

ANNOTATIE

## **Reikwijdte uitzondering voor het witwassen van uit eigen misdrijf verkregen voorwerpen.**

*prof. mr. J.S. Nan*

*Annotatie bij Hoge Raad, 22-04-2014, ECLI:NL:HR:2014:956 (SR-2014-0196)*

1. De delictomschrijving van witwassen is op zijn zachtst gezegd ietwat ruim. Een witwasser is volgens artikel 420bis Sr (zie ook artikel 420ter Sr, gewoontewitwassen, en artikel 420quater Sr, schuldwitwassen):

‘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.’

De ruime strafrechtelijke aansprakelijkheid komt met name voort uit het feit dat onder witwassen wordt verstaan het voorhanden hebben van een voorwerp (alle zaken en alle vermogensrechten, zie artikel 420bis lid 2 Sr), terwijl men weet dat het voorwerp van misdrijf afkomstig is. Ook het voorhanden hebben van een voorwerp dat men heeft verkregen door een eigen misdrijf, levert naar de uitdrukkelijke wens van de (internationale) wetgever witwassen op. De regel dat men een uit eigen misdrijf verkregen goed niet kan helen (zie HR 7 februari 1978, *NJ* 1978/661), is bij witwassen niet van toepassing.

2. Dit kan tot onredelijke uitkomsten leiden. De fietsendief bijvoorbeeld, heeft met het

wegrijden op de zojuist gestolen fiets, die fiets voorhanden terwijl hij weet dat deze van misdrijf afkomstig is en lijkt dan aan het witwassen (dit is een veelgebruikt voorbeeld, ook in de wetsgeschiedenis). Daarom heeft de Hoge Raad stapsgewijs een kwalificatieuitzondering geformuleerd voor zowel het verwerven als het voorhanden hebben van een voorwerp dat men zelf door een misdrijf heeft verkregen en waarbij nog geen ‘echte’ witwashandeling is verricht. De uitzondering is als volgt door de Hoge Raad verwoord: ‘Er moet in dergelijke gevallen dus sprake zijn van een gedraging die meer omvat dan het enkele voorhanden hebben [of verwerven; JSN] en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Ingeval de gedraging betrekking heeft op een gedeelte van die voorwerpen, kan slechts het voorhanden hebben van dat gedeelte worden aangemerkt als witwassen.’ Dat is inmiddels vaste jurisprudentie (zie voor de belangrijkste stappen die de Hoge Raad gezet heeft HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/16, m.nt. M.J. Borgers; HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010/655, m.nt. N. Keijzer; HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/264-266, m.nt. M.J. Borgers; HR 18 juni 2013, *NJ* 2013/453, m.nt. J.M. Reijntjes en HR 17 december 2013, *NJ* 2014/75, m.nt. M.J. Borgers). De gedachte hierachter is volgens de Hoge Raad dat een automatische verdubbeling van strafbaarheid moet worden voorkomen en dat de opsporing moet zien op het grondmisdrijf dat door de verdachte is begaan (zie ook het jaarverslag van de Hoge Raad over 2013, p. 32-33). Van de feitenrechter wordt overigens een behoorlijke motivering verwacht als hij aanneemt dat een verbergende/verhullende handeling is verricht aangaande een uit eigen misdrijf verkregen voorwerp (HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/264, m.nt. M.J. Borgers en HR 17 december 2013, *NJ* 2014/75-76, m.nt. M.J. Borgers).

Over deze kwestie is, ook recent, behoorlijk wat literatuur verschenen (zie naast de diverse noten van Borgers onder meer D.J. van Leeuwen, ‘Witwassen naar Nederlands recht. Over voorhanden hebben en het bewijs van witwassen’, *DD* 2011/23; S.S. Buisman, ‘Witwassen – het enkele verwerven en voorhanden hebben en richtlijnconforme interpretatie’, *DD* 2013/53; T. Kooijmans, ‘Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?’, *DD* 2014/39 en *NbSr Geannoteerd* 2013/263-264, m.nt. Spijkerman en Bouwman).

3. Bij medeplegen van witwassen is voormelde uitzondering ook van toepassing als het voorwerp afkomstig is van een door de medeverdachte begaan misdrijf. Vereist is dan dat in nauwe en bewuste samenwerking meer is gedaan dan het enkele ‘voorhanden hebben’ van het voorwerp doordat de gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Ook gewoonte- en schuldwitwassen kan medegepleegd worden (HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/264 en 266, m.nt. M.J. Borgers). In de zaak die leidde tot *NJ* 2013/264 casseerde de Hoge Raad een veroordeling voor medeplegen van gewoontewitwassen door een echtpaar, veroordeeld voor onder meer

meerdere afpersingen. De echtelieden hadden jarenlang hun criminele opbrengst buiten het zicht van de Belastingdienst en diverse banken gehouden. Volgens de Hoge Raad ontbrak niettemin een camouflerende handeling (ik meen dat niet gezegd kan worden dat de samenwerking ontbrak). Uit deze zaak volgt voorts dat de uitzondering ook opgaat als de verdachte het eigen misdrijf medegepleegd heeft, maar dat is niet verwonderlijk. In *NJ* 2013/266 was volgens de Hoge Raad niet voldoende dat het hof had vastgesteld dat de verdachte wist dat haar man geld verkregen door niet-ambtelijke corruptie, bewaarde in de kluis in hun woning. In die zaak lijkt niet alleen een nauwe en bewuste samenwerking te ontbreken om wit te wassen, maar ook een gedraging met een witwaskarakter.

4. Ik merk nog op dat het volgens de Hoge Raad niet relevant is dat de verdachte het uit eigen misdrijf verkregen voorwerp angstvallig heeft verstoppt. Dat het geld bijvoorbeeld door de verdachte verstoppt is op allerlei plekken in huis (in een kluis, plantenbak, etc.), wil nog niet zeggen dat de verdachte daarmee heeft getracht de criminele herkomst van het geld te verbergen of te verhullen. Ook dat is vaste rechtspraak, zie recent nog HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164 en HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1444.

5. De uitzondering heeft al met al een aanzienlijke reikwijdte. In de drie arresten waarop deze annotatie ziet heeft de Hoge Raad echter enige beperkingen aangebracht. Uit HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714 (en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:716), volgt dat de uitzondering ‘in beginsel geen betrekking [heeft] op een geval als het onderhavige waarin is bewezenverklaard het ‘overdragen’ en het ‘gebruik maken’ – een en ander in de betekenis die ingevolge art. 420bis, eerste lid sub b, Sr aan die begrippen toekomt – van zulke voorwerpen, en evenmin op het daarin voorkomende begrip ‘omzetten’.’ Sprake was van het telkens overdragen van geld, door girale gelden over te boeken naar (buitenlandse) bankrekeningen of door het geld op te nemen ten name van diverse ondernemingen. Van de witwashandelingen genoemd in artikel 420bis lid 1 sub 1 Sr, ziet de uitzondering dus alleen op het verwerven en voorhanden hebben en niet op het overdragen, gebruikmaken en omzetten. Dat is enkel anders in bijzondere gevallen zegt de Hoge Raad, namelijk onder omstandigheden die niet wezenlijk van elkaar verschillen. Het Openbaar Ministerie kan de uitzondering dan niet omzeilen door het ‘overdragen’, ‘gebruikmaken’ of ‘omzetten’ van het voorwerp ten laste te leggen in plaats van het ‘verwerven’ of ‘voorhanden hebben’ daarvan. Denk aan de dief die een gestolen schilderij in zijn eigen kelder ophangt of op een gestolen fiets rijdt en daarmee van die voorwerpen gebruikmaakt. Van een handeling met een verbergend of verhullend karakter kan dan nog niet blijken en zijn handelen verschilt in die omstandigheden niet wezenlijk van het voorhanden hebben van het schilderij of de fiets.

In HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:956 heeft de Hoge Raad – onder verwijzing naar HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:716 – bepaald dat de uitzondering evenmin ziet op de

witwashandelingen van artikel 420bis lid 1 sub a Sr. Verdachte had in Zweden met haar familie diverse telefoons gestolen en die vervolgens verstopt in een tas tussen de kleding en was naar Nederland gekomen. Let op dat de Hoge Raad in deze uitspraak geen voorbehoud maakt voor situaties die gelijken op het enkele verwerven of voorhanden hebben. Dat is ook logisch, omdat de handelingen van sub a gelet op de tekst van de wet per definitie een verbergend of verhullend karakter hebben. Interessant is verder nog dat de Hoge Raad in deze zaak aangaf dat aldus (ook) in Nederland sprake was van witwassen, nu verbergen en verhullen als bedoeld in die bepaling ook zien op het verborgen of verhuuld houden/zijn. Anders gezegd: witwassen is veelal een voortdurend delict.

6. En uit HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, blijkt dat wel ‘gewoon’ van witwassen gesproken kan worden als het voorwerp *middellijk* uit eigen misdrijf afkomstig is. Volgens de Hoge Raad kan uit de wetgeschiedenis worden afgeleid dat ‘met het gebruik van de term “middellijk” is beoogd ook gevallen waarin sprake is van witwashandelingen ten aanzien van de indirecte opbrengsten van een misdrijf, zoals gevallen waarin uit misdrijf afkomstige voorwerpen zijn omgezet in andere voorwerpen, binnen het bereik van de delictsomschrijvingen van art. 420bis en 420quater Sr te brengen’. Van een automatische verdubbeling van de strafbaarheid is dan geen sprake. Het grondfeit betrof het meermaals medeplegen van oplichting, terwijl van het verkregen geld onder meer een huis, plasma-tv en auto waren gekocht en diverse bedragen ook waren overgeboekt. Het voorwerp is met het uitgeven in zoverre al van kleur verschoten en dat kan een probleem voor de verdachte opleveren.

Dat is zelfs het geval als justitie niet (precies) kan achterhalen waaraan het geld is uitgegeven. Stel namelijk dat het Openbaar Ministerie berekent dat de verdachte met de handel in drugs in twee jaar zo’n € 100.000 netto heeft verdiend (al of niet in het kader van de ontnemingsprocedure), hij geen aantoonbare (legale) inkomsten had en in zijn huis verstopt ‘slechts’ € 40.000 wordt aangetroffen. Het lijkt er dan op dat € 60.000 aan het dagelijks onderhoud en dergelijke is besteed en daarmee lijkt witgewassen, tenzij de verdachte aangeeft waar de rest van het wederrechtelijk verkregen voordeel dan is gebleven. Maar dan loopt hij het risico dat het ontbrekende geld conservatoir of executoriaal in beslag genomen wordt (afhankelijk van de fase van de ontnemingsprocedure).

7. De precieze reikwijdte van de uitzondering die door de Hoge Raad wordt gemaakt voor het witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen is als volgt. Slechts in het geval de verdachte het voorwerp dat direct afkomstig is van een door de verdachte en/of zijn medeverdachte begaan misdrijf, verwerft of voorhanden heeft, kan zijn handelen niet zonder meer als witwassen gekwalificeerd worden. Dan is een gedraging vereist die meer omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben van het voorwerp en die een op het

daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Ten aanzien van de bestanddelen overdragen, gebruikmaken en omzetten (de overige witwashandelingen van sub b), geldt die eis niet (tenzij de regel anders omzeild wordt). De rechtspraak van de Hoge Raad heeft in het geheel geen betekenis voor de verbergende of verhullende gedragingen van sub a. Als het voorwerp middellijk van eigen misdrijf afkomstig is (van de opbrengst is bijvoorbeeld iets gekocht), dan is ook zonder meer sprake van witwassen. Er is dan immers al een handeling aangaande het oorspronkelijke voorwerp verricht. De witwasser kan het dus niet (opzichtig) 'breed laten hangen'. Zeggen dat je het geld vergoet hebt, helpt overigens ook niet (getuige HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/265, m.nt. M.J. Borgers).