

## Eenvoudig witwassen

Noot bij HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842

Mr. dr. J.S. Nan\*

### 1. Inleiding

50

Terug van nooit weggeweest: de heler-steler-regeling bij witwassen. Zo kan de ontwikkeling op het gebied van het witwassen van voorwerpen afkomstig uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf misschien wel het beste worden gekwalificeerd. De Hoge Raad heeft gaandeweg zijn uitspraken een kwalificatie-uitzondering geformuleerd voor de gevallen waarin het verwerven en voorhanden hebben – als bedoeld in artikel 420bis lid 1 aanhef en onder b. Sr – van voorwerpen waarvan aannemelijk is dat die onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig zijn ‘niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp’. Een gedraging is vereist ‘die meer omvat dan het enkele 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.’<sup>1</sup> De meningen zijn verdeeld over de vraag of de ruimte voor deze jurisprudentiële beperking van de witwasbepalingen in de wetsgeschiedenis te vinden is.<sup>2</sup> Maar de Hoge Raad meent in ieder geval dat dubbele bestraffing voor grondmisdrijf en witwassen in dergelijke gevallen moet worden voorkomen en dat de vervolging van het grondmisdrijf centraal moet staan. In bepaalde gevallen ontspringt de verdachte door dit jurisprudentiële kwalificatiebeletsel de dans, als geen veroordeling voor het grondmisdrijf zou (kunnen) volgen. De criminele opbrengst kan dan niet verbeurd worden verklaard en evenmin worden ontnomen als wederrechtelijk verkregen voordeel.

Die situatie achtte de wetgever onwenselijk en hij heeft hierop uiteindelijk gereageerd door per 1 januari van dit jaar eenvoudig (schuld)witwassen strafbaar te stellen in artikel 420bis.1 en 420quater.1 Sr.<sup>3</sup> Witwassen ‘dat enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf wordt als eenvoudig witwassen gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.’<sup>4</sup> Eenvoudig witwassen is dus het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp, terwijl men weet dat het voorwerp onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf. De Hoge Raad heeft hierop op zijn beurt al geanticipeerd door nog voor de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen met een kort overzichtsarrest te komen. Daarin zet hij uiteen hoe

schiedenis te vinden is.<sup>2</sup> Maar de Hoge Raad meent in ieder geval dat dubbele bestraffing voor grondmisdrijf en witwassen in dergelijke gevallen moet worden voorkomen en dat de vervolging van het grondmisdrijf centraal moet staan. In bepaalde gevallen ontspringt de verdachte door dit jurisprudentiële kwalificatiebeletsel de dans, als geen veroordeling voor het grondmisdrijf zou (kunnen) volgen. De criminele opbrengst kan dan niet verbeurd worden verklaard en evenmin worden ontnomen als wederrechtelijk verkregen voordeel.

\* Mr. dr. J.S. Nan is universitair docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en (cassatie)advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag. Hij is tevens lid van de redactie van dit tijdschrift.

1. HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2001, NJ 2014/75 en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, NJ 2014/302. Veel over witwassen in het algemeen en over deze problematiek in het bijzonder F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

2. Zie B.F. Keulen, ‘Eenvoudig (schuld)witwassen’, *DD* 2016(9) (niet). Anders M.J. Borgers, *Bij nader inzien* (afscheidsrede VU), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 46-47 (wel).

3. *Stb.* 2016/313 en 378. Dat heeft even op zich laten wachten, vgl. T. Kooijmans, ‘Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?’, *DD* 2014(39).

4. Voor schuldwitwassen is dat een gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de vierde categorie.

eenvoudig witwassen in het materiële en formele strafrecht moet worden ingepast in het wettelijke systeem.<sup>5</sup>

In deze noot bespreek ik eerst kort de opportuniteit van eenvoudig witwassen als zelfstandig delict, mede in het licht van een nieuwe conceptrychtlijn over witwassen (par. 2). Daarna komt aan de orde het opmerkelijke gegeven dat de Hoge Raad zich vóór de inwerkingtreding van de strafbepalingen hierover al heeft uitgelaten (par. 3). Vervolgens behandel ik de vraag hoe eenvoudig witwassen systematisch kan worden geduid ten opzichte van klassiek witwassen (par. 4). Daarna bespreek ik de potentiële dubbele strafbaarheid en het voorkomen daarvan (par. 5). In de laatste paragraaf vat ik de reikwijdte van de witwasbepalingen kort samen (par. 6).

## 2. Nut en noodzaak

Om de nieuwe strafbepalingen van eenvoudig (schuld)witwassen is ook zonder het onderhavige arrest al het nodige te doen geweest. De wetgever heeft gemeend dat de potentiële straffeloosheid in geval een vervolging voor het door de verdachte zelf begane grondmisdrijf niet mogelijk of niet aangewezen is, moet worden voorkomen. De wederrechtelijke situatie dat iemand voorwerpen verwerft of voorhanden heeft die uit misdrijf afkomstig zijn, moet onder alle omstandigheden een halt worden toegeroepen.<sup>6</sup> Over nut en noodzaak van eenvoudig witwassen wordt getwijfeld, al zijn er ook instemmende geluiden te horen.<sup>7</sup> Met een beroep op een aantal voorbeelden uit de lagere jurisprudentie en de geuite zorgen van het Openbaar Ministerie wordt deze nieuwe strafbaarstelling door de minister gerechtvaardigd. Hoewel harde cijfers ontbreken, meen ik dat er voldoende situaties zijn te bedenken waarin voorwerpen – en dan met name aangetroffen contant geld – niet op enigerlei wijze van de verdachte kunnen worden afgenomen als de door de Hoge Raad gecreëerde kwalificatie-uitsluitingsgrond van toepassing is. Het eigen gronddelict en een eventuele ontneming kunnen bijvoorbeeld al zijn afgedaan en met deze later gevonden opbrengst is onvoldoende rekening gehouden.<sup>8</sup> Ook kan het grondmisdrijf wel voldoende in beeld komen om de

uitzondering toepasselijk te laten zijn, maar onvoldoende om een vervolging voor een concreet ten laste te leggen strafbaar feit op te baseren. Voorts is niet ondenkbaar dat een vervolgingsbeletsel voor het grondmisdrijf van toepassing is (denk aan verjaring of een bepaling als artikel 316 Sr die voor een behoorlijk aantal vermogensmisdrijven de vervolging tussen echtgenoten uitsluit en tussen gewezen echtelieden en naaste familie slechts op klacht mogelijk maakt) of dat het rechtmatig verkregen bewijs daarvoor ontbreekt (art. 359a Sv). Het zou zelfs zo kunnen zijn dat een strafuitsluitingsgrond van toepassing is. In al die gevallen blijft de verdachte straffeloos voor zowel het grondmisdrijf als voor het bijbehorende witwassen, in het geval de verdachte de criminele opbrengst alleen maar heeft verworven of voorhanden heeft gehad, zonder dat een maskerende handeling is verricht. Ontneming of verbeurdverklaring is dan niet mogelijk. Voorwerpen die conservatoir in beslag zijn genomen dienen aan de (gewezen) verdachte te worden teruggegeven. Nu misdaad niet mag lonen, ligt daar volgens mij vooral de pijn.

Het aantal zaken waarin het Openbaar Ministerie achter het net vist is natuurlijk wel afhankelijk van de reikwijdte van de kwalificatie-uitsluitingsgrond.<sup>9</sup> Daarvoor is dan naast het ontbreken van een ver sluierende handeling ook vereist dat het aannemelijk is dat het voorwerp uit eigen misdrijf afkomstig is. Over die aannemelijkheid herhaalt de Hoge Raad in het onderhavige arrest nog eens de factoren die daarbij vooral een rol spelen (r.o. 2.4.2). Het gaat om de samenhang met de bewezenverklaring van andere misdrijven die de verdachte heeft begaan, de bewijsvoering en de proceshouding van de verdachte. Als de verdachte bijvoorbeeld aanvoert dat de voorwerpen een legale herkomst hebben, ligt het minder voor de hand niettemin aan te nemen dat deze uit eigen misdrijf afkomstig zijn.<sup>10</sup> Een ander punt is dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet alleen van toepassing is als de verdachte het grondmisdrijf zelf heeft gepleegd, maar ook als bijvoorbeeld sprake is van het medeplegen van het grondmisdrijf of medeplegen van witwassen van een voorwerp afkomstig uit een door de medeverdachte begaan misdrijf.<sup>11</sup> Bij deelneming aan het grondmisdrijf of aan het witwassen kan de kwalificatie-uitsluiting eveneens tot straffeloosheid voor witwassen leiden.

De vraag die sinds de introductie van de kwalificatie-uitsluitingsgrond door de Hoge Raad nog voor beantwoording openligt, is of Nederland uit hoofde van internationale verdragen of Europese richtlijnen verplicht is om tot de strafbaarstelling van deze vorm van witwassen over te gaan. Die vraag wordt in de literatuur verschil-

5. Een enkele opmerking over de terminologie. Onder 'eenvoudig (schuld)witwassen' vallen de nieuwe strafbepalingen artikel 420bis.1 en 420quater.1 Sr die per 1 januari 2017 zijn ingevoerd. Onder '(schuld)witwassen' vallen alle oude, reeds voor 1 januari 2017 bestaande strafbepalingen (wat ook 'normaal', 'gewoon' of 'klassiek' (schuld)witwassen kan worden genoemd). Ik ga in dit stuk verder uit van (eenvoudig) witwassen in de opzetvariant. Voor (eenvoudig) schuldwitwassen geldt steeds hetzelfde.

6. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, nr. 3 (MvT).

7. Zie de bijdrage van Hooydonk elders in de onderhavige aflevering van dit tijdschrift. Zie ook M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving', *DD* 2015(8) (kritisch); en B.F. Keulen, 'Eenvoudig (schuld)witwassen', *DD* 2016(9) (positief). Zie ook de adviezen die achter de memorie van toelichting zijn opgenomen.

8. Een nieuwe vervolging kan dan stuklopen op het ne bis in idem-beginsel, zie daarover S.S. Buisman, 'Eenvoudig witwassen van voorwerpen uit eigen misdrijf en ne bis in idem', *TPWS* 2016/32.

9. Zie ook F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 5.3.

10. Zie bijvoorbeeld HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1655, *NJ* 2015/340, m.nt. N. Keijzer.

11. Vgl. respectievelijk HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4605, *NJ* 2013/264, m.nt. M.J. Borgers en HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, *NJ* 2013/266, m.nt. M.J. Borgers.

lend beantwoord.<sup>12</sup> Een enkel van deze instrumenten maakt ervan gewag en geen van hen verbiedt het in ieder geval. Inmiddels is op 21 december 2016 de concept-richtlijn *On countering money laundering by criminal law* gepubliceerd.<sup>13</sup> Deze richtlijn geeft minimumregels aangaande ‘*the definition of criminal offences and sanctions in the area of money laundering*’ (art. 1 lid 1). Witwassen met betrekking tot de opbrengst van eigen *criminal activity*<sup>14</sup> wordt aangeduid als *self-laundering* (overweging 8). Op zichzelf schept de conceptrichtlijn voor lidstaten de verplichting om vormen van witwassen strafbaar te stellen, ook in geval van *self-laundering* (art. 3).<sup>15</sup> Maar dat wordt niet dwingend voorgeschreven voor de handelingen verwerven, voorhanden hebben (of gebruiken) van *property*<sup>16</sup> afkomstig uit eigen criminele activiteiten. Nu het, zoals gezegd, om *minimum rules* gaat is dat natuurlijk wel mogelijk. De nieuwe conceptrichtlijn staat derhalve niet in de weg aan de ingeslagen koers van de wetgever, noch aan de toepassing die de Hoge Raad tot op heden aan de witwasbepalingen heeft gegeven.

### 3. Anticipatie in plaats van cassatie?

De Hoge Raad en de wetgever rollen in dit dossier nog net niet over straat. Het was de vraag of de Hoge Raad de kwalificatie-uitsluitingsgrond ook van toepassing zou verklaren op eenvoudig witwassen en de werking daarvan teniet zou doen. De minister meende dat het niet zover zou komen:

‘Het feit dat de wetgever deze aanvullende strafbaarstellingen in het leven roept juist omdat het op grond van de jurisprudentie geformuleerde kwalificatie-uitsluitingsgrond niet mogelijk is strafrechtelijk op te treden, moet daarbij voor de rechter reden genoeg zijn ervan af te zien bedoelde gedragingen – ook al

zouden zij als variant onder de bestaande strafbaarstellingen van witwassen zijn ondergebracht – alsnog onder de reikwijdte van de uitsluitingsgrond te brengen.’<sup>17</sup>

Daarin heeft hij gelijk gekregen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 2.4.3 ‘dat het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, ook kan worden bestraft als vorm van witwassen, zonder de vaststelling van gedragingen van de verdachte die (kenmerkend) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.’ Maar het is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk en volgens mij voor het eerst dat de Hoge Raad zich in een arrest uitlaat over een wet die nog in werking moet treden. Kennelijk wil hij eventuele problemen in de praktijk voor zijn en niet – zoals gewoonlijk – wachten op een voorliggende casus om de lijnen uit te zetten. Op deze plaats houd ik het bij de opmerking dat het me onjuist voorkomt dat de Hoge Raad zo’n vlucht naar voren heeft genomen. Kooijmans heeft de rol van de Hoge Raad bij het creëren van de kwalificatie-uitsluitingsgrond al aangeduid als ‘wetgever-plaatsvervanger’.<sup>18</sup> Als ons hoogste rechtscollege zich preventief met wetgeving gaat bemoeien, verwordt hij tot een soort medewetgever. Nog even en de Hoge Raad wordt formeel geconsulteerd in het wetgevingsproces, waarbij zijn arrest direct na het advies van de Raad van State in de Kamerstukken terecht komt. In dat verband geldt dat de vigerende opvatting is dat wetgever en Hoge Raad samen bepalen wat recht is.<sup>19</sup> Het is daarbij volgens Röttgering vooral de Hoge Raad zelf geweest die zich een rechtsvormende taak heeft toebedeeld.<sup>20</sup> Wat van die taak (opvatting) verder ook zij, ik acht het onderhavige arrest in ieder geval prematuur.<sup>21</sup>

## 4. Wettelijke inbedding van eenvoudig witwassen

### 4.1 Eenvoudig witwassen

De vraag is hoe eenvoudig witwassen als zelfstandig delict past binnen de bestaande regeling van titel XXXA (‘Witwassen’). De delictomschrijvingen doen vermoeden dat eenvoudig witwassen een bijzondere, lichtere vorm van witwassen is. Als dat zo is, is artikel 55 lid 2 Sr

12. Daarover recent met verwijzingen B.F. Keulen, ‘Eenvoudig (schuld)witwassen’, *DD* 2016(9), p. 124 en T. Kooijmans, ‘Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?’, *DD* 2014(39), par. 2.
13. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on countering money laundering by criminal law, COM(2016) 826 final, 2016/0414 (COD).
14. In artikel 2 lid 1 wordt een hele waslijst aan strafbare feiten gegeven die onder het begrip *criminal activity* vallen. Zo’n beetje elk denkbaar misdrijf in onze strafwet valt daaronder. De lijst omvat onder meer georganiseerde misdaad, terrorisme, mensen-, drugs- en wapenhandel, corruptie, fraude, allerlei gewelds- en vermogensdelicten en voor de zekerheid een restcategorie (v): ‘all offences, including tax crimes relating to direct taxes and indirect taxes as defined in the national law of the Member States, which are punishable by deprivation of liberty or a detention order for a maximum of more than one year or, as regards Member States that have a minimum threshold for offences in their legal system, all offences punishable by deprivation of liberty or a detention order for a minimum of more than six months’.
15. Aangaande schuldwitwassen staat het de lidstaten vrij tot strafbaarstelling over te gaan, zie overweging 10.
16. Artikel 2 lid 2 definieert *property* als volgt: ‘assets of any kind, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and legal documents or instruments in any form including electronic or digital, evidencing title to or an interest in such assets.’

17. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, nr. 3, p. 3 (MvT) en in gelijke zin nr. 6, p. 7.
18. Zie T. Kooijmans, ‘Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?’, *DD* 2014(39), par. 4.
19. Hierover veel van Borgers, thans raadsheer in de Hoge Raad: M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter’, *HNV* 2011, p. 103-185, M.J. Borgers, ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen’, *DD* 2013(33) en M.J. Borgers, ‘Op het bord van de rechter’, *DD* 2015(64).
20. A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken: Een rechtsbeschermend perspectief*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, hfdst. 2.
21. Ten Voorde is in zijn noot coulanter, HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, *SR-Updates* 2016-0434.

van toepassing. Dan is eenvoudig witwassen van artikel 420bis.1 Sr een geprivilegieerde specialis van witwassen ex artikel 420bis Sr. Laatstgenoemde bepaling is dan de generalis. Met Keulen ben ik van mening dat het niet erop lijkt dat de wetgever dat zo bedoeld heeft.<sup>22</sup> In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat ‘het gaat om een (aanvullende) zelfstandige strafbaarstelling van het enkele verwerven of voorhanden hebben – ook zonder verhullende of verbergende gerichtheid – van uit eigen misdrijf verkregen voorwerpen.’<sup>23</sup> Dit punt komt later in de wetsgeschiedenis terug. Eenvoudig witwassen vormt het beginstadium van het witwasproces en kent daarmee een wederrechtelijk karakter dat door de verdachte in stand wordt gehouden. Het strafrechtelijke verwijt is evenwel minder ‘omdat de verhullende handelingen nog niet zijn verricht’.<sup>24</sup> Eenvoudig witwassen en witwassen kunnen als volgt worden ingebed in het strafrechtelijke systeem (zo lees ik ook r.o. 2.4.3). Eenvoudig witwassen is het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp onmiddellijk afkomstig uit enig eigen misdrijf waarbij de verdachte *nog geen* verhullende of verbergende handeling heeft verricht. Van witwassen is eerst sprake als bij het verwerven of voorhanden hebben *wel* een verhullende of verbergende handeling is verricht. De Hoge Raad merkt op dat een keuze voor een van beide delicten bij dezelfde bewezenverklaring kan.

Volgens mij sluiten beide bepalingen elkaar ten aanzien van het initiële verwerven of voorhanden hebben uit en zijn zij alternatieve delicten.<sup>25</sup> Dekker spreekt in dat verband van tegenhangers.<sup>26</sup> Een voorbeeld om dat te verduidelijken. Wie de betaling voor een huurmoord contant laat uitbetalen en in zijn schuur verstopt valt onder eenvoudig witwassen (dat verwerven en voorhanden hebben kan immers zonder verbergende of verhullende handeling niet als witwassen worden gekwalificeerd). Wordt daarentegen de betaling na een vals opgemaakte factuur overgeboekt op de bankrekening van de huurmoordenaar onder vermelding van ‘Advieswerk sterfhuisconstructie’, dan gaat het om witwassen.

Eenvoudig witwassen is dus wel een vorm van witwassen als abstract begrip, maar niet een specialis van het concreet in de strafwet omschreven delict witwassen. Temporeel kunnen eenvoudig witwassen en witwassen natuurlijk wel *na* elkaar plaatsvinden. Sterker nog, daarvan moet worden uitgegaan omdat de verdachte anders niet kan profiteren van de opbrengsten van zijn misdaad. Daarvoor zijn omzettingshandelingen en dergelijke nodig. Aannemelijk is dat onze huurmoordenaar van het geld een mooi ‘klokkie’ koopt, een welverdiende vakantie boekt, het geld verplaatst via Hawala-bankieren of naar Panama brengt, et cetera. Dan gaat eenvoudig

witwassen over in witwassen.<sup>27</sup> Dat kan ook het geval zijn voor wat betreft het verwerven en voorhanden hebben. Zodra de huurmoordenaar het voor de liquidatie contant ontvangen bedrag bijvoorbeeld in een enveloppe met daarop ‘Erfenis Sam K.’ of ‘Opbrengst casino’ in zijn administratie stopt, verricht hij een nadere, verbergende of verhullende handeling en gaat eenvoudig witwassen over in witwassen, ook al is het voorwerp dat hij voorhanden heeft nog steeds onmiddellijk afkomstig van het eigen misdrijf. En in het onderhavige arrest haakt de Hoge Raad aan bij de bedoeling van de wetgever dat de nieuwe strafbaarstelling niet van toepassing is als het voorwerp na uitvoering van een aantal witwashandelingen weer terugkomt bij de verdachte. Dan dient de strafbaarstelling van artikel 420bis lid 1 Sr van toepassing te zijn (r.o. 2.4.3). Als het uit eigen misdrijf verkregen voorwerp dus als een boemerang bij de verdachte terugkeert, is van eenvoudig witwassen begrijpelijkerwijs geen sprake meer. De verdachte verwerft het voorwerp dan niet nogmaals onder de vlag van artikel 420bis.1 Sr en voor het daaropvolgende voorhanden hebben geldt hetzelfde.

#### 4.2 Eenvoudig schuldwitwassen

Hoewel de Hoge Raad de variant schuldwitwassen van artikel 420quater.1 Sr eigenlijk niet behandelt, hierover het volgende. In samenhang bezien met artikel 420quater lid 1 aanhef en onder b. Sr is eenvoudig schuldwitwassen het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp, terwijl men redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf. Deze variant van witwassen heeft in de wetsgeschiedenis maar weinig aandacht gekregen. In de memorie van toelichting wordt hierover eigenlijk alleen opgemerkt:

‘Niet valt uit te sluiten dat in een uitzonderingsgeval sprake is van een dader van een grondmisdrijf die niet weet dat hij voorwerpen voorhanden heeft die afkomstig zijn van een door hemzelf gepleegd misdrijf. De kwalificatie-uitsluitingsgrond die in de rechtspraak is aangenomen heeft dan ook betrekking op zowel witwassen als schuldwitwassen. Het ligt dientengevolge in de rede om in dit wetsvoorstel ook in een aanvullende strafbaarstelling te voorzien voor het geval de dader van een grondmisdrijf zich door het verwerven of voorhanden hebben van uit enig misdrijf afkomstige voorwerpen schuldig maakt aan schuldwitwassen («eenvoudig schuldwitwassen»). Daartoe strekt het voorgestelde artikel 420quater.1.’<sup>28</sup>

Het lijkt mij dat eenvoudig schuldwitwassen niet vaak zal voorkomen, omdat de boef doorgaans wel weet dat hij het voorwerp uit een door hem gepleegd misdrijf verkregen of voorhanden heeft. Toch is eenvoudig

22. B.F. Keulen, ‘Eenvoudig (schuld)witwassen’, *DD* 2016(9), p. 127.

23. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, nr. 3, p. 3, alsmede p. 9 (MvT).

24. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, nr. 6, p. 8-9.

25. Net als bijvoorbeeld diefstal en verduistering en smaad(schrift) en belediging.

26. Zie zijn noot onder het onderhavige arrest, *NbSr* 2017/7.

27. Veelal is de opbrengst dan ook niet langer onmiddellijk afkomstig uit eigen misdrijf, maar alleen nog middellijk. De kwalificatie-uitsluitingsgrond is dan evenmin van toepassing, zie bijvoorbeeld HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, *NJ* 2014/302, m.nt. N. Keijzer.

28. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, nr. 3, p. 10 (MvT).

schuldwitwassen wel voorstelbaar. Het gaat om situaties waarin de crimineel redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp een opbrengst is van zijn misdrijf. Ik zou dan eerst aan aan schuld delicten denken die voordeel opleveren. Ik noem bijvoorbeeld culpose passieve omkoping (art. 363 Sr): een ambtenaar neemt een duur horloge aan 'redelijkerwijs vermoedende' dat dit aan hem gegeven is omdat hij een vergunning aan de omkoper heeft afgegeven. Dit horloge is dan een voorwerp dat uit eigen misdrijf afkomstig is, terwijl de ambtenaar dat redelijkerwijs moest vermoeden. Het verwerven en voorhanden hebben van het horloge is dan eenvoudig schuldwitwassen. Het kan ook zo zijn dat een grondmisdrijf meer of andere voorwerpen genereert dan verwacht.

## 5. Het voorkomen van dubbele bestraffing

De kwalificatie-uitsluitingsgrond is door de Hoge Raad mede bedoeld om een automatische dubbele bestraffing te voorkomen. Die mogelijkheid was vanaf het begin van het invoeren van de witwasbepalingen onderwerp van discussie. Met de komst van eenvoudig witwassen is die zeker niet verstomd, integendeel. Vaak zal een grondmisdrijf direct of indirect een opbrengst genereren, zodat de verdachte zich in die gevallen schuldig maakt aan twee strafbare feiten: het grondmisdrijf en (eenvoudig) witwassen.<sup>29</sup> Bij het plegen van vermogensmisdrijven is dat in beginsel rechtstreeks het geval. Maar ook bij een beloning anderszins voor het begaan van een misdrijf, gaat het om voorwerpen van eigen misdrijf afkomstig – al hoeven grondmisdrijf en opbrengst dan niet onlosmakelijk met elkaar verbonden te zijn. Denk weer aan de huurmoordenaar. Aan moord zit niet automatisch een opbrengst vast, het gaat in dit geval om de betaling die hij daarvoor krijgt. Bij een indirecte opbrengst is niet automatisch van dubbele strafbaarheid wegens (eenvoudig) witwassen sprake. Niettemin is de buit ook dan afkomstig uit enig eigen misdrijf.

In de wetsgeschiedenis wordt, zoals gezegd, opgemerkt dat eenvoudig witwassen vooral bedoeld is voor gevallen waarin een vervolging voor het grondmisdrijf niet mogelijk of niet aangewezen is en straffeloosheid wegens de niet-kwalificeerbaarheid als witwassen moet worden voorkomen. De minister laat ook de term 'effectieve afdoening' vallen.<sup>30</sup> Die benadrukking wijst erop dat volgens de minister door het Openbaar Ministerie om redenen van opportuniteit ervoor kan worden gekozen om van verdere opsporing of vervolging wegens het grondmisdrijf af te zien en slechts voor eenvoudig witwassen te kiezen. De Hoge Raad heeft dat liever niet,

29. Zo bijvoorbeeld al 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. 39-63.

30. *Kamerstukken II 2015/16*, 34294, nr. 6, p. 4.

maar het volledig uitzoeken van een complex en omvangrijk grondmisdrijf of een aantal misdrijven kan bijvoorbeeld te veel capaciteit van de strafrechtsketen vergen, zodat het verkieslijk is alleen het eenvoudig witwassen aan te pakken.<sup>31</sup> Als de verdachte evenwel toch cumulatief voor het grondmisdrijf en eenvoudig witwassen zou worden vervolgd, kan dat problemen opleveren. Dat zag de minister zelf ook wel in. Hij zoekt in dat verband zijn heil in de samenloopregeling van artikel 55 e.v. Sr (in het bijzonder de voortgezette handeling), een prudent vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie of het ontbreken van invloed op de uiteindelijk op te leggen straf.<sup>32</sup> Die problemen houden ook diverse schrijvers bezig.<sup>33</sup>

Materieel-strafrechtelijk kunnen problemen ontstaan om het gebeuren als één strafbaar feit te beschouwen en om dus geen meerdaadse samenloop aan te nemen. Als de door het grondmisdrijf en eenvoudig witwassen beschermde rechtsgoederen onvoldoende soortgelijk zijn, is geen sprake van voortgezette handeling, noch van eendaadse samenloop.<sup>34</sup> Eenheid van tijd en het verloop daarvan is een ander punt. Voor eendaadse samenloop moeten beide delicten temporeel samenvallen (maar voorhanden hebben is een voortdurend delict). Bij een voortgezette handeling mag dat aan de ene kant juist niet het geval zijn, maar is het wel zo dat aan de andere kant ook weer niet te veel tijd mag verstrijken. In het verlengde daarvan gaat het na verloop van tijd minder snel nog om één ongeoorloofd wilsbesluit. Als de buit veiligstellen niet al als een nieuwe beslissing kan worden aangemerkt dan ligt aan het verdere voorhanden hebben (lees: *verstoopt houden*) op enig moment toch een nieuwe beslissing ten grondslag.<sup>35</sup>

In alle gevallen waarin meerdaadse samenloop wordt aangenomen zal een praktische terughoudendheid uitkomst moeten bieden, zoals door de wetgever geopperd. Allereerst in de vorm van een prudent vervolgingsbeleid. Dat is aan het Openbaar Ministerie zelf, want niets staat bijvoorbeeld eraan in de weg dat de huurmoordenaar wordt vervolgd voor de moord gepleegd op dag 1 en voor het ontvangen van de betaling op dag 2. Soort-

31. Denk aan omvangrijke fraude. Voorts kan een rol spelen dat de verdediging uit strategisch oogpunt wel fel verweer zal voeren tegen een of meer grondmisdrijven (met een lang en duur voorbereidend onderzoek en proces tot gevolg), maar het eenvoudig witwassen wel wil bekennen en openstaat voor een snelle (milde) afdoening.

32. *Kamerstukken II 2015/16*, 34294, nr. 3, p. 7 (MVT), en nr. 6, p. 4.

33. In het bijzonder F.C.W. de Graaf, 'De rechtsfiguren eendaadse samenloop en voortgezette handeling nader beschouwd', *DD 2016/65*, par. 4 e.v., alsmede B.F. Keulen, 'Eenvoudig (schuld)witwassen', *DD 2016(9)* en M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving', *DD 2015(8)*.

34. Op zich zijn de meeste vermogensdelicten ten opzichte van de diverse witwasvormen wel gelijksoortige feiten. Niet voor niets is eenvoudig witwassen ex artikel 420bis. 1 Sr opgenomen in artikel 43b sub 1 Sr (net als artikel 420bis en 420ter Sr).

35. Vergelijk in dat verband mijn proefballon met Verbaan om het verborgen houden van geld te zien als een poging tot witwassen, J.H.J. Verbaan & J.S. Nan, 'Probleemoplossingsgericht denken bij witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen', *Proces 2014*, p. 272-288.

gelijk kan de dief worden vervolgd voor de diefstal gepleegd op dag 1 en het voorhanden hebben van de goederen vanaf dag 2. Het Openbaar Ministerie moet volgens de minister evenwel ervoor kiezen niet cumulatief voor twee ankers te gaan liggen. Daarnaast kan de strafrechter besluiten bij het bepalen van de straf het eenvoudig witwassen niet of nauwelijks te laten meewegen. Het zou in dat verband goed zijn als de feitenrechter expliciet aangeeft dat de kwalificatie van meerdaadse samenloop geen strafverhogend effect heeft gehad.

De Hoge Raad denkt op dit punt *out of the box* en komt met een andere oplossing door het volgende te overwegen (r.o. 2.4.4):

‘Een andere, niet-problematische mogelijkheid is dat, eveneens met het oog op het voorkomen van straffeloosheid, 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. Alsdan doen zich, bij een veroordeling ter zake van het (eenvoudig) witwassen, vragen omtrent voortgezette handeling en samenloop niet voor.’

Men kan zich afvragen waarmee de Hoge Raad zich bemoeit. Het is aan het Openbaar Ministerie om te beslissen waarvoor het wil vervolgen en hoe het een tenlastelegging inricht. Toch laat de rechtspraak zien dat de Hoge Raad zich wel vaker op dit terrein van het Openbaar Ministerie begeeft en hem de geprefereerde richting wijst.<sup>36</sup> En de door de Hoge Raad aangedragen oplossing voorkomt in alle eenvoud inderdaad een hele hoop ingewikkelde constructies om enerzijds straffeloosheid en anderzijds een onredelijke verdubbeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen. Als witwassen of eenvoudig witwassen subsidiair ten laste wordt gelegd kan slechts tot een veroordeling wegens één strafbaar feit worden gekomen.

Een opmerking moet hierbij wel gemaakt worden. Volgens mij dient alleen het eenvoudig witwassen subsidiair ten laste te worden gelegd (al is dan strikt genomen ook impliciet witwassen ten laste gelegd). Alleen bij eenvoudig witwassen kan immers sprake zijn van een onredelijke verdubbeling van strafbaarheid doordat met het begaan van het grondmisdrijf – ook zonder een verbergende of verhullende handeling – eenvoudig witwassen simpelweg gegeven is, gelet op de connexiteit tussen beide feiten. En het gaat het om het voorkomen van een dergelijke strafverdubelaar.<sup>37</sup> Witwassen kan daarentegen met een gerust hart nog steeds (en louter) cumulatief ten laste worden gelegd, omdat degene die betrok-

ken is bij het grondmisdrijf het aanvullende verwijt van een verbergende of verhullende handeling kan worden gemaakt (dat moet immers ook om tot de kwalificatie van witwassen te kunnen komen). Het is niet onredelijk dat hij in ieder geval door meerdaadse samenloop (of in bepaalde gevallen een separate vervolging) wel zwaarder gestraft wordt. Naast het belang dat het grondmisdrijf beschermt, bedreigt hij door zijn versluitende handelingen ook de integriteit van het financiële en economische verkeer door de buit weer in omloop te (willen) brengen.

## 6. Slot

Met de komst van artikel 420bis.1 en 420quater.1 Sr en het onderhavige arrest lijkt er weinig tot geen ruimte meer te bestaan voor de mogelijkheid dat iemand bij wie een voorwerp met een illegale herkomst wordt aangetroffen, strafrechtelijk niet kan worden aangepakt en dat dat voorwerp niet in beslag en afgenomen kan worden. Bestrafing voor het eigen misdrijf en ontneming van de opbrengst daarvan staan als het even kan voorop. Ik som de mogelijkheden op die de witwasbepalingen daarnaast bieden voor zover het om het verwerven of voorhanden hebben van dat voorwerp gaat. Er is sprake van witwassen als bedoeld in artikel 420bis lid 1 sub b Sr als het voorwerp onmiddellijk of middellijk afkomstig is uit een misdrijf waarbij hij geen betrokkenheid heeft gehad (1); als het voorwerp onmiddellijk afkomstig is uit een misdrijf waarbij hij wel betrokkenheid heeft gehad maar er met betrekking tot het voorwerp versluitende handelingen zijn verricht (2); of als het voorwerp middellijk uit eigen misdrijf afkomstig is (3). Van eenvoudig witwassen als bedoeld in artikel 420bis.1 Sr is sprake als het voorwerp onmiddellijk afkomstig is uit een misdrijf waarbij hij betrokkenheid heeft gehad *en* er geen verbergende of verhullende handelingen zijn verricht (4). Het verbeurdverklaren van het voorwerp bij een veroordeling voor een van deze vormen van witwassen behoort dan steeds tot de mogelijkheden.<sup>38</sup>

Helen en stelen gaan niet samen, dat is duidelijk. Voor grondmisdrijf, eenvoudig witwassen en witwassen is dat ingewikkelder. Dat maakt een variëteit aan (samengestelde) tenlasteleggingen mogelijk. Als het niet erop lijkt dat een versluitende handeling is verricht ten aanzien van het uit eigen misdrijf afkomstige voorwerp, geldt dat grondmisdrijf en eenvoudig witwassen het beste in de verhouding primair/subsidiair ten laste kunnen worden gelegd (al kan dat ook cumulatief, met allerlei problemen van dien). Als mogelijkterwijs wel een versluitende handeling is verricht, geldt dat grondmisdrijf en

36. Denk aan de tip subsidiair medeplichtigheid ten laste te leggen als niet zonneklaar is dat sprake is van medeplegen, vgl. HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 *NJ* 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis, *NbSr Geannoteerd* 2015/24, m.nt. J.S. Nan, r.o. 3.3.2. Een 'handreiking' is ook HR 24 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1497, *NJ* 2014/339, m.nt. J.M. Reijntjes, over het ten laste leggen van grootschalig bezit van kinderporno.

37. Recentelijk nog T. Kooijmans, 'Witwassen van voorwerpen uit eigen misdrijf', *Ars Aequi*, februari 2016, p. 113-114.

38. Voor ontneming ligt dat een stuk lastiger, omdat niet zonder meer kan worden gezegd dat het (eenvoudig) witwassen ook een wederrechtelijk verkregen voordeel heeft opgeleverd. Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5217, *NJ* 2013/293, m.nt. J.M. Reijntjes en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:693, *NJ* 2014/410, m.nt. J.M. Reijntjes.

witwassen cumulatief ten laste gelegd kunnen worden. Als die verbergende of verhullende handeling eerst later is verricht, zou het mogelijk zijn als feit 1 grondmisdrijf en (subsidiair, of cumulatief) eenvoudig witwassen ten laste te leggen en daarnaast als feit 2 witwassen cumulatief aan de tenlastelegging toe te voegen.

Ten slotte de verhouding tussen eenvoudig witwassen en witwassen. Die alternatieven staan in een bijzondere verhouding tot elkaar, in de zin dat (de afwezigheid van) een verbergende of verhullende handeling ten aanzien van het uit eigen misdrijf afkomstige voorwerp het verschil maakt. Is onduidelijk of van een dergelijke handeling sprake is, kunnen eenvoudig witwassen en witwassen alternatief ten laste worden gelegd. Als eenvoudig witwassen op enig moment overgaat in witwassen, dan kunnen zij cumulatief ten laste worden gelegd.