

# VU Research Portal

## Het vervolgingsbegrip anno 2013

Borgers, M.J.

### ***published in***

Delikt en Delinkwent  
2013

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

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

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

Borgers, M. J. (2013). Het vervolgingsbegrip anno 2013. *Delikt en Delinkwent*, 43(3), 210-228. Article 20.

### **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)

## Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen<sup>2</sup>

33

### 1 Een klassieke vraag

Hoe ver mag de rechter gaan bij de uitleg van de wet en, belangrijker nog, bij de duiding van het recht? Over deze klassieke, maar immer onverminderd actuele vraag heeft Ybo Buruma, oud-redacteur van dit tijdschrift en thans raadsheer in de Hoge Raad, recent een boeiende beschouwing geschreven.<sup>3</sup> Letterlijk genomen zou men onder ‘rechtsvorming’ kunnen verstaan: het vormen van nieuw recht, dat het reeds bestaande recht wijzigt of aanvult. Zo letterlijk genomen lijkt rechtsvorming een activiteit te zijn waar de rechter zich tamelijk ver van zou moeten houden. Ik citeer Buruma: ‘Rechtsvorming is primair een taak van de wetgever; de rechter interpreteert de wetten.’<sup>4</sup> Men zou ook kunnen zeggen: de rechter moet het recht niet vormen, maar ‘slechts’ vinden. De werkelijkheid is evenwel, en dat komt fraai naar voren in de beschouwingen van Buruma, weerbarstig. De scheidslijn tussen enerzijds rechtsvorming en anderzijds wetsinterpretatie of rechtsvinding is, zo die reeds valt te trekken, in elk geval zo dun dat een praktisch hanteerbaar onderscheid zich nauwelijks laat maken.<sup>5</sup> Bovendien zijn er eenvoudig gevallen denkbaar waarin de wetgever niet heeft voorzien in (min of meer duidelijke) regels, terwijl de rechter wel een belangrijke knoop moet doorhakken. Rechtsweigering is geen optie en de rechter zal dan zelf de regel moeten formuleren op grond waarvan de beslissing wordt genomen.

Dat de rechter aan rechtsvorming doet, is dus onvermijdelijk en ook – met het oog op de kwaliteit van het recht – onmisbaar. Toch is rechtsvorming een delicate aangelegenheid. In een democratische rechtsstaat is het immers vanzelfsprekend dat de rechter niet naar eigen inzicht bepaalt wat rechtens is. De wet vormt – uiteraard naast andere rechtsbronnen – een uiterst belangrijk richtpunt voor de rechter. Dat geldt *a fortiori* op strafrechtelijke terrein, gelet op de belangrijke plaats die het legaliteitsbeginsel inneemt. In het ideale geval wijst de wet – en dus de wetgever – eenduidig de weg, zodat de rechter die kan volgen wanneer hij oordeelt in het concrete geval. In het ideale geval, want ook als de rechter niets liever zou doen dan het zo strak mogelijk toepassen van de wet, moet nog maar blijken of de woorden van de wet helder zijn en ook of de bedoeling van de wetgever ter zake van de toepasselijke regel zich adequaat laat benoemen of construeren. Aan dergelijke kenbaarheidsproblemen kunnen uiteenlopende oorzaken ten grondslag liggen. Zo is het voor de wetgever niet altijd goed mogelijk om alle situaties te voorzien waarin de wet toepassing zou moeten vinden, waardoor het voor de wetgever geen sinecure zal zijn om treffende bewoordingen te vinden.

- 
1. Hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.
  2. Citeerwijze: M.J. Borgers, ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen’, *DD* 2013, 33.
  3. Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013, nr. 1, p. 6-14.
  4. Buruma 2013, p. 7.
  5. De literatuur hierover is overvloedig. Zie kernachtig M.S. Groenhuijsen, ‘Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en “prospectieve overruling” in het straf(proces)recht’, in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 191-194.

De rechter en de wetgever zijn daarom op elkaar aangewezen. ‘Rechtsvorming is een kwestie van samenspraak tussen wetgeving en rechtspraak’, schrijft Buruma.<sup>6</sup> En zo is dat.<sup>7</sup> De samenspraak tussen wetgeving en rechtspraak veronderstelt een zekere mate van interactie tussen de wetgever en de rechter. Uitspraken van de rechter laten zien hoe wettelijke normen in de praktijk functioneren, hetgeen licht kan werpen op beperkingen, omissies of knelpunten. De wetgever kan daarin aanleiding vinden om bestaande normen bij te stellen of om te voorzien in een nieuwe norm. In dit proces is ook van belang in hoeverre de wetgever laat blijken hoeveel vrijheid aan de rechter wordt gelaten. Wanneer de wetgever aan geeft een regeling te hebben willen ‘dichttimmeren’, wordt van de rechter een volgende houding verwacht, terwijl wanneer de wetgever juist tot uitdrukking brengt dat het aan de rechter is om normen verder te ontwikkelen, de rechter die ruimte ook zal moeten nemen. Een open, communicatieve houding van zowel de wetgever als de rechter bevordert daarbij dat er daadwerkelijk tot *samenspraak* – en daarmee tot beter recht – wordt gekomen.

Maar de werkelijkheid is niet zo eenvoudig als de zojuist gegeven schematische weergave suggereert. De wetgever zadelt de rechter soms op met lastige dilemma’s. Illustratief is de strafbaarstelling van witwassen. In de kern houdt witwassen verband met een proces van versluiering van de herkomst van criminele gelden. Witwashandelingen zijn dan al die handelingen die op enigerlei wijze onderdeel uitmaken van dit proces. De strafbaarstelling van artikel 420bis-420quater Sr is echter zodanig opgezet dat, afgaande op de tekst van de wet, voor strafbaarheid in principe volstaat dat men een uit – een al dan niet gespecificeerd – misdrijf afkomstig voorwerp bezit. Daarmee kan strafrechtelijke aansprakelijkheid ook worden aangenomen indien de gestelde gedraging geen element van versluiering in zich draagt. Een veel gebruikt voorbeeld is de diefstal van een fiets. Wie een fiets steelt en daarop wegrijdt, is naar de letter van de wet al aan het witwassen. In essentie heeft dat met witwassen – het op enigerlei wijze (trachten te) versluieren van de wederrechtelijke herkomst van vermogensbestanddelen – niets van doen.<sup>8</sup> Dat stelt de rechter voor de vraag wat de bovenaan moet voeren bij de toepassing van de wet: de zeer ruime bewoordingen van de strafbaarstelling of toch de meer specifieke ratio van de strafbaarstelling? Op grond van de wetsgeschiedenis is die vraag niet onmiddellijk te beantwoorden.

Ook Buruma onderstreept de vragen die de rechter in relatie tot de strafbaarstelling van witwassen ontmoet:

“In andere gevallen [dan gevallen waarin de wetgever welbewust een grote interpretatieruimte aan de rechter geeft; MJB] weten we niet of de wetgever zich wel realiseerde hoeveel vrijheid hij aan de rechter gaf. Bedoelde de wetgever nu echt dat het voor witwassen genoeg is dat de dader door hemzelf gestolen geld in een kluis stopt (daarmee de herkomst van dat geld verbergend) – wat eigenlijk neerkomt op automatische verdubbeling van de strafbaarheid van het gronddelict. Dat kan ik niet geloven, al lijkt het wel uit de wettekst voort te vloeien. En bedoelde de wetgever echt dat de echtgenote van die dader veroordeeld kan worden wegens medeplegen van witwassen, louter omdat zij van de aanwezigheid van het geld op de hoogte was en door dit niet te verklikken aan de politie heeft bijgedragen aan dat verhullen? Dat lijkt toch ook sterk.”

Buruma voegt daaraan toe dat de wetgever door de afbakening van de delictomschrijving vrijwel geheel over te laten aan de rechtspraak, de (cassatie)rechter in een lastig parket

6. Buruma 2013, p. 14.

7. Zie hierover ook M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter’, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimiteit*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1, Deventer: Kluwer 2011, p. 103-185.

8. Zie nader mijn noot onder HR 2 oktober 2007, NJ 2008, 16.

heeft gebracht.<sup>9</sup> Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat dit niet ertoe heeft geleid dat de Hoge Raad het hoofd in de schoot heeft gelegd en klakkeloos de bewoordingen van de delictomschrijving is gaan volgen. Niettegenstaande enkele uitspraken waarin de Hoge Raad vrij strak vasthoudt aan de tekst van de wet,<sup>10</sup> is er inmiddels een bescheiden reeks aan arresten waarin de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen (nader) wordt begrensd. Daartoe hanteert de Hoge Raad het instrument van de kwalificatieuitsluitingsgrond: onder omstandigheden wordt dan een bewezen verklaarde gedraging, hoewel die naar de letter van de wet binnen de delictomschrijving (van artikel 420bis of 420quater Sr) valt, niet als witwassen gekwalificeerd. Dat leidt dan tot ontslag van alle rechtsvervolging.

De rechtspraak over witwassen illustreert daarmee goed de evenwichtskunst die de rechter soms moet beoefenen wanneer hij wordt geconfronteerd met een strafbaarstelling die naar de letter zeer ruim is geformuleerd, terwijl er een gegronde aanleiding bestaat voor twijfel of die strafbaarstelling wel zo ruim is bedoeld. Telkens komt het dan aan op de keuze tussen ofwel het volgen van de woorden van de wet, in het besef dat sommige daarbinnen vallende gedragingen nauwelijks iets van doen hebben met de kern van het delict, ofwel het aanscherpen en afbakenen van de wettelijke verbodsnorm, weliswaar in lijn met het doel van de strafbaarstelling, maar toch ook zonder dat de wetgever daartoe een echt duidelijk handvat – in de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis – heeft geboden. Het is dan zoeken naar het juiste midden. Buruma noteert daarover: ‘Vage wetbepalingen dwingen er ondanks het ongemak van de rechter dienaangaande toe om door middel van interpretatie toch enige beperkingen aan te brengen (zoals bij het witwasvoorbeeld).’<sup>11</sup>

Naar aanleiding van een vijftal arresten van 8 januari 2013 wil ik, in het bijzonder in relatie tot de kwalificatieuitsluitingsgrond die is ontwikkeld om de (ook door Buruma genoemde) automatische verdubbeling van strafbaarheid tegen te gaan, stilstaan bij de vraag hoe ver de Hoge Raad reeds is gegaan met het aanbrengen van een beperking in het toepassingsbereik van de witwasbepalingen en de vraag in hoeverre een (nog) verdergaande afbakening mogelijk, verdedigbaar en haalbaar zou zijn. Daartoe geef ik een kort overzicht van de huidige rechtspraak van de Hoge Raad,<sup>12</sup> om daarna de wenselijkheid en de haalbaarheid van een verruiming van de werking van de kwalificatieuitsluitingsgrond te bespreken.

## 2 Een overzicht van de rechtspraak

Het eerste arrest waarin de Hoge Raad een beperking heeft aanvaard op de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens witwassen, ziet op de situatie waarin personen aanspraak maken op een erfenis die criminele gelden omvat.<sup>13</sup> Die beperking is met name van belang in de situatie waarin men, nadat de erfenis is aanvaard, er achter komt dat de erfenis crimineel geld omvat. De tekst van artikel 420bis-420quater Sr brengt met zich dat de erfgenaam op dat moment vrijwel automatisch strafbaar wordt. Dat wordt evenwel niet redelijk geacht. Derhalve heeft de Hoge Raad bepaald dat degene die een erfenis heeft aanvaard en er dan achter komt dat de erfenis uit enig misdrijf afkomstig is, niet wegens witwassen kan 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

9. Buruma 2013, p. 9.

10. Zie HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 m.nt. M.J. Borgers en HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94 m.nt. M.J. Borgers.

11. Buruma 2013, p. 13. Overigens zou ik de strafbaarstelling van witwassen niet zozeer als vaag willen aanmerken, maar veeleer als *overinclusieve*. Zie ook paragraaf 4.

12. Ik bouw daarbij voort op het overzicht in Borgers 2011, p. 145-147.

13. HR 5 september 2006, *NJ* 2006, 612 m.nt. M.J. Borgers.

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 licht deze aanvaarding van een beperking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet anders toe dan met een beroep op een redelijke wetsuitleg. Niettemin lijkt voor de Hoge Raad een belangrijke rol te hebben gespeeld dat de wetsgeschiedenis een tamelijk concreet aanknopingspunt biedt voor het aanvaarden van deze beperking.<sup>14</sup>

In een volgend arrest, gewezen op 26 oktober 2010, aanvaardt de Hoge Raad wederom een kwalificatieuitsluitingsgrond, ditmaal met het oog op de situatie waarin 'vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp'.<sup>15</sup> De Hoge Raad citeert in dit arrest uitvoerig uit de parlementaire stukken. De desbetreffende passages bieden, anders dan in de zaak over het aanvaarden van een erfenis die crimineel geld bevat, geen concrete handvatten voor de aanvaarding van een dergelijke kwalificatieuitsluitingsgrond. Niettemin rijst uit de geciteerde stukken tezamen wel het beeld dat die strafbaarstelling naar de letter wat ruimer is uitgevallen dan op dat moment voor wenselijk werd gehouden. Kennelijk – en terecht – heeft de Hoge Raad hierin aanleiding gevonden voor de aanvaarding van de kwalificatieuitsluitingsgrond.

Een derde arrest waarin een kwalificatieuitsluitingsgrond wordt aangenomen, ziet op de situatie waarin – kort gezegd – vermenging van legaal verkregen vermogensbestanddelen met van uit misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden en/of de aangetroffen vermogensbestanddelen in een ver verwijderd verband staan met het gronddelict.<sup>16</sup> De Hoge Raad verstrekt daarbij diverse gezichtspunten die van belang zijn voor het oordeel in het concrete geval of deze kwalificatieuitsluitingsgrond toepassing vindt, waaronder de waarde van het van misdrijf afkomstige vermogensbestanddeel dat vermengd is geraakt, ten opzichte van het legaal verkregen deel alsmede de hoeveelheid en de aard van de veranderingen in het eenmaal vermengde vermogen. Opmerkelijk is dat in de door de Hoge Raad geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis nauwelijks specifieke en eenduidige aanknopingspunten zijn te vinden voor de beperking die de Hoge Raad aanbrengt in de reikwijdte van het witwasmisdrijf. Toch neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat '[d]e wetgever het aldus aan het openbaar ministerie en de rechter [heeft] overgelaten ervoor te zorgen dat de witwasbepalingen niet worden toegepast ten aanzien van in wezen niet-strafwaardige gedragingen', terwijl ook wordt genoteerd dat 'een onbegrensde wetstoepassing niet in alle gevallen strookt met de bedoeling van de wetgever'. Ook in deze uitspraak toont de Hoge Raad zich bereid om de verschillende onderdelen van de wetsgeschiedenis in onderlinge samenhang te beschouwen en een relatie te leggen met de doelstellingen van de witwasbepaling. De Hoge Raad lijkt daarbij in aanmerking te nemen dat een delict als witwassen zich, vanwege de uiteenlopende verschijningsvormen waarin dat witwassen zich kan voordoen, niet eenvoudig laat afbakenen in een delictomschrijving. Daardoor is het (des te meer) van belang dat de rechter bij de toepassing van de delictomschrijving in concrete zaken de kern van het witwasmisdrijf goed in het oog houdt.

14. De Hoge Raad citeert een passage uit *Kamerstukken I* 2001/02, 27 159, nr. 33a, p. 5-6. Daarin is het voorbeeld aan de orde van een transactie met betrekking tot een plezierjacht, waarbij later blijkt dat er misdadig geld in het spel is. De minister geeft aan dat voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan relevant is of op dat moment al dan niet politie en justitie worden ingeschakeld.

15. HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655 m.nt. N. Keijzer.

16. HR 23 november 2010, *NJ* 2011, 44 m.nt. N. Keijzer.

### 3 De ‘verduidelijking’ in de arresten van 8 januari 2013

Het vorenstaande overzicht laat zien dat de Hoge Raad in relatie tot drie (specifieke) situaties het toepassingsbereik van de strafbaarstelling van witwassen heeft beperkt: het ontvangen (hebben) van een criminele erfenis; het voorhanden hebben dat automatisch het gevolg is van het begaan van het gronddelict; bepaalde vormen van vermenging en omzetting van (oorspronkelijk) uit enig misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen. Recent heeft de Hoge Raad aanleiding gezien om de kwalificatieuitsluitingsgrond zoals die is geformuleerd met betrekking tot de tweede situatie – het voorhanden hebben dat automatisch het gevolg is van het begaan van het gronddelict – te verduidelijken. In een vijftal arresten is daartoe een gelijklopende overweging opgenomen, die als volgt luidt:

“Met deze rechtspraak [met name het arrest van 26 oktober 2010; MJB] wordt mede beoogd te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die de door dat misdrijf verkregen voorwerpen onder zich heeft en dus voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van die voorwerpen. Bovendien wordt aldus bevorderd dat in zo een geval het door de verdachte begane (grond)misdrijf, dat in de regel nader is omschreven in een van specifieke bestanddelen voorziene strafbepaling, in de vervolging centraal staat. Daarom is beslist dat “indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, die gedraging niet als (schuld)witwassen kan worden gekwalificeerd”.

Er moet in dergelijke gevallen dus sprake zijn van een gedraging die meer omvat dan het enkele 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. (...)

In die eerdere rechtspraak is voorts tot uitdrukking gebracht dat een vonnis of arrest voldoende duidelijkheid moet verschaffen over de door de rechter in dit verband relevant geachte gedragingen van de verdachte. Wanneer het gaat om het voorhanden hebben van een voorwerp dat afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, moeten daarom bepaaldelijk eisen worden gesteld aan de motivering van het oordeel dat sprake is van (schuld)witwassen. Uit die motivering moet kunnen worden afgeleid dat de verdachte het voorwerp niet slechts voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.”<sup>17</sup>

Anders dan de Hoge Raad suggereert, gaat het hier niet slechts om een ‘verduidelijking’. Het gaat evenzeer om een aanvulling en een aanscherping van de eerdere rechtspraak. Ik ben daar reeds uitvoerig op ingegaan in mijn annotatie in de Nederlandse Jurisprudentie,<sup>18</sup> zodat ik hier met twee – voor het vervolg van mijn beschouwing relevante – opmerkingen volsta.

Allereerst valt het op dat de Hoge Raad in de arresten van 8 januari 2013 de kwalificatieuitsluitingsgrond een ruimer bereik lijkt te willen geven. Dat blijkt daaruit dat er thans strengere eisen worden gesteld om het voorhanden hebben te kwalificeren als witwassen. In het arrest van 26 oktober 2010 is het niet-kwalificeren als witwassen alleen aan de orde indien het voorhanden hebben niet *kan* hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst. Dat lijkt te betekenen: de gedraging – het voorhanden hebben – is

17. De vindplaatsen van deze vijf arresten zijn: LJN BX4605, LJN BX6909, LJN BX6910, LJN BX4449 en LJN BX4585.

18. NJ 2013, 266.

objectief gezien op generlei wijze geschikt om te verbergen of te verhullen.<sup>19</sup> Blijkens de arresten van 8 januari 2013 moet echter worden gekeken naar het voorhanden hebben zoals dat concreet aan de orde is in de desbetreffende zaak, en dient te worden vastgesteld of dit (kennelijk) een op *daadwerkelijk* verbergen of verhullen gericht karakter heeft. Die gerichtheid van het voorhanden hebben zal duidelijk moeten blijken en moet dus méér zijn dan een mogelijkheid. Het enkele voorhanden hebben van gelden in een kluis is dan niet toereikend om van witwassen te kunnen spreken.<sup>20</sup>

Ten tweede, naast een zekere verruiming van de werkingsbereik van de kwalificatieuitsluitingsgrond komt uit de hierboven geciteerde overweging ook een duidelijke markering van dat werkingsbereik naar voren. De Hoge Raad is – niettegenstaande het woord ‘mede’ in de eerste zin van het citaat – tamelijk helder over het doel van de in het arrest van 26 oktober 2010 aanvaarde en in de arresten van 8 januari 2013 nader ontwikkelde kwalificatieuitsluitingsgrond. Het gaat om het voorkomen van een *automatische* verdubbeling van strafbaarheid. Alleen degene die het gronddelict heeft begaan, terwijl dat gronddelict rechtstreeks tot gevolg heeft dat een voorwerp voorhanden is gekomen, profiteert van de kwalificatieuitsluitingsgrond. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat er – in het licht van het doel en de strekking van de strafbaarstelling van witwassen en de daarop betrekking hebbende wetsgeschiedenis – geen redelijke argumenten voorhanden zijn om aan te nemen dat die automatische verdubbeling zou zijn beoogd door de wetgever. Vanuit dat perspectief lijkt de kwalificatieuitsluitingsgrond dan geen toepassing te vinden wanneer degene die het gronddelict heeft begaan een andere, in artikel 420bis-420quater Sr genoemde delictsgedraging begaat dan het voorhanden hebben (dat het rechtstreekse gevolg is van het plegen van het gronddelict),<sup>21</sup> of wanneer degene die van het voorhanden hebben wordt beticht, niet degene is die het gronddelict heeft begaan.<sup>22</sup> De arresten van 8 januari 2013 duiden, evenmin als het arrest van 26 oktober 2010, er in ieder geval niet op dat in die gevallen de Hoge Raad de kwalificatieuitsluitingsgrond ook van toepassing wil laten zijn.<sup>23</sup>

#### 4 Is een verdere verruiming van de kwalificatieuitsluitingsgrond verdedigbaar?

##### 4.1 Drie situaties

Dat de Hoge Raad het werkingsbereik van de kwalificatieuitsluitingsgrond lijkt te willen beperken tot de geschetste situatie van de automatische verdubbeling van strafbaarheid, geeft aanleiding tot discussie. Want ook al werpt de Hoge Raad een dam op voor die automatische verdubbeling, er valt dan nog steeds het nodige af te dingen op de ruime opzet

19. Vgl. ook D.J. van Leeuwen, ‘Witwassen naar Nederlands recht. Over voorhanden hebben en het bewijs van witwassen’, *DD* 2011, 23, p. 304.

20. Vgl. met name HR 8 januari 2013, LJN BX6910.

21. Met uitzondering van het verwerven dat feitelijk bestaat uit het begaan van het gronddelict. Vgl. HR 3 april 2012, LJN BV7017.

22. Al kan dat soms in relatie tot medeplegen anders liggen. Indien het voorhanden hebben door de pleger van het gronddelict niet als witwassen kan worden gekwalificeerd (en in zoverre dus geen strafbaar feit oplevert), is het medeplegen van witwassen – vanwege het accessoriteitsvereiste – eveneens niet strafbaar. Vgl. HR 8 januari 2013, LJN BX6910.

23. De zorgen die spreken uit de (nog niet beantwoorde) kamervragen van het lid Van der Steur van 21 maart 2013, nr. 2013Z05662, zijn dan ook overtrokken. Van der Steur doet voorkomen alsof een vervolging wegens witwassen nimmer succesvol zou kunnen zijn indien het desbetreffende voorwerp afkomstig is uit een door de bezitter ervan zelf gepleegd strafbaar feit. Dat is niet de strekking van de rechtspraak van de Hoge Raad. Bovendien dient te worden bedacht dat in al die gevallen waarin de kwalificatieuitsluitingsgrond toepassing vindt, vaststaat dat de betrokkene het gronddelict heeft begaan en dus daarvoor kan worden vervolgd (al dan niet met inbegrip van een ontnemingstraject).

van de strafbaarstelling van witwassen. Op onderdelen kan die strafbaarstelling als *overinclusive* worden aangemerkt: 'the reach of the rule is broader than the reach of its background justification'.<sup>24</sup> Daardoor springt niet van elke (mogelijke) veroordeling ter zake van witwassen de redelijkheid onmiddellijk in het oog. Meer in het bijzonder dringt de vraag zich op of niet in het algemeen een vereiste voor een veroordeling wegens witwassen zou moeten zijn dat er blijkt wordt gegeven van een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst gericht karakter van de desbetreffende gedraging. Er laten zich grofweg drie situaties onderscheiden waarin het op zich denkbaar zou zijn om een dergelijk vereiste te stellen. Allereerst kan worden gedacht aan de situatie waarin ten aanzien van het voorwerp dat afkomstig is uit het door de verdachte begane gronddelict, door de verdachte (nog) een andere delictsgedraging in artikel 420bis-420quater lid 1 sub b Sr wordt gesteld (en die ook als zodanig ten laste worden gelegd). Specifiek gaat het dan om het overdragen, omzetten en gebruik maken. Ten tweede kan worden genoemd de situatie waarin het 'voorhanden hebben' – of eventueel (nog) een andere in artikel 420bis-420quater lid 1 sub b Sr genoemde delictsgedraging – wordt begaan door een ander dan degene die het gronddelict begaat. Ten derde kan worden gewezen op de situatie waarin het voorhanden hebben ziet op een voorwerp waarvan het niet bekend is uit welk gronddelict het afkomstig is (en dus ook niet door wie dat gronddelict is begaan).

#### 4.2 *Overdragen, omzetten of gebruik maken*

Illustratief in relatie tot de eerste situatie is de casus die ten grondslag ligt aan het reeds genoemde arrest van 26 oktober 2010. De verdachte in die zaak heeft met behulp van valse documenten een bank bewogen tot het verlenen van een hypothecaire geldlening. Met dit geld is – op de gebruikelijke wijze en dus met tussenkomst van een notaris – een woning gekocht, waarin de verdachte vervolgens gaat wonen. De bewezenverklaring van het witwassen behelst dat de verdachte het geldbedrag en de woning 'heeft verworven, voorhanden heeft gehad en/of heeft overgedragen en/of heeft omgezet en/of van dat geldbedrag en/of dat pand gebruik heeft gemaakt'. Naar het oordeel van het gerechtshof en de Hoge Raad doet zich hier geen beletsel voor om die gedragingen als witwassen te kwalificeren. Er is evenwel niets geheimzinnigs aan de geschetste gang van zaken. Het verloop van de transactie – waaronder de herkomst van de aankoopsom – wordt in een dergelijk geval vastgelegd in openbare registers, terwijl door het zelf gaan bewonen van de woning de betrokkene bepaald geen misverstand laat bestaan aan wie de woning ook feitelijk toebehoort. Wat rechtvaardigt dan eigenlijk dat het enkele voorhanden hebben van het bedrag van de lening niet als witwassen kan worden gekwalificeerd, maar de direct daarop volgende, geenszins verhullende handelingen wel?

In deze specifieke casus zou kunnen worden betoogd – teneinde de kwalificatieuitsluitingsgrond toch van toepassing te laten zijn – dat de hypotheekfraude en de daarop volgende verkrijging en bewoning van het huis zo nauw samenhangen dat in de kern van niet méér sprake is dan het voorhanden hebben van het voorwerp dat uit de door de verdachte zelf begane fraudeleuze handeling afkomstig is en dus niet van overdragen, omzetten of gebruik maken.<sup>25</sup> Het lijkt mij – daarnaast – evenwel verdedigbaar om in meer algemene zin de kwalificatieuitsluitingsgrond van toepassing te laten zijn op elke in artikel 420bis-420quater lid 1 sub b Sr genoemde delictsgedraging, indien die gedraging ziet op het voorwerp dat afkomstig is uit het door de verdachte zelf begane gronddelict en die gedraging in het concrete geval niet gericht is geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de cri-

24. F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge/London: Harvard University Press 2009, p. 26-27.

25. Zie daarover Keijzer in zijn noot onder NJ 2010, 655.



minele herkomst van het voorwerp. Overdragen, omzetten of gebruik maken kan zodanig dicht bij het voorhanden hebben liggen, dat de strafwaardigheid van die gedragingen niet onder alle omstandigheden duidelijk is. Wie een fiets steelt en deze (dus) voorhanden heeft, kan (in elk geval) een beroep doen op de kwalificatieuitsluitingsgrond, maar wie vervolgens op de fiets een blokje om rijdt en dus ervan gebruik maakt, zou mijns inziens niet in een wezenlijk nadeliger positie moeten komen te verkeren. Hier kan een beroep worden gedaan op overweging 2.4.2 in het arrest van 26 oktober 2010, waarin onder andere wordt overwogen dat 'dat witwassen een veelomvattend, maar ook te begrenzen fenomeen is, en dat ook in het geval het witwassen de opbrengsten van eigen misdrijf betreft, van de witwassen in beginsel een handeling wordt geveerd die erop is gericht "om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen"'. Weliswaar formuleert de Hoge Raad hierop volgend alleen een kwalificatieuitsluitingsgrond ten aanzien van het voorhanden hebben, maar de zojuist geciteerde zinsnede rechtvaardigt naar mijn mening een ruimere werking van die grond.

Een tegenwerping zou nu kunnen zijn dat de algemene beschrijving die de minister heeft gegeven aan het witwasdelict – '[het] gaat bij het witwassen van opbrengsten van misdrijven om het verbergen of verhullen van de illegale herkomst van voorwerpen'<sup>26</sup> – alleen in verband moet worden gebracht met artikel 420bis-420quater lid 1 *sub a* Sr. Daarin is specifiek strafbaar gesteld het verbergen of verhullen van de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing van een – onmiddellijk of middellijk – uit enig misdrijf afkomstig voorwerp. Aangenomen zou daarom moeten worden dat artikel 420bis-420quater lid 1 *sub b* Sr een ruimer bereik heeft, in die zin dat vrijwel iedere handeling ten aanzien van een voorwerp met een illegale herkomst (ook) strafbaar zou zijn.<sup>27</sup> Een bevestiging van die zienswijze zou wellicht kunnen worden ontleend aan het gegeven dat in de wetsgeschiedenis het kopen van een luxe auto met crimineel geld reeds toereikend wordt geacht voor het aannemen van 'omzetten' of 'gebruik maken'.<sup>28</sup> Met versluiering van de herkomst van dit geld behoeft dat weinig van doen te hebben. Hier kan echter weer tegenin worden gebracht dat bij de beschrijving die de minister geeft van de diverse fasen in een witwasproces, de in artikel 420bis-420quater lid 1 *sub b* Sr genoemde gedragingen toch vrij expliciet worden gekoppeld aan enkele van die fasen (te weten de plaatsingsfase en de bestemmingsfase<sup>29</sup>). En ook op meer detailniveau blijkt dat de minister aarzelingen had bij de strafwaardigheid van bepaalde handelingen die volgen op het voorhanden hebben.<sup>30</sup>

De wetsgeschiedenis biedt zo bezien voor elk wat wils. Niettemin zou ik – mede in het licht van de rechtsgoederen die artikel 420bis e.v. Sr beogen te beschermen, te weten: de integriteit van het financieel en economisch verkeer alsmede de openbare orde – het alleszins te verdedigen achten wanneer de stap zou worden gezet om het bereik van de kwalificatieuitsluitingsgrond op te rekken naar de overige in artikel 420bis-420quater lid 1 *sub b* Sr genoemde delictsgedragingen. Daarbij dient te worden bedacht dat in de hier besproken situatie de betrokkene reeds strafrechtelijk kan worden aangesproken op het begaan van het gronddelict en dat op die grond ook ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kan plaatsvinden.

26. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 159, nr. 3, p. 2.

27. Vlg. onderdeel 6 van de noot van Keijzer onder *NJ* 2010, 655.

28. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 159, nr. 3, p. 15.

29. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 159, nr. 3, p. 4.

30. Vgl. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 159, nr. 5, p. 10, over het *gebruik maken* door het weggrijden op een gestolen fiets.

#### 4.3 *Gedragingen van een ander dan de pleger van het grondfeit*

Eenzelfde stap zou ook kunnen worden gezet in relatie tot de tweede situatie die in paragraaf 4.1 is geschetst, waarbij een ander dan degene die het gronddelict heeft begaan, een handeling heeft verricht met betrekking tot het uit dat delict verkregen voorwerp. Hier speelt een andersoortig argument een rol. Het verrichten van gedragingen – waaronder voorhanden hebben en overdragen – ten aanzien van een voorwerp dat verkregen is uit een (door een ander begaan) misdrijf, is – van oudsher – reeds strafbaar als (opzet- of schuld) heling. Weliswaar is de strafbaarstelling van witwassen op onderdelen iets ruimer vormgegeven, maar de toegevoegde waarde van de strafbaarstelling van witwassen naast die van heling zou er vooral in moeten worden gevonden dat met een vervolging wegens witwassen het verwijt tot uitdrukking wordt gebracht dat de verdachte een gedraging heeft gesteld die gericht is op versluiering van de herkomst van het betrokken voorwerp. Nu zou kunnen worden gesteld dat dit in het licht van de thans geldende strafmaxima voor heling en witwassen in wezen lood om oud ijzer is. Bedacht dient evenwel te worden dat het kabinet een wetsvoorstel heeft aanvaard, dat thans ter advisering voorligt bij de Raad van State, waarin de strafmaxima op witwassen (maar niet op heling) drastisch worden verhoogd. In de toelichting op het voorafgaande conceptwetsvoorstel wordt daarbij vooral gewezen op de uitwassen die witwassen teweegbrengt en op de betrokkenheid van bepaalde beroepsbeoefenaars bij het verhullen en wegsluizen van misdadgeld.<sup>31</sup> De verruiming van de kwalificatieuitsluitingsgrond zou hier kunnen dienen om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ander dan degene die het gronddelict heeft begaan, ter zake van witwassen binnen het pallet van mogelijkheden dat het Wetboek van Strafrecht biedt nader te ontlijnen. Het gevolg hiervan is dan niet dat die ander de strafrechtelijke dans volledig ontspringt, maar wel dat het afhankelijk wordt van de gerichtheid van de door hem verrichte gedraging of de vervolging zal worden toegesneden op heling dan wel witwassen.

#### 4.4 *Het gronddelict is niet bekend geworden*

Ten aanzien van de derde situatie die in paragraaf 4.1 is genoemd, liggen de zaken beduidend anders dan in de eerste en tweede situatie. Indien het voorhanden hebben ziet op een voorwerp waarvan niet bekend is uit welk gronddelict het afkomstig is (en dus ook niet door wie dat gronddelict is begaan), zou men kunnen zeggen dat een zekere mate van versluiering reeds is opgetreden. Voor toepassing van de kwalificatieuitsluitingsgrond, zie ik dan geen aanleiding. Wel mag mijns inziens worden verlangd dat door politie en justitie in redelijke mate is getracht om het gronddelict – en de pleger daarvan – bloot te leggen. Is dat evenwel niet gelukt, dan heeft – indien toch anderszins het bewijs kan worden geleverd dat het voorwerp (middellijk of onmiddellijk) uit enig (niet concreet aanwijsbaar) misdrijf afkomstig is – het voorhanden hebben een inherent op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst gericht karakter.

### 5 **Valt een verdere verruiming door de rechter ook te verwachten?**

Zou de Hoge Raad bereid zijn om ten aanzien van de hiervoor geschetste eerste en tweede situatie de – door mij verdedigbaar geachte – stap te zetten om het bereik van de kwalificatieuitsluitingsgrond te verruimen? Die vraag raakt wellicht niet eens zozeer de wenselijkheid van het zetten van die stap, maar veeleer de haalbaarheid daarvan. Gesteld dat de Hoge Raad

31. Vgl. daarover T. Kooijmans & M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit', *DD* 2012, 65, p. 697-700.

de wenselijkheid daarvan zou onderschrijven, laat de rechtsvormende taak van de Hoge Raad dan voldoende ruimte om tot de verruiming van het bereik van de kwalificatieuitsluitingsgrond over te gaan? Ik beschik niet over een glazen bol, maar ik verwacht eigenlijk niet dat de Hoge Raad snel die ruimte aanwezig zal achten.<sup>32</sup> Kenmerkend voor de in paragraaf 2 geschetste gevallen waarin de Hoge Raad tot nu toe aanleiding heeft gevonden voor het formuleren van een kwalificatieuitsluitingsgrond, is dat de Hoge Raad telkens aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis voor het aanvaarden van de kwalificatieuitsluitingsgrond heeft kunnen vinden. Ook al zijn de geciteerde passages lang niet altijd even specifiek en eenduidig, de wetsgeschiedenis als geheel is telkens – nog net – sturend genoeg om die stap te kunnen zetten. Daarmee onderstreept de Hoge Raad in feite de samenspraak tussen de wetgever en de rechter bij het nemen van de toch delicate beslissing om de reikwijdte van een strafbaarstelling (enigszins) te beperken. Erkend moet worden dat voor een verdere uitbreiding van de kwalificatieuitsluitingsgrond zoals in paragraaf 4 besproken, de wetshistorische basis (nog) smaller – en ook twijfelachtiger – is. De rechter stuit dan op de grenzen van zijn mogelijkheden.<sup>33</sup> Bovendien kan niet worden ontkend dat de door mij voorgestane benadering het onderscheid tussen enerzijds sub a en anderzijds sub b van artikel 420bis-420quater lid 1 Sr (verder) doet vervagen. Dat is in het bijzonder van belang in het licht van de internationale verplichtingen waaruit de strafbaarstelling van witwassen voortvloeit en die de wetgever juist heeft gebracht tot de thans in artikel 420bis-420quater Sr gehanteerde onderverdeling van delictsgedragingen. Over de reikwijdte en de implicaties van die verplichtingen valt weliswaar het nodige te zeggen. Ik heb stellig de indruk dat bij het opstellen van de diverse verdragen en (Europese) richtlijnen niet of nauwelijks is stilgestaan bij de consequenties die de gekozen ruime opzet van de verplichting tot strafbaarstelling van witwassen kan hebben.<sup>34</sup> Ook staat geenszins vast dat er op internationaal en/of Europees niveau is beoogd om (ook) gedragingen als witwassen te laten gelden die niet gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van een voorwerp, temeer nu het hier gaat om gedragingen die wel anderszins strafbaar zijn en die (daarom) ook kunnen leiden tot het afnemen van misdaadgeld. Dit alles neemt evenwel niet weg dat aan de keuze van de wetgever om de tekst van artikel 420bis-420quater Sr in lijn met de tekst van de diverse internationale rechtsinstrumenten te brengen, door rechter niet onbeperkt kan worden gemorreld. Dat de grenzen voor de rechter vermoedelijk zijn bereikt, zou echter niet het einde van het verhaal moeten zijn. Het geeft veeleer aan dat het verder stellen van paal en perk aan de reikwijdte van het witwasdelict eerst en vooral in handen van de wetgever ligt. Ondertussen zou het openbaar ministerie er verstandig aan doen om – in weerwil met de op dit punt nauwelijks grenzen stellende Aanwijzing witwassen – vervolging wegens witwassen te reserveren voor zaken waarin de gedragingen gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.

32. Wellicht mag men dat reeds in zekere zin afleiden uit HR 29 november 2011, LJN BT6356.

33. Vgl. Borgers 2011, p. 145-148 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 96-97. Zie ook meer in het algemeen J. de Hullu, 'Op zoek naar begrenzingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht (Buruma-bundel)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 271-285 en G. Knigge, 'In handen van de rechter: de wet als was?', *RM Themis* 2013, p. 49-50.

34. Het Straatsburgse Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven biedt de mogelijkheid dat een voorziening wordt getroffen teneinde de strafbaarstelling van witwassen niet van toepassing te laten zijn op degene die het gronddelict heeft begaan. De Nederlandse wetgever heeft een dergelijke voorziening niet getroffen (vgl. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 159, nr. 3, p. 7). Dat ligt ook voor de hand, omdat daarmee degene die het gronddelict zou hebben begaan nimmer meer vanwege witwassen van het uit dat gronddelict verkregen voorwerp zou kunnen worden vervolgd, ook niet indien de (witwas)gedragingen wel duidelijk zouden zijn gericht op het verbergen of verhullen. Een dergelijke beperking is weer te rigouzeus.