

# VU Research Portal

## Case note: HR

Borgers, M.J.

2006

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2006). *Case note: HR*, No. 612, Sep 05, 2006. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2006).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Noot van M.J. Borgers

1

Het strafrecht richt zich tot de levenden, niet tot de doden. Dit komt tot uitdrukking in onder andere art. 75 Sr, op grond waarvan het recht tot tenuitvoerlegging van de opgelegde straf of maatregel door het overlijden van de veroordeelde vervalt. Op dat voorschrift bestaat één uitzondering, namelijk de tenuitvoerlegging van een ontnemingsmaatregel. Misdad mag niemand lonen, ook niet de erfgenamen van degene die wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. (Zie daarover T. Kooijmans, *Op maat geregeld?*, Deventer: Kluwer 2002, p. 282–283, 286, die tevens pleit voor verruiming van de uitzonderingsclausule tot alle vermogensmaatregelen.) Een (schijnbare) lacune in de wetgeving is dat art. 75 Sr als vertrekpunt kent dat er onherroepelijk een ontnemingsmaatregel is opgelegd. Maar wat als de verkrijger van het voordeel overlijdt voordat het zo ver is? Wil men dan langs (commuun) strafrechtelijke weg — de fiscale mogelijkheden en art. 13 en 16 WED laat ik rusten — aan het geld komen, dan moet er worden gewerkt met een constructie, waarbij strafrechtelijke aansprakelijkheid van de erfgenamen kan worden aangenomen teneinde langs die weg tot confiscatie van het te erven of reeds geërfde misdadgeld te komen. Het openbaar ministerie heeft deze constructie in de hier besproken zaak opgetuigd aan de hand van de strafbaarstelling van witwassen in combinatie met de mogelijkheid van verbeurdverklaring dan wel ontneming van de opbrengst van dat witwassen. De bovenstaande beschikking laat zien dat die aanpak tot het gewenste resultaat kan leiden. Complex wordt het echter wel wanneer de erfgenamen minderjarig zijn (vgl. ook de parallelle beschikking, nr. 01232/05 B, LJN AU5723).

2

De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen is — zowel in de doleuze als de culpoze variant (art. 420bis respectievelijk 420quater Sr) — in hoge mate als een catch all-bepaling geschreven. De objectieve bestanddelen geven het delict nauwelijks enige begrenzing. Weliswaar gaat het ten dele om specifieke en dubieuze handelingen als verbergen en verhullen, maar óók wordt gesproken van zeer alledaagse handelingen zoals het voorhanden hebben van voorwerpen. Essentieel voor de strafbaarheid zijn de subjectieve bestanddelen. Het gaat om het weten dan wel redelijkerwijs moeten vermoeden dat het voorwerp — onmiddellijk of middellijk — afkomstig is uit enig misdrijf. Aan het bewijs van het uit enig misdrijf afkomstig zijn worden geen hoge eisen gesteld (vgl. HR 28 september 2004, LJN AP2124; HR 27 september 2005, NJ 2006, 473), zodat strafbaarheid al snel in zicht komt wanneer de betrokkene weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de herkomst van een voorwerp niet pluis is. De kern van het witwasmisdrijf is immers dat men alle handelingen met betrekking tot misdadgeld en (andere) voorwerpen met een misdadige herkomst achterwege behoort te laten, reeds omdat deze handelingen in strijd zijn met de openbare orde (vgl. Kamerstukken II 1999/2000, 27 159, nr. 3, p. 5). Vanuit dit perspectief is het tamelijk vanzelfsprekend dat het (zuiver of beneficiair) aanvaarden van een erfenis,

terwijl men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die erfenis geheel of gedeeltelijk uit misdaadgeld bestaat, tot strafbaarheid leidt. Dat geldt ook indien men als wettelijk vertegenwoordiger een dergelijke erfenis voor een minderjarige erfgenaam aanvaardt. Dat deze persoon qualitate qua optreedt voor de minderjarige die de rechthebbende is op de erfenis, neemt niet weg dat de wettelijk vertegenwoordiger de handelingen met betrekking tot de erfenis verricht.

3

Het belang van de beschikking van de Hoge Raad ligt vooral in de overwegingen waarin een beperking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van erfgenamen wegens witwassen wordt aanvaard. Die beperking is met name van belang in de situatie waarin men, nadat de erfenis is aanvaard, er achter komt dat de erfenis niet pluis is. De tekst van art. 420bis/quater Sr brengt met zich dat de erfgenaam op dat moment vrijwel automatisch strafbaar wordt. Die interpretatie vindt ook tot op zekere hoogte steun in de wetsgeschiedenis, zoals de Hoge Raad laat zien. Maar het resultaat kan onredelijk zijn. Het Nederlandse strafrecht is immers een daadstrafrecht, waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gebaseerd op een gewilde spierbeweging. Die aanduiding is uiteraard niet in alle opzichten (meer) adequaat, maar onbetwist is dat strafrechtelijke aansprakelijkheid op een keuze berust. De dader moet de mogelijkheid hebben gehad anders, dat wil zeggen: niet-strafbaar, te handelen. Het is hierom dat de Hoge Raad de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen beperkt. Wie een erfenis heeft aanvaard en er dan achter komt dat de erfenis uit enig misdrijf afkomstig is, kan niet wegens witwassen worden veroordeeld indien het oogmerk ontbreekt de (verdere) feitelijke zeggenschap over de uit misdrijf afkomstige voorwerpen uit te oefenen. Dat oogmerk ontbreekt in ieder geval wanneer de erfgenaam onverwijld politie en justitie inlicht en de erfenis, althans het uit enig misdrijf afkomstige gedeelte daarvan, 'vrijwillig' aan de Staat afdraagt. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat het ontbreken van het oogmerk ook anders kan blijken, maar duidelijk is dat de erfgenaam zich moet ontdoen van de erfenis. Zou een overboeking naar een erkend goed doel ook toereikend zijn? Ik betwijfel dat. De bestrijding van witwassen is erop gericht dat misdaadgeld uit de legale economie wordt gehouden of gehaald. Vanuit die optiek ligt het in de rede dat de afdracht altijd aan de Staat dient te geschieden. De Hoge Raad stelt het echter niet zo dwingend. Hoe dan ook, de erfgenaam krijgt van de Hoge Raad alsnog het keuzemoment dat de tekst van art. 420bis/quater Sr niet biedt. Deze ontsnappingsmogelijkheid biedt de Hoge Raad ook aan de erfgenaam die op het moment van aanvaarding al weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de erfenis niet pluis is. De reden daarvoor zal zijn dat van de erfgenaam niet verlangd kan worden een erfenis geheel te verwerpen indien deze maar ten dele uit misdaadgeld bestaat, en ook dat (beneficiaire) aanvaarding van een erfenis soms vrijwel ongemerkt kan plaatsvinden, zoals A-G Knigge schetst met betrekking tot de afwikkeling van erfenis bij minderjarige erfgenamen. De Hoge Raad presenteert de — terechte — doorbreking van de automatische strafbaarheid wegens witwassen overigens als 'redelijke wetsuitleg'. Van wetsuitleg is eigenlijk geen sprake, omdat de Hoge Raad feitelijk een ongeschreven (kwalificatieuitsluitings)grond aanvaard om strafbaarheid af te wenden. (Ten aanzien van de zogeheten heler/steler-regel gaf de Hoge Raad overigens openlijker aan dat de wet een vergelijkbare kwalificatieuitsluitingsgrond niet noemt, HR 7 februari 1978, NJ 1978, 661). Maar redelijk is het natuurlijk wel. Dat laat uiteraard onverlet dat men de vraag kan opwerpen of de beperking van strafbaarheid wegens witwassen in sommige gevallen niet nog verder zou moeten strekken. Wat te

denken bijvoorbeeld van de casus waarin de erfgenaam pas geruime tijd na het verkrijgen van de erfenis ontdekt dat het geld een misdadige herkomst heeft, terwijl intussen van het geld een woning is gekocht? Is het ook dan zonder meer redelijk de eis te stellen dat (de waarde van) het huis aan de Staat wordt afgedragen? Dat is op zijn minst voor discussie vatbaar.

4

Het aanvaarden van het ontbreken van het oogmerk de (verdere) feitelijke zeggenschap over de uit misdrijf afkomstige voorwerpen uit te (gaan) oefenen als kwalificatieuitsluitingsgrond brengt met zich dat de Hoge Raad het zuiver of beneficiair aanvaarden van een erfenis reeds als een voorhanden hebben in de zin van art. 420bis/quater Sr aanmerkt, ook als het geld nog niet concreet in handen is van de erfgenaam (maar bijvoorbeeld op de derdenrekening van de notaris staat). A-G Knigge kiest hier een enigszins andere lijn. Van voorhanden hebben is zijns inziens pas sprake bij het doen doorstorten naar de privé-rekening, dan wel een andere aanwending ten eigen bate. Die benadering spreekt in zoverre aan dat op dat moment klip en klaar is dat de erfgenaam zich niet van het geld ontdoet. De benadering van de Hoge Raad sluit daarentegen beter aan bij het tweede lid van art. 420bis/quater Sr, op grond waarvan vorderingen als voorwerpen hebben te gelden. Los van allerlei erfrechtelijke complicaties, geldt in essentie dat met de aanvaarding van de erfenis de erfgenaam kan vorderen dat de notaris hem het geld doet toekomen. Voorzover deze benadering onredelijk zou uitwerken, omdat het oogmerk ontbreekt de feitelijke zeggenschap over de uit misdrijf afkomstige voorwerpen uit te (gaan) oefenen, is het aan de verdachte om daar gemotiveerd een beroep op te doen (vgl. reeds, voor de heler/steler-regel, HR 7 februari 1978, NJ 1978, 661). Aannemelijk moet dan worden dat de verdachte weliswaar reeds aanspraak op afdracht van het geld kon maken, maar juist voornemens was het geld aan de Staat af te dragen.

5

Gegeven de strafbaarheid wegens witwassen kan de verkregen erfenis, voor zover die misdaadgeld vertegenwoordigt, tamelijk eenvoudig worden geconfisqueerd door middel van een verbeurdverklaring of een ontnemingsmaatregel. Dat ligt anders indien de wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige erfgenaam wordt vervolgd en veroordeeld. Aan deze vertegenwoordiger behoort de erfenis immers niet toe. Dan moet er worden doorgepakkt naar het vermogen van de erfgenaam. Op zichzelf biedt de wet mogelijkheden bij zowel verbeurdverklaring als ontneming van voordeel om door te pakken naar het vermogen van een derde. Vereist is dan in ieder geval een zekere wetenschap bij de betrokken derde. Bepalend is of die wetenschap bestond op het moment van het verkrijgen of het gaan toebehoren van het desbetreffende voorwerp. Wanneer het gaat om een minderjarige, kan het aannemen van deze wetenschap problematisch zijn. In deze beschikking, waarin op het moment van (beneficiaire) aanvaarding de erfgenaam veertien jaar oud was, constateert de Hoge Raad op dit punt een motiveringsgebrek. In de parallelle beschikking (LJN AU5723) gaat het om een tweejarige erfgenaam, hetgeen voor de Hoge Raad reden is om de mogelijkheid van wetenschap geheel uit te sluiten. Het resultaat is dan dat de wettelijk vertegenwoordiger wel strafbaar kan zijn wegens witwassen, maar dat justitie toch niet aan de criminele erfenis kan komen. Constructie mislukt. Al is niet uitgesloten dat het openbaar ministerie wacht totdat de erfgenamen een leeftijd hebben waarop het

aannemen van de vereiste wetenschap minder problematisch is, om dan die erfgenamen zelf te vervolgen wegens witwassen.

6

De Hoge Raad geeft in rov. 6.2 aan dat het niet aan de rechter is om de beperkingen van de bestaande confiscatiemogelijkheden op te heffen. Dat is een signaal in de richting van de wetgever. Voorafgaand aan deze beschikking van de Hoge Raad heeft de minister aangegeven geen aanleiding te zien voor nieuwe wetgeving met het oog op de aanpak van besmette erfenissen (Aanhangsel Kamerstukken II 2006/07, nr. 36), maar met deze beschikking in de hand kan daar wellicht anders over worden gedacht. Is er behoefte aan wetgeving op dit vlak? Dat is een onderwerp waar veel over valt te zeggen. Ik laat het bij het volgende. In de hier besproken beschikking formuleert de Hoge Raad met zoveel woorden een verplichting tot afdracht van criminele erfenissen aan de Staat. Dat vormt weliswaar een logisch onderdeel in de redenering om strafrechtelijke aansprakelijkheid af te wenden, maar het is niettemin curieus dat een dergelijke verplichting geen grondslag vindt in boek 4 van het Burgerlijk Wetboek. Ook wringt het naar mijn mening dat men eerst (dreigende) strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens witwassen in het leven moet roepen, om maar aan de criminele erfenis te komen. Want hoe gaat het, na deze beschikking van de Hoge Raad, met de onwetende erfgenaam? Die wordt bezocht door een opsporingsambtenaar die omstandig uiteenzet wat er over de erflater is bekend. Vanaf dat moment is er sprake van een verdenking ter zake van witwassen en wordt de erfgenaam voorgehouden dat hij, wil hij niet worden vervolgd, het verkregen misdaadgeld moet afdragen. Dat kan (enigszins) sympathieker door buiten de strafrechtelijke context tot een afdrachtverplichting te komen. Vervolging wegens witwassen kan dan worden gereserveerd voor erfgenamen die evident van het misdaadgeld willen profiteren. Daarnaast kan een dergelijke niet-strafrechtelijke afdrachtverplichting mede worden afgestemd op minderjarige erfgenamen. Dat voorkomt ook dat de wetgever in de verleiding komt om de — terecht bestaande — wetenschapsvereisten in art. 33a lid 2 onder a Sr en art. 94a lid 3 Sv op de helling te zetten. Bij een eventuele nieuwe wettelijke regeling zou wat mij betreft tot uitgangspunt moeten worden genomen dat — anders dan in het ingetrokken voorstel voor een Wet confiscatie crimineel vermogen (23 704) — de erfgenamen niet worden belast met het bewijs dat de erfenis niet uit wederrechtelijke bron afkomstig is. Dat zou in het licht van het EVRM — in het bijzonder art. 1 van het Eerste Protocol — problematisch zijn, juist ook omdat die regeling zich met name zou richten op onwetende erfgenamen.

7

Tot slot een korte opmerking over een kwestie waar de Hoge Raad slechts een tussenzin aan wijdt: de ontvankelijkheid van het beklag. A-G Knigge werpt de vraag op wie in een geval als het onderhavige — met een moeder die klaagt namens een minderjarige zoon met de leeftijd van (inmiddels) zestien jaar — bevoegd is tot het indienen van het klaagschrift, en voorziet die vraag van een uitvoerig, helder en overtuigend antwoord. Knigge komt tot de slotsom dat de rechtbank het door de moeder ingestelde beklag niet ontvankelijk had mogen verklaren zonder na te gaan of de zestienjarige zoon met dat beklag instemde. De Hoge Raad zegt hierover (in rov. 2.1) niet meer dan dat het beklag 'kennelijk' niet is gericht tegen de ontvankelijkverklaring van de minderjarige. Ogenschoon ligt dat ook voor de hand: de

omvang van het cassatieberoep noopt niet tot een beoordeling van dit punt, terwijl toepassing van art. 448 lid 1 Sv ten nadele van de minderjarige — wiens aandeel in de erfenis voorwerp is van beslag — zou werken. Maar is dat ook zo? De A-G werpt terecht de vraag op of de belangen van de moeder en die van de zoon in deze zaak wel parallel lopen. Gegrondverklaring van het beklag en teruggave van het inbeslaggenomen geld roept immers de reële kans in het leven dat de zoon zelf als witwasser wordt vervolgd. Gelet op deze discrepantie in belangen had de door de A-G opgeworpen ontvankelijkheidskwestie een bespreking verdiend die meer omvat dan een tussenzin.