tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid leiden. Zo is voorstelbaar dat iemand een publieke uitslating doet over een bank die ook zonder een uitdrukkelijke oproep desastreuze gevolgen heeft. Naar het oordeel van de Adviescommissie zou die situatie niet onder het bereik van de strafbaarstelling moeten vallen, maar zij is er niet gerust op dat de wetgever daar ook zo over denkt. Een aanwijzing voor het tegendeel - naast de ruime delictsomschrijving - lijkt te vinden in de Memorie van Toelichting, waar wordt gesteld dat als een autoriteit in de financiële wereld een handeling verricht waardoor het vertrouwen bij een groep klanten van een bank zodanig wordt geschaad dat zij massaal eigen tegoeden bij die bank opvragen, het faillissement van een bank dan te duchten is. Een andere aanwijzing in die richting is de opmerking in de Memorie van Toelichting dat 'het doen van publieke uitslatingen die tot een ondergang van de bank kunnen leiden, uiterst laakbaar en dus strafbaar is.' Welke andere uitslatingen dan het oproepen tot een bank run zouden kunnen kwalificeren onder de delictsomschrijving, kan uit de Memorie van Toelichting ondertussen niet worden opgemaakt. Valt een (op zich) geoorloofde oproep tot een consumentenboycot hier bijvoorbeeld onder? En wat te denken van een oproep aan een ieder die verontwaardigd is over de

gang van zaken bij die banken die met staatssteun overeind zijn gehouden en toch nog exorbitante bonussen verstekken, om geen zaken meer te doen met deze banken? En kunnen analisten zich na de invoering van de onderhavige strafbaarstelling nog vrij voelen zich kritisch uit te laten over het (wan)beleid of de resultaten van een bank en een verkoopadvies te geven?

#### *Ontbreken van een rechtvaardigingsgrond*

In de Memorie van Toelichting wordt een vergelijking gemaakt met de strafbaarheid van degenen die (openlijk) informatie verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van de vraag naar, of de koers van, financiële instrumenten. Die vergelijking gaat naar het oordeel van de Adviescommissie op een belangrijk onderdeel mank: de in het wetsvoorstel strafbaar gestelde publieke 'handeling' of 'uitlating' hoeft immers niet onjuist of misleidend te zijn. Ook hier wreekt zich de veel te ruime delictsomschrijving, die geen enkele afweging toelaat tussen het belang dat mogelijk is gediend met die uitlating en de (te verwachten schadelijke) gevolgen. Dat is wellicht nog te billijken in de situatie dat wordt opgeroepen tot een bank run met als (enkel) doel het bewerkstelligen van een faillissement. Een zwaarwegend belang dat die oproep rechtvaardigt valt in die situatie wellicht moeilijk te bedenken. Maar dat kan uiteraard anders liggen in de andere genoemde gevallen, waarvan het gelet op de ruime delictsomschrijving bepaald niet is uit te sluiten dat ook dergelijke handelingen onder het bereik van de strafbaarstelling vallen.

Een ander punt is dat in de Memorie van Toelichting het "ontoelaatbare" karakter gegeven zou zijn van een oproep tot een bank run, dan wel het openbaar uiten van een ernstige kritiek op het beleid en/of de gezondheid van een bank die redelijkerwijs – al dan niet via een bank run – tot een (te duchten) faillissement van een bank kan leiden. Tegelijk blijft evenwel onbesproken dat sommige, zo niet de meeste, oproepen tot een bank run zullen kunnen vallen onder de vrijheid van meningsuiting. Dit betekent dat een eventuele oproep onder de bescherming van artikel 10 EVRM valt. De ruime strafbaarstelling roept in het bijzonder de vraag op of het verenigbaar is met het in artikel 10 EVRM geformuleerde vereiste van 'prescribed by law'. Dit vereiste impliceert dat een wet, zoals één die in dit geval de vrijheid van meningsuiting beperkt, zodanig is geformuleerd dat een individu 'can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable'<sup>5</sup> en dat de persoon die het betreft 'must (...) be able to foresee its consequences for him'<sup>6</sup> Nu de Memorie van Toelichting (de 'wording of the relevant provision') zo vaag en summier is, beperkt de voorgestelde bepaling de vrijheid van meningsuiting op ontoelaatbare wijze.

Indien de voorgestelde ruime delictsomschrijving tot wet verheven zou worden, dan verdient het naar het oordeel van de Adviescommissie ten minste aanbeveling om een vergelijkbare bijzondere rechtvaardigingsgrond toe te voegen aan het voorgestelde artikel 344a Sr als die is opgenomen in artikel 261 lid 3 Sr.

#### *Normadressaat*

De norm van artikel 344a Sr richt zich tot een ieder ("hij die..."). Het delictsbestanddeel "weet of redelijkerwijs moet vermoeden" brengt naar mag worden aangenomen daarin wel enige beperking aan. In de Memorie van Toelichting wordt in dit verband ook gerefereerd aan "een autoriteit in de financiële wereld". De vraag die in dit verband dus beantwoord moet worden is of degene die de gewraakte publieke uitlating doet, op de hoogte is of behoort te zijn van het feit dat zijn uitlating

---

<sup>5</sup> Kokkinakis (EHRM 25 mei 1993, Publ. ECHR series A. vol. 260-A.

<sup>6</sup> Herczegfalvy vs Oostenrijk, EHRM 24 september 1999, Appl.no: 10533/83.

bepaalde gevolgen (lees: het faillissement van een bank) in het leven kan roepen. In feite: dat hij voldoende autoriteit bezit om een dergelijk gevolg te kunnen bewerkstelligen. Uit de brief d.d. 23 december 2010 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer lijkt te volgen dat dit bestanddeel in hoge mate geobjectiveerd is; verwezen wordt naar de maatschappelijke rol die iemand vervult en de kennis, capaciteiten en vaardigheden waarover hij geacht wordt te beschikken: "*Het maakt verschil of de oproep gedaan wordt door een persoon die goed thuis is in de financiële wereld of door bijvoorbeeld een cliënt van de bank die in een emotionele bui tot een bank run oproept.*" De uiterste voorbeelden laten zich wel denken, maar de Adviescommissie vreest voor een groot grijs gebied bij de interpretatie van dit delictsbestanddeel. En: hoewel de wetgever ervan uit lijkt te gaan dat de norm zich richt tot een autoriteit in de financiële wereld, dwingt de delictsomschrijving niet tot deze (beperkte) uitleg. Om dit met een voorbeeld te illustreren: wat als Pauw en Witteman oproepen tot een bank run? Deze journalisten vervullen onmiskenbaar een maatschappelijke rol, maar bezitten geen specifieke financiële deskundigheid. De kans dat rekeninghouders aan hun oproep gehoor geven, is gelet op hun autoriteit echter niet ondenkbeeldig. Het verdient aanbeveling dat de wetgever zich nader uitlaat over de kring van personen die mogelijk onder het bereik van deze strafbaarstelling kunnen vallen.

#### *Causaal verband*

Over het causale verband en de civielrechtelijke discussies die in dit verband te verwachten zijn, is in het bovenstaande al het nodige gezegd. Ook hier valt de ruime formulering van het delictsbestanddeel op. Niet alleen is strafbaar het aanzetten tot handelingen waarvan men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat *ten gevolge daarvan* het faillissement te duchten is, maar ook het aanzetten tot handelingen waarvan men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat *naar aanleiding daarvan* het faillissement te duchten is.

Naar het oordeel van de Adviescommissie introduceert de formulering 'naar aanleiding van' een te ruime aansprakelijkheid voor degene die oproept tot een bank run, omdat hierin besloten ligt dat hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden ook in de situatie dat het faillissement in grote mate het gevolg is geweest van andere, buiten zijn invloedssfeer gelegen oorzaken. De Adviescommissie sluit niet uit dat de wetgever voor deze formulering heeft gekozen juist om discussies over het onduidelijke of meervoudig causale verband te voorkomen, maar meent dat met de thans voorliggende formulering de strafrechtelijke aansprakelijkheid te ver wordt opgerekt.

#### *Te duchten*

Het ruime toepassingsbereik wordt ten slotte onderstreept door de strafbaarstelling van het oproepen tot een bankrun te formuleren als gevaarzettingsdelict, waarin besloten ligt dat het beschermde belang op zich zelf niet behoeft te worden aangetast om een strafbaar feit te kunnen aannemen.

#### **Conclusie**

De Commissie Scheltema heeft de aanbeveling gedaan de mogelijkheden van strafbaarstelling van de oproep tot een bank run te onderzoeken. Daar waar de Commissie Scheltema zich er rekenschap van heeft gegeven dat de formulering van een deugdelijke delictsomschrijving uitermate moeilijk zal zijn, heeft de wetgever er geen enkele blijk van gegeven hiermee geworsteld te hebben. Integendeel. Elke begrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid ontbreekt in de thans voorliggende delictsomschrijving. De wetgever heeft, zonder nadere toelichting en in afwijking van de aanbeveling van de Commissie Scheltema, een bredere strafbaarstelling geïntroduceerd, waarvan de rechtvaardiging de Adviescommissie niet is gebleken.

Concluderend raadt de Adviescommissie om de aangegeven redenen in de eerste plaats de strafbaarstelling van het oproepen tot een bank run af. Subsidiair meent de Adviescommissie dat een eventuele strafbaarstelling beperkt dient te blijven tot het oproepen tot een bank run, waartoe de aanbeveling van de Commissie Scheltema ook strekt.

Amsterdam, 28 maart 2011

Adviescommissie Strafrecht,