

Witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen

Afpakken van de buit van criminelen is een speerpunt en naar verwachting zal het OM steeds vaker witwassen ten laste leggen. De Hoge Raad geeft een belangrijke uitzondering voor het witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen. Hoe kan de verdediging daarmee haar voordeel doen?

Joost Nan¹

Strafpleiters zullen naar verwachting steeds meer zien dat aan de verdachte witwassen (cumulatief) ten laste wordt gelegd door het Openbaar Ministerie.² Speerpunt van het Openbaar Ministerie is het afpakken van de buit van criminelen en vervolging voor witwassen hoort daar steeds vaker bij, met name bij georganiseerde misdaad.³ Dit past in het algemene beleid dat misdaad volgens de overheid niet mag lonen.⁴ Tekenend is dat in het wetsvoorstel Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit

de straffen voor witwassen worden verhoogd.⁵

Ook het witwassen van opbrengsten die uit eigen misdrijf afkomstig zijn, kan en moet worden aangepakt. De zogeheten heler-steler-regel is niet van toepassing bij witwassen.⁶ De cocaïne-dealer die bijvoorbeeld een dikke cabrio koopt van zijn winst, kan voor witwassen worden aangepakt. Maar gezien de delictomschrijving van art. 420bis lid 1 sub b Sr,⁷ valt onder witwassen onder meer ook het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen (dat zijn volgens het tweede lid 'alle zaken en alle vermogensrechten'). Onze cokedealer maakt zich daaraan schuldig nog vóórdát hij voormelde auto heeft gekocht, omdat hij het van (eigen) Opiumwetmisdrijven afkomstige geld immers verkregen en in bezit heeft

(en dus sprake is van het verwerven en voorhanden hebben van dat geld). De verdachte maakt zich op dat moment niet alleen schuldig aan het overtreden van art. 2 Opiumwet, maar naar de letter van de wet ook aan witwassen. De Hoge Raad heeft mede daarom een belangrijke uitzondering gemaakt als de verdachte in dergelijke gevallen nog geen 'echte' witwashandeling heeft verricht.⁸ Een goede beheersing van de werking van deze uitzondering is voor de strafrechtspraktijk van (een steeds groter wordend) belang. In dit stuk wordt de reikwijdte van de uitzondering uiteengezet en aangegeven in welke gevallen en hoe de verdediging met deze rechtspraak haar voordeel kan doen en welke gevaren er op de loer liggen. Ook de positie van het Openbaar Ministerie komt aan bod.

1 Joost Nan is (cassatie)advocaat bij Gilhuis Advocaten te Dordrecht en universitair docent straf(process)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Zie voor een overzichtelijke beschrijving van het delict witwassen, G.C. Haverkate, 'Bereik en toepassing van de Nederlandse strafbepalingen inzake witwassen', in: *Witwassen in Nederland en België*, Preadviezen NWS, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 3–64.

3 Zie de Aanwijzing witwassen 2008A006 en bijvoorbeeld het interview met procureur-generaal Van Nimwegen in *Opportuin*, mei 2013, p. 6–9.

4 Coalitieakkoord Samen Werken, Samen Leven, *Kamerstukken II 2006/07*, 30 891, 4, hfdst. V., punt 14.

5 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 685, 1–2.

6 Aan een veroordeling wegens heling staat in de weg dat verdachte het voorwerp zelf door misdrijf heeft verkregen, zie onder meer HR 7 februari 1978, *NJ 1978/661*.

7 Zie ook art. 420ter Sr (gewoonte witwassen) en art. 420quater Sr (schuldwitwassen).

8 Het onderwerp is onverminderd actueel, zie recent bijvoorbeeld HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1444 en de noot van J.S. Spijkerman, *NbSr Geannoteerd* 2014/121, 141 en 142.

1. Reikwijdte, achtergrond en probleem van de uitzondering

Inmiddels is vaste rechtspraak dat ten aanzien van het verwerven en voorhanden hebben van een voorwerp dat afkomstig is uit eigen misdrijf, vereist is dat sprake is van een gedraging die meer omvat dan het enkel verwerven of voorhanden hebben. Bovendien moet het gaan om een gedraging die gericht is op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp dat door eigen misdrijf is verkregen.⁹

De uitzondering is ook van toepassing op het medeplegen van het grondmisdrijf en op het medeplegen van witwassen van een voorwerp dat afkomstig is uit een door de medeverdachte begaan misdrijf.¹⁰ Zonder een camouflerende gedraging kan het handelen van verdachte in die gevallen dan niet als witwassen worden gekwalificeerd en dient hij van alle rechtsvervolgning te worden ontslagen. Dat wel een dergelijke gedraging is verricht, dient de feitenrechter behoorlijk te motiveren.¹¹ Belangrijk is dat de uitzondering in beginsel niet ziet op het overdragen, omzetten of gebruikmaken van het uit eigen misdrijf afkomstige voorwerp (de overige handelingen van art. 42obis lid 1 sub b Sr). Dat is alleen anders als dat onder omstandigheden gebeurt die niet wezenlijk verschillen van de gevallen waarin het gaat om het louter verwerven of voorhanden hebben van het voorwerp. In dergelijke gevallen mag het Openbaar Ministerie de uitzondering

9 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.

10 Vgl. HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266, m.nt. M.J. Borgers en HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/264, m.nt. M.J. Borgers.

11 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.

Creatief verstoppen – alsof het gaat om paaseieren – is niet voldoende

niet omzeilen door het overdragen, omzetten of gebruikmaken ten laste te leggen.¹² Ook voor de verbergende/verhullende handelingen van art. 42obis lid 1 sub a Sr geldt de uitzondering niet.¹³ En als het voorwerp *middellijk* uit eigen misdrijf verkregen is, is de uitzondering evenmin van toepassing.¹⁴ Dit laatste is bijvoorbeeld het geval als van het geld die mooie auto enzovoort is gekocht of het voorwerp is geruild. Dan heeft immers al een maskerende handeling plaatsgevonden.

De Hoge Raad geeft in zijn rechtspraak twee redenen voor de door hem aangebrachte beperking aan. Ten eerste moet een automatische verdubbeling van strafbaarheid worden voorkomen voor zowel het grondfeit als witwassen als de verdachte het voorwerp ‘alleen maar’ verkregen en voorhanden heeft. Ten tweede moet het grondmisdrijf in de vervolging centraal staan.¹⁵ Het Openbaar Ministerie kan zich er dus niet makkelijk van afmaken door meer op witwassen door te pakken en minder op het grondmisdrijf.¹⁶

12 Zie HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714 en ECLI:NL:HR:2014:716.

13 HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:956, met verwijzing naar HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:716.

14 HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702.

15 Zie ook het jaarverslag van de Hoge Raad over 2013, p. 32-33.

16 Zoals procureur-generaal Van Nimwegen vorig jaar aangaf in *Opportun*, mei 2013, p. 6.

Waarom dit voor het Openbaar Ministerie tot problemen leidt, geeft het volgende voorbeeld aan. Als de verdachte zijn buit heeft verstoppt in en rond zijn eigen huis (in een weggestopte kluis in de schuur, in de plantenbak, boven het systeemplafond enzovoort), is met het enkel aantreffen daarvan nog niet gezegd dat van witwassen sprake is.¹⁷ Er dient immers een verbergende/verhullende handeling ten aanzien van de criminele herkomst van het voorwerp verricht te zijn volgens de Hoge Raad en creatief verstoppen – alsof het om paaseieren gaat – is daarvoor niet voldoende. Met name als wel duidelijk is dat de verdachte het voorwerp (veelal geld) verkregen heeft door zelf misdrijven te begaan, maar die niet (meer) kunnen worden vervolgd, kan dit strafeloosheid tot gevolg hebben en/of kan het geld niet ontnomen of verbeurd verklaard worden.¹⁸ Dat is voor justitie onwenselijk. En voor de opsporing van witwassen vormt de door de Hoge Raad ingevoerde inperking van de reikwijdte van witwassen voorts een belemmering, omdat witwassen in een zo vroeg mogelijk stadium moet (kunnen) worden tegengegaan.¹⁹ Als moet worden gewacht op een nadere handeling van de verdachte, is de kans aanwezig dat dit buiten het zicht van de autoriteiten gebeurt en door een geslaagd witwastraject het legale financiële stelsel gecorrumpeerd wordt.

17 Zie onder meer HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164 en HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1444.

18 Al is met een veroordeling voor witwassen niet gezegd dat de buit dan zonder meer kan worden afgenomen, zie HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/293, m.nt. J.M. Reijntjes en T. Kooijmans, ‘Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?’, *DD* 2014/39, par. 1.

19 Zie F. Diepenmaat & P.A.M. Verrest, ‘De strafbare gedraging witwassen’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen: Wolf legal Publishers 2007, p. 41-45.

2. Elk voordeel heb z'n nadeel; *damned if you do, damned if you don't*

Voor de verdachte biedt de rechtspraak van de Hoge Raad op het eerste gezicht alleen maar voordelen. Hij vertelt dat hij zelf het criminele pad is opgegaan en dat de aangetroffen voorwerpen daaruit afkomstig zijn en hij ontspringt de dans. Maar zo werkt het natuurlijk niet. Hoewel die misdrijven qua tijd, feit en plaats niet zo concreet mogelijk hoeven te worden omschreven door de feitenrechter,²⁰ gaat de uitzondering alleen op als *aannemelijk* is dat de voorwerpen uit eigen misdrijf afkomstig zijn. In beginsel zal moeten worden aangevoerd dat dit het geval is, of moet dat uit de vaststellingen van de feitenrechter volgen. Anders is de strafrechter ook niet tot het geven van een gemotiveerd oordeel over deze kwestie verplicht.²¹ De verdachte zal doorgaans dus op enig moment een behoorlijk onderbouwd, maar voor zichzelf belastend standpunt moeten innemen en daarvoor gegevens moeten aandragen. Daarmee stelt hij zich natuurlijk bloot aan een vervolging en veroordeling voor het (beweerdelijke) grondmisdrijf, waarvoor hij nota bene zelf bewijs naar voren brengt. Hij zit daarmee dus in een lastige spagaat en het gevaar is duidelijk. Mocht hij te weinig aanknopingspunten bieden, dan kan het zijn dat de rechter het niet aannemelijk vindt dat het om 'eigen' misdrijven gaat, zodat een veroordeling voor witwassen op de loer ligt. Voor het voorhanden hebben van andermans buit gaat de uitzondering immers in beginsel niet op (tenzij sprake is van medeplegen van witwassen). Geeft de verdachte echter te veel informatie weg, dan kan justitie daarop

De verdachte zit in een lastige spagaat en het gevaar is duidelijk

doorrechercheren met een mogelijke veroordeling voor de grondmisdrijven tot gevolg.²² Die laatste aanpak staat de Hoge Raad zoals gezegd voor ogen. Voor het Openbaar Ministerie bestaat ook een gevaar dat mede afhankelijk is van de proceshouding van de verdachte. Want als niet wordt doorgerechercheerd op het grondmisdrijf en/of te gemakkelijk wordt aangenomen dat het grondfeit door een ander dan de verdachte is begaan, kan een vervolging voor witwassen schipbreuk lijden als de strafrechter toch aannemelijk acht dat de verdachte het grondmisdrijf zelf heeft begaan. Verwacht mag worden dat de verdediging in veel gevallen op enig moment een dergelijk verweer voert. Want het is dan aan het Openbaar Ministerie om een gedraging aan te tonen die meer omvat dan het enkel verwerven of voorhanden hebben en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Slaagt het in die bewijsopdracht niet, dan kan het handelen van de verdachte niet als witwassen worden gekwalificeerd. De verdachte kan ook in een laat stadium van de vervolging nog met het verweer

komen dat hijzelf de originaire dader is en dat kan het opsporen van de oorspronkelijke misdrijven door het verstrijken van de tijd weer bemoeilijken. Het is dus voor het Openbaar Ministerie zaak dat het tijdig inzichtelijk maakt wat de rol van de verdachte is geweest ten aanzien van het grondmisdrijf en het aangetroffen voorwerp.²³

3. Slot

Het mag worden verwacht dat vervolgingen voor witwassen steeds vaker zullen voorkomen, nu de aanpak van dat fenomeen een speerpunt is van justitie. Een aanzienlijk probleem kan daarbij voor het Openbaar Ministerie ontstaan als blijkt dat de (mede)verdachte zelf betrokken was bij het grondfeit, zodat het verwerven of het voorhanden hebben van het oorspronkelijke voorwerp niet zonder meer als witwassen kan worden gekwalificeerd. Een maskerende handeling van de verdachte ten aanzien van het voorwerp is dan vereist. Maar de kwalificatie-uitzondering gaat alleen op als *aannemelijk* is dat het voorwerp uit 'eigen misdrijf' afkomstig is. Het zal doorgaans de verdediging zijn die dat op enigerlei wijze aannemelijk moet maken, tenzij het afdoende uit de stukken blijkt. De verdachte stelt zich met die proceshouding bloot aan een vervolging voor het grondmisdrijf en helpt het Openbaar Ministerie met het bewijzen daarvan. Zonder een beroep op de uitzondering is echter de kans op een veroordeling voor witwassen weer aanzienlijk groter. Het blijft dus schipperen voor de verdediging. Voor het Openbaar Ministerie geldt dat het niet te snel kan terugvallen op een vervolging voor alleen witwassen zonder afdoende in kaart te brengen wat de verhouding is tussen de verdachte, het grondmisdrijf en het voorwerp. <<

20 Zoals door het Openbaar Ministerie tevergeefs betoogd in HR 17 december 2013, NJ 2014/777, m.nt. M.J. Borgers.

21 Zie HR 17 december 2013, NJ 2014/775, m.nt. M.J. Borgers.

22 Zie over de voor- en nadelen voor zowel de verdachte als het Openbaar Ministerie ook Kooijmans, DD 2014/39, par. 3.

23 Zie ook Kooijmans, DD 2014/39, par. 3.