

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842.

J.M. ten Voorde

Annotatie bij Hoge Raad, 13-12-2016, ECLI:NL:HR:2016:2842 (SR-2016-0434)

Niet de naar aanleiding van het arrest van het hof opgeworpen rechtsvraag maakt dit arrest van de Hoge Raad het bespreken waard; de Hoge Raad doet de zaak met artikel 81 RO af. Het arrest verdient echter bespreking gelet op de voorafgaande opmerkingen van de Hoge Raad.

Aanleiding voor het arrest is de Wet van 23 augustus 2016, *Stb.* 2016, 313 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot bestrijding van het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen, welke wet op 1 januari jl. in werking is getreden. Met deze wet zijn aan Titel XXXA van het Tweede Boek van Wetboek van Strafrecht (Witwassen) twee strafbepalingen toegevoegd, de nogal bijzonder genummerde artikelen 420bis.1 en 420quater.1 Sr. (Waarom niet is gekozen voor een algehele hernummering van de titel begrijp ik niet.) De nieuwe strafbepalingen hebben een eigen kwalificatie: eenvoudig witwassen, respectievelijk eenvoudig schuldwitwassen.

De delictomschrijving van eenvoudig (schuld)witwassen luidt als volgt: '(schuld)witwassen dat enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf wordt (...) gestraft'. Het strafmaximum van eenvoudig witwassen is gesteld op zes maanden gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie, het strafmaximum van eenvoudig schuldwitwassen is gesteld op drie maanden gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie.

De strafbaarstelling van eenvoudig (schuld)witwassen moet worden begrepen in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad over een bepaalde vorm van (schuld)witwassen, namelijk

het verwerven en voorhanden hebben van een voorwerp, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – middellijk of onmiddellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. Dit gedrag is strafbaar gesteld in artikel 42obis lid 1 onder b Sr (respectievelijk artikel 42oquater lid 1 onder b Sr). Vanaf 2010 (*NJ* 2010/655) heeft de Hoge Raad in een gestage stroom uitspraken bepaald dat niet elk verwerven en voorhanden hebben van een uit misdrijf afkomstig voorwerp kan worden gekwalificeerd als witwassen. Het verwerven of voorhanden hebben van voorwerpen waarvan de verdachte weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig zijn, kan slechts als witwassen worden gekwalificeerd wanneer deze gedragingen (kennelijk) zijn gericht op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van deze voorwerpen (*NJ* 2013/266 en *NJ* 2014/302, meermalen herhaald). Het woord ‘kennelijk’ wordt in de rechtspraak steevast genoemd (zij het tussen haakjes); in het onderhavige arrest wordt het één keer niet genoemd (r.o. 2.3). Ik ga ervan uit dat dit een kennelijke vergissing is, want zie r.o. 2.4.1 en 2.4.3 waar het wel wordt genoemd.

De Hoge Raad kwam tot deze kwalificatieuitsluitingsgrond in het licht van de wetsgeschiedenis, waarin witwassen een ‘veelomvattend, maar ook te begrenzen fenomeen’ is genoemd en dat van de witwasser ‘in beginsel een handeling wordt geveerd die erop gericht is “om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen”’ (*NJ* 2010/655, r.o. 2.4.2). In *NJ* 2013/266 wordt hieraan toegevoegd de overweging dat met de kwalificatieuitsluitingsgrond ‘mede [wordt] beoogd te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die door dat misdrijf verkregen voorwerpen onder zich heeft en dus voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van die voorwerpen’ (r.o. 2.3.2). De Hoge Raad wil op deze manier bevorderen dat primair voor het grondfeit wordt vervolgd. Dat sloot overigens nooit uit dat (schuld)witwassen van voorwerpen die uit eigen misdrijf afkomstig zijn wel subsidiair kon worden ten laste gelegd, iets wat in de rechtspraak geregeld voorkomt en de Hoge Raad in het onderhavige arrest niet-problematisch acht (r.o. 2.4.4). Deze wijze van tenlastelegging liet de kwalificatieuitsluitingsgrond overigens niet buiten toepassing. Daarvoor is namelijk voldoende dat aannemelijk is dat het voorwerp onmiddellijk van eigen misdrijf afkomstig is (zie onder andere *NJ* 2014/75 en *NJ* 2015/339 en r.o. 2.4.2 van het onderhavige arrest).

De wetgever heeft om verschillende redenen tot strafbaarstelling van eenvoudig (schuld)witwassen besloten (*Kamerstukken II* 2015/16, 32294, 3). De wetgever beschouwt het verwerven en voorhanden hebben van onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen als het beginstadium van witwassen. Zij ziet deze gedragingen kennelijk als een soort gevaarzettende gedragingen die tot het verbergen of verhullen van deze voorwerpen kunnen leiden. In dit verband wordt er ook op gewezen dat het verwerven of voorhanden hebben van

dergelijke voorwerpen een ‘wederrechtelijke situatie’ inhoudt; een gerichtheid bepaalt niet de strafbaarheid wegens witwassen, de enkele handeling (verwerven) of het in stand laten van een bepaalde onwenselijke situatie (voorhanden hebben) is volgens de wetgever reeds strafbaar. Ook wordt in de toelichting gewezen op de onmogelijkheid het grondfeit te kunnen bewijzen, terwijl de kans bestaat dat het inroepen van de kwalificatieuitsluitingsgrond succesvol is, hetgeen er dus toe kan leiden dat de verdachte vrijuit gaat (vgl. *NJ* 2016/82; *NJ* 2016/83). Dit acht de wetgever in het bijzonder problematisch vanwege de consequentie dat het uit misdrijf afkomstige geld niet verbeurd kan worden verklaard (of kan worden ontnomen). Indien ervan wordt uitgegaan dat misdaad niet mag lonen, moeten ook gevallen waarbij aannemelijk is dat de voorwerpen die de verdachte verworven of voorhanden heeft uit misdrijf afkomstig zijn, onder het bereik van de strafwet vallen, aldus de wetgever.

De nieuwe strafbepaling heeft tot doel het effect van de kwalificatieuitsluitingsgrond te verkleinen. Zelfs in geval van gedragingen die enkel bestaan in het verwerven of voorhanden hebben, moet veroordeling kunnen volgen. De wetgever heeft er niet voor gekozen om de strafbaarstellingen van (schuld)witwassen aan te passen (en de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake dus ongemoeid te laten), maar een nieuwe strafbaarstelling in te voeren. Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad zich vroeg of laat over de nieuwe strafbaarstellingen zal uitlaten en de verhouding tot de oude strafbaarstellingen en de kwalificatieuitsluitingsgrond daarbij onder ogen moet zien. Dat de Hoge Raad dat al deed vóór de inwerkingtreding van de wet, is uit praktisch oogpunt niet onbegrijpelijk, al had het misschien vanuit staatsrechtelijk oogpunt gesierd de uitspraak na 1 januari 2017 te wijzen. Uit de zaak zelf leid ik niet af dat er een concreet belang was reeds voor 1 januari 2017 arrest te wijzen.

De Hoge Raad ziet de nieuwe witwasbepalingen artikel 420bis. 1 en 420quater.1 Sr als aanvulling op de bestaande witwasbepalingen, voor zover het gaat om het verwerven of voorhanden hebben van voorwerpen die onmiddellijk afkomstig zijn uit eigen misdrijf. Artikel 420bis en 420quater Sr blijven van toepassing op gedragingen die niet bestaan uit het enkele verwerven of voorhanden hebben en ten aanzien van voorwerpen die niet onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig zijn (r.o. 2.4.3). Ook de kwalificatieuitsluitingsgrond blijft voor specifieke gevallen gelden. Volgens de Hoge Raad richt de strafbaarstelling van eenvoudig witwassen zich ‘specifiek op de situatie van het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf’, terwijl niet vaststaat dat deze gedragingen (kennelijk) waren gericht op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van de voorwerpen. De Hoge Raad legt de strafbaarstelling van het eenvoudig (schuld)witwassen beperkt uit. De wetgever gaf de rechter ten aanzien van de gedragingen wat meer vrijheid (wanneer overdragen, omzetten of gebruik maken (zie artikel 420bis lid 1 onder b en 420quater lid 1 onder b Sr) ook het verwerven of voorhanden hebben

omvat, kan volgens de wetgever artikel 42obis.1 Sr of artikel 42oquater.1 Sr van toepassing zijn).

De Hoge Raad kan moeilijk, zonder rechtsvraag, invulling geven aan de nieuwe strafbaarstellingen. Dat lijkt ook niet het doel van het arrest. De nadruk lijkt vooral te liggen op het ten laste leggen van (eenvoudig) witwassen. Dat verklaart wellicht ook waarom het arrest voor de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen is geweest. De Hoge Raad geeft het Openbaar Ministerie en de rechter enige houvast. Twee vragen moeten ten aanzien van het ten laste leggen worden beantwoord. Hoe moet eenvoudig (schuld)witwassen ten opzichte van (schuld)witwassen ten laste worden gelegd? En, hoe worden (eenvoudig) witwassen en het grondfeit ten laste gelegd? Op de eerste vraag wordt door de Hoge Raad slechts impliciet antwoord gegeven. In r.o. 2.4.3 wordt de indruk gewekt dat tenlastelegging van witwassen op basis van artikel 42obis lid 1 onder b Sr of artikel 42oquater lid 1 onder b Sr impliciet de tenlastelegging van eenvoudig (schuld)witwassen bevat. We spreken dan van een impliciet primair/subsidiaire tenlastelegging, net als bij moord en doodslag. Indien namelijk de kwalificatieuitsluitingsgrond moet worden toegepast, dan moet, aldus de Hoge Raad, 'het bewezenverklaarde verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, worden gekwalificeerd als eenvoudig (schuld)witwassen, als bedoeld in de art. 42obis.1 of 42oquater.1 Sr' (r.o. 2.4.3). Indien de kwalificatieuitsluitingsgrond niet wordt toegepast, dan volgt als kwalificatie (schuld)witwassen als bedoeld in artikel 42obis of 42oquater Sr. Gelet op de iets afwijkende delictsomschrijving van artikel 42obis.1 en 42oquater.1 Sr ten opzichte van artikel 42obis en 42oquater Sr ('enig eigen misdrijf' respectievelijk 'enig misdrijf') ligt het voor de hand op dit punt in de tenlastelegging (voor de zekerheid) aan te sluiten bij de strafbaarstelling van eenvoudig (schuld)witwassen. Nu de omstandigheid dat het voorwerp uit eigen misdrijf afkomstig is tot de kern van de strafbepaling behoort, ligt het voor de hand (voortaan) 'eigen' tussen haakjes in de tenlastelegging op te nemen, teneinde niet-kwalificeerbaarheid te voorkomen.

De verhouding tussen het grondfeit en (eenvoudig) (schuld)witwassen komt aan de orde in r.o. 2.4.4. De Hoge Raad onderscheidt verschillende manieren van ten laste leggen waarbij een tenlastelegging van witwassen kan worden opgenomen. De eerste, volgens de Hoge Raad 'niet-problematische mogelijkheid', is dat 'het openbaar ministerie ervoor kiest om het (eenvoudig) witwassen subsidiair ten laste te leggen, voor het geval ter zake van het gronddelict niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen'. Deze wijze van ten laste leggen is niet problematisch, omdat het grondfeit vooropstaat, precies zoals de Hoge Raad het wil. Witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen wordt in de ongeschreven rangorde tussen misdrijven op een lager plan gezet, na het grondfeit waaruit de voorwerpen

(onmiddellijk) zijn verworven of waardoor de voorwerpen voorhanden zijn gekomen. Tegelijkertijd is bewijsnood bij het grondfeit geen probleem, omdat veroordeling wegens het subsidiair ten laste gelegde feit nog mogelijk is. Met de invoering van eenvoudig (schuld)witwassen is er – gelet op het gestelde in de vorige alinea – niet alleen sprake van een subsidiaire, maar ook van een impliciet meer subsidiaire tenlastelegging, waardoor de kans op een veroordeling en de mogelijkheid om de onder de verdachte aangetroffen voorwerpen verbeurd te verklaren wordt verhoogd. Men moet erop bedacht zijn dat een tenlastelegging betreffende het voorhanden hebben van onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen altijd impliciet primair/subsidiair is, ook wanneer witwassen zelf subsidiair ten laste is gelegd. Qua leesbaarheid en begrijpelijkheid voor niet-juristen verdient een en ander natuurlijk geen schoonheidsprijs.

De Hoge Raad acht het ook ‘denkbaar’ dat witwassen cumulatief met het grondfeit ten laste wordt gelegd. De nieuwe wet laat die mogelijkheid toe. De wetsgeschiedenis is op dit punt niet zonder meer duidelijk, nu die spreekt van een ‘gezamenlijke tenlastelegging’. De Hoge Raad leest hierin de mogelijkheid van een cumulatieve tenlastelegging. In het licht van de kwalificatieuitsluitingsgrond is dit voor de Hoge Raad een minder aantrekkelijke manier van ten laste leggen, omdat witwassen als het ware op gelijke hoogte wordt gesteld met het grondfeit. De Hoge Raad had moeite met aparte tenlastelegging van witwassen gelet op de mogelijkheid van automatische dubbele strafbaarheid. Een van de redenen de kwalificatieuitsluitingsgrond te introduceren is juist de automatische dubbele strafbaarheid te beperken. Met de invoering van eenvoudig (schuld)witwassen wordt dit argument van de Hoge Raad terzijde geschoven. De Hoge Raad kan niet anders dan de wetgever hierin volgen, voor zover het eenvoudig (schuld)witwassen betreft. Dat doet de Hoge Raad schoorvoetend. De Hoge Raad noemt cumulatieve tenlastelegging immers ‘denkbaar’, terwijl de hiervoor besproken primair/subsidiaire wijze van tenlastelegging door de Hoge Raad een ‘niet-problematische mogelijkheid’ wordt genoemd, die mijns inziens impliciet als beter alternatief wordt voorgesteld. Daaraan wordt ook een voordeel verbonden: ‘vragen omtrent voortgezette handeling en samenloop’ komen bij primair/subsidiaire tenlastelegging niet voor. Kennelijk moet dit het Openbaar Ministerie verleiden toch vooral primair/subsidiair ten laste te leggen en niet cumulatief. Misschien dat ook een waarschuwing in deze overwegingen kan worden gelezen. Indien toch wordt besloten witwassen cumulatief met het grondfeit ten laste te leggen, dan worden de regels met betrekking tot voortgezette handeling en samenloop door de Hoge Raad nauwkeurig in acht genomen. De rechter is dus gewaarschuwd.