

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Witwassen: kwalificatieuitsluitingsgrond en richtlijnconforme interpretatie)

Borgers, M.J.

2013

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

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Witwassen: kwalificatieuitsluitingsgrond en richtlijnconforme interpretatie)*, No. 425, Jul 02, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

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

Annotatie NJ 2013, 425

HR 2 juli 2013, nr. 11/05591

M.J. Borgers

1. De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak een beperking aangebracht in het bereik van de strafbaarstelling van witwassen. Die beperking ziet op de situatie waarin een verdachte een voorwerp voorhanden heeft, terwijl dat voorhanden hebben het rechtstreekse – dat wil zeggen: automatische – gevolg is van het begaan van het gronddelict. Een dergelijk voorhanden hebben kan alleen worden gekwalificeerd als witwassen indien er sprake is 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 (HR 8 januari 2013, NJ 2013/266 m.nt. M.J. Borgers). Wanneer dat niet het geval is, kan weliswaar tot een bewezenverklaring worden gekomen, maar blijft kwalificatie als witwassen achterwege. Daarmee is sprake van een kwalificatieuitsluitingsgrond. Recent heeft de Hoge Raad overwogen – en dit wordt in het hierboven afgedrukte arrest herhaald – dat de kwalificatieuitsluitingsgrond niet alleen op het voorhanden hebben, maar – onder dezelfde voorwaarden – ook op het verwerven ziet (HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3302). Die uitbreiding ligt ook voor de hand, omdat aan het voorhanden – strikt genomen – altijd verwerven voorafgaat.

De beperking die de Hoge Raad heeft aangebracht, is belangrijk, maar tegelijkertijd ook bescheiden. Het uitgangspunt is immers dat het voorhanden hebben en/of verwerven van een uit enig misdrijf afkomstig verkregen voorwerp als witwassen wordt aangemerkt. De kwalificatieuitsluitingsgrond ziet alleen op de zo-even besproken situatie van het voorhanden hebben en/of verwerven als rechtstreeks gevolg van het gronddelict. In de gevallen waarin deze kwalificatieuitsluitingsgrond toepassing vindt, ontstaat bovendien geen straffeloosheid. Alsdan is immers vervolging mogelijk wegens het begaan hebben van het gronddelict. De opbrengsten van dat gronddelict kunnen daarbij worden afgenomen door middel van verbeurdverklaring of een ontnemingsmaatregel. De kwalificatieuitsluitingsgrond staat derhalve niet in de weg aan effectieve strafrechtelijke handhaving, maar voorkomt 'slechts' dat de pleger van een (vermogens)misdrijf *automatisch* tevens als witwasser heeft gelden.

2. Hoe bescheiden de reikwijdte van deze kwalificatieuitsluitingsgrond ook is, de vraag kan worden opgeworpen of deze beperking in de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen in overeenstemming is met het Europese recht. Buisman heeft recent die vraag besproken – zie haar grondige en zeer lezenswaardige uiteenzetting in DD 2013/53 – en komt daarbij tot de slotsom dat de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent deze kwalificatiegrond zich niet verhoudt met de Richtlijn witwassen (PbEU 2005, L 309/15). Vereist is derhalve, zo betoogt zij, dat de reikwijdte van de strafbaarstelling wordt verruimd. Als Buisman gelijk heeft, betekent dit dat de Hoge Raad afscheid moet nemen van de kwalificatieuitsluitingsgrond. En wanneer de Hoge Raad dat niet doet, zou de wetgever moeten ingrijpen. De vraag is echter of de rechtspraak van de Hoge Raad werkelijk onvereenigbaar is met de Richtlijn witwassen.

3. Buisman geeft een gedetailleerd overzicht van de gedragingen die op grond van artikel 1 Richtlijn witwassen dienen te worden verboden. In het bijzonder gaat het daarbij om 'de verwerving, het bezit of

het gebruik van voorwerpen, wetende, op het tijdstip van verkrijging dat deze voorwerpen zijn verworven uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit' (artikel 1 lid 2, sub c, Richtlijn witwassen; het 'gebruik' laat ik verder terzijde, nu de kwalificatieuitsluitingsgrond van de Hoge Raad daarop niet ziet). Op grond van een taalkundige analyse alsmede een beschouwing van het doel en de systematiek van de richtlijn komt Buisman tot de slotsom dat van 'verwerving' sprake is indien men in het bezit komt van een voorwerp, terwijl 'bezit' inhoudt dat men de feitelijke macht over een voorwerp heeft. Zij vervolgt: 'Daarbij wordt geenszins de mogelijkheid uitgesloten dat de pleger van het gronddelict ook de witwasser kan zijn op basis van deze gedragingen.' Er is, zo vervolgt Buisman, bij het opstellen van de Richtlijn witwassen gekozen voor een ruime strafbaarstelling. Die strafbaarstelling zou ook handelingen omvatten die op zichzelf wellicht niet 'witwassen in de strikte zin van het woord zijn, maar wel geschieden "rondom" dit fenomeen'. De Europese wetgever zou hebben beoogd tevens gedragingen 'die niet gericht zijn geweest op het verhelen en verhullen van de illegale herkomst van voorwerpen' aan te merken als witwassen. De slotsom van Buisman is dan ook dat elke lidstaat als 'absoluut minimum' strafbaar moeten stellen het verwerven en bezit van een voorwerp waarvan men ten tijde van de verkrijging weet het afkomstig is uit een criminele activiteit, zonder daar verder restricties aan te verbinden.

4. Wanneer men kijkt naar artikel 420bis e.v. Sr, kan worden geconstateerd dat de Nederlandse wetgever nauw aansluiting heeft gezocht bij (de voorloper van) de (huidige) Richtlijn witwassen. Strafbaar is immers onder andere gesteld het verwerven en het voorhanden hebben van een voorwerp, terwijl men weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. In de wet is ten aanzien deze strafbaarstelling geen beperking opgenomen. Dat de Hoge Raad – toch – een kwalificatieuitsluitingsgrond heeft aangenomen, heeft ermee van doen 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 een automatische verdubbeling van strafbaarheid zou zijn beoogd door de wetgever. De vraag die dan rijst, is of dat anders ligt in relatie tot de Richtlijn witwassen. Wordt met die richtlijn wel beoogd om deze automatische verdubbeling mogelijk te maken? Men kan inderdaad stellen dat uit de tekst van de Richtlijn witwassen niet blijkt dat de Europese wetgever op dit punt een beperking heeft willen stellen. Maar dat is een weinig bevredigend antwoord, juist vanwege de verstrekkende consequentie die aan zo'n zuiver tekstuele benadering is verbonden. Reeds het begaan van een vermogensdelict zou dan immers witwassen opleveren.

Wanneer men kijkt naar de preambule – een belangrijke bron bij de uitleg van Unierecht – van de Richtlijn witwassen, is er geen reden om aan te nemen dat de Europese wetgever deze consequentie heeft beoogd of op de koop toe heeft willen nemen. In die preambule (onder 1-3) wordt in relatie tot de noodzaak van bestrijding van witwassen gesproken over de schade voor de stabiliteit en de reputatie van de financiële sector, de bedreigingen voor de interne markt, de risico's voor de soliditeit, integriteit en stabiliteit van kredietinstellingen en financiële instellingen alsmede het vergemakkelijken van criminele activiteiten door te profiteren van liberalisering van het kapitaalverkeer en het vrij verkeer. Dat binnen deze context zou zijn nagestreefd om degene die een vermogensmisdrijf begaat, daarmee direct ook als witwasser te bestempelen – zonder dat er verdere handelingen zijn gesteld ten aanzien van de opbrengst van het misdrijf – komt niet heel waarschijnlijk voor.

Interessant is ook dat – zoals door Buisman wordt beschreven – bij de totstandkoming van de Richtlijn witwassen een amendement aan de orde is geweest, waarmee expliciet zou worden bepaald dat de pleger van het grondfeit als witwasser kan worden aangemerkt. Dat amendement heeft het toen niet gehaald. De vraag is wat men daaruit mag afleiden. Ik ben het Buisman eens dat men uit de niet-aanvaarding van het amendement niet mag afleiden dat de pleger van het grondfeit nimmer als witwasser zou kunnen gelden. Het gaat er immers bij witwassen in de kern om dat de persoon die het gronddelict heeft begaan – na verhulling van de herkomst – feitelijk kan blijven beschikken over hetgeen met dat gronddelict is verkregen. Uit de niet-aanvaarding van het amendement kan echter evenmin worden afgeleid dat de pleger van een gronddelict onder alle omstandigheden tevens als witwasser zou hebben te gelden. Uitsluitend het plegen van het gronddelict kan bezwaarlijk al worden gezien als het beginstadium van witwassen.

Het komt er mijns inziens op neer dat ten aanzien van de Richtlijn witwassen exact hetzelfde kan worden gezegd als met betrekking tot artikel 420bis Sr, namelijk dat er – in het licht van het doel en de strekking van de verbodsbepaling en mede in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis – geen redelijke argumenten voorhanden zijn om aan te nemen dat een automatische verdubbeling van strafbaarheid zou zijn beoogd door de Europese respectievelijk Nederlandse wetgever. Hooguit zie ik enige ruimte voor discussie waar het gaat om het criterium dat de Hoge Raad hanteert om uit te maken of het verwerven en voorhanden al dan niet als witwassen heeft te gelden. Schurkt de eis dat het verwerven of voorhanden hebben een op daadwerkelijk verbergen of verhullen gericht karakter moet hebben, misschien iets te dicht aan tegen andere onderdelen van de strafbaarstelling van witwassen? Daarover valt het nodige te zeggen (vgl. onderdeel 9 van de noot onder HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266). Op deze plaats is vooral van belang te constateren dat ook met de zojuist genoemde eis de kwalificatieuitsluitingsgrond die de Hoge Raad heeft geformuleerd, nog steeds een heel beperkt bereik heeft. Alleen degene die het gronddelict heeft begaan, terwijl dat gronddelict rechtstreeks tot gevolg heeft dat een voorwerp is verworven en/of voorhanden is gekomen, kan – onder de gestelde voorwaarden – van de kwalificatieuitsluitingsgrond profiteren. De Hoge Raad hanteert niet – en zal dat naar mijn verwachting, juist ook mede vanwege de Richtlijn witwassen, niet gaan doen (zie *DD* 2013, p. 361-370) – als algemeen vereiste voor een veroordeling wegens witwassen dat er blijk wordt gegeven van een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst gericht karakter van de desbetreffende gedraging. Ook zo gezien, worden de uit de Richtlijn witwassen voortvloeiende verplichtingen ter zake van het verbieden van witwassen mijns inziens niet miskend.

5. Een meer technisch argument tegen het standpunt van Buisman kan wellicht worden ontleend aan de tekst van artikel 1 Richtlijn witwassen. In het eerste lid van die bepaling worden lidstaten verplicht erop toe te zien dat witwassen van geld wordt verboden. In het tweede lid wordt gespecificeerd welke daden, indien opzettelijk begaan, als witwassen worden beschouwd, waarbij onder andere de verwerving en het bezit worden genoemd. Zie ik het goed, dan vloeit hieruit ‘slechts’ de verplichting voort om die daden te verbieden, maar niet om deze tevens – op nationaal niveau – te *kwalificeren* als witwassen. Weliswaar wordt de term ‘beschouwd’ gehanteerd (in de Engelse taalversie: ‘regarded’), maar die wordt gehanteerd om aan te geven welke gedragingen kunnen worden geschaard onder het in lid 1 genoemde witwassen van geld. Dat een richtlijn geen dwingende bepalingen bevat ter zake van de kwalificatie van strafbare feiten op nationaal niveau ligt eigenlijk ook wel voor de hand. Het rechtsinstrument van de

richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat (hier: effectieve witwasbestrijding door middel van het verbieden van bepaalde gedragingen), maar laat daarbij de keuze van vorm en middelen aan de lidstaten (artikel 288 VWEU).

Wanneer men nu de situatie neemt dat het verwerven en/of voorhanden hebben van een voorwerp rechtstreeks het gevolg is van een vermogensmisdrijf en er geen verdere handelingen zijn gesteld ten aanzien van dat voorwerp. Geldt dan eigenlijk niet dat *in die situatie* met de strafbaarstelling van dat vermogensmisdrijf reeds mede de verwerving en/of het bezit, zoals bedoeld in artikel 1 lid 2, sub c, Richtlijn witwassen is verboden? Dat lijkt mij alleszins aannemelijk. Voor de goede orde voeg ik daaraan toe dat hiermee niet is gezegd dat *in het algemeen* de strafbaarstelling van het verwerven of voorhanden hebben van een uit enig misdrijf afkomstige voorwerp geen toegevoegde waarde zou hebben. Die strafbaarstelling heeft wel degelijk bestaansrecht (vgl. onderdeel 2 van de noot onder HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/16), behalve in het specifieke geval dat het verwerven en/of voorhanden hebben feitelijk uit niets méér bestaat dan het begaan van het gronddelict.

6. Al met al zie ik, anders dan Buisman, geen aanleiding om aan te nemen dat de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de hier besproken kwalificatieuitsluitingsgrond niet richtlijnconform zou zijn. Aan Buisman kan uiteraard worden toegegeven dat de Richtlijn witwassen – evenals de Nederlandse wetgeving – niet *expressis verbis* voorziet in een dergelijke beperking op de reikwijdte van de strafbaarstelling. Het zou goed zijn wanneer in de nieuwe (derde) Richtlijn witwassen – vgl. COM(2013) 45 def. – duidelijker paal en perk zou worden gesteld. Maar zowel het doel en de strekking van de huidige Richtlijn witwassen alsmede de systematiek van de in artikel 1 Richtlijn witwassen gehanteerde verbodsbepaling laten mijns inziens ruimte voor het op nationaal niveau aanbrengen van een beperking ter zake van de automatische verdubbeling van strafbaarheid.