

Annotatie NJ 2013, 547

HR 11 juni 2013, nr. 11/00738 P

M.J. Borgers

1. Het bovenstaande arrest is vooral van belang vanwege de overwegingen ter zake van de motivering van de ontnemingsuitspraak. Zie daarover nader de noot onder *NJ 2013/544*. Interessant is echter ook, met name in het licht van de uitvoerige en boeiende conclusie van A-G Aben, de verwerping van het eerste middel door de Hoge Raad. Daarover maak ik in deze annotatie enkele opmerkingen.

2. Het gaat in deze zaak – kort gezegd – om de oplegging van een ontnemingsmaatregel op grond van artikel 36e lid 3 Sr, waarbij het bedrag van het voordeel is berekend door middel van een kasopstelling. Bij toepassing van een dergelijke abstracte berekeningsmethode wordt een bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel vastgesteld zonder dat de strafbare feiten waaruit dat voordeel (op enigerlei wijze) afkomstig is, (behoeven te) worden gespecificeerd. Bij de verwerping van het namens de betrokkene aangevoerde verweer wijst het gerechtshof erop dat deze in het Verenigd Koninkrijk werd gezocht in verband met de handel in verdovende middelen. Het gerechtshof voert dit aan als bevestiging van het vermoeden dat de betrokkene vaker betrokken is geweest bij de handel in drugs.

Het (eerste) cassatiemiddel stelt de vraag aan de orde of het wel mogelijk is om op grond van artikel 36e Sr voordeel te ontnemen dat is verkregen uit misdrijven die niet in Nederland zijn begaan en die geen raakvlak hebben met de Nederlandse rechtsorde. Aan dit middel ligt de opvatting ten grondslag dat ontneming van wederrechtelijk voordeel alleen is toegelaten ter zake van strafbare feiten ten aanzien waarvan Nederland rechtsmacht heeft. Het ontbreken van rechtsmacht zou daarbij moeten leiden tot (al dan niet partiële) niet-ontvankelijkheid in de ontnemingsvordering.

3. Nu heeft het gerechtshof in deze zaak niet vastgesteld dat de betrokkene het vastgestelde voordeel (deels) heeft verkregen uit de feiten die in het Verenigd Koninkrijk zijn begaan. De Hoge Raad komt daarom tot het oordeel dat het middel feitelijke grondslag mist en om die reden niet tot cassatie kan leiden. Dat is een voor de hand liggend oordeel. Tegelijkertijd is het, indien de betrokkene inderdaad actief zou zijn geweest met drugshandel in het Verenigd Koninkrijk, geenszins uitgesloten dat het door het gerechtshof vastgestelde bedrag (mede) uit die handel is voortgekomen. Een kenmerk van een abstracte methode van voordeelsberekening, zoals de kasopstelling, is dat de onderliggende strafbare feiten niet worden en ook niet behoeven te worden benoemd. In zoverre kan de herkomst van het voordeel uit in het Verenigd Koninkrijk begane drugsfeiten ook weer niet worden uitgesloten. Wellicht zou men de overwegingen van de Hoge Raad daarom zo mogen lezen dat een verweer van de strekking dat de rechtsmachtbepalingen in de weg staan aan ontneming, eerst inhoudelijk dient te worden beoordeeld indien naar aanleiding van hetgeen de betrokkene hieromtrent naar voren heeft gebracht, aannemelijk is geworden dat de bron van het voordeel inderdaad moet worden gevonden in strafbare feiten die door de betrokkene in het buitenland zijn begaan. (Vgl. voor andere situaties waarin, vanwege

een verweer van de verdachte, bij een abstracte voordeeltberekening toch een meer gedetailleerde feitenvaststelling is geboden, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 146-147, 350-351.)

4. Vormt het ontbreken van rechtsmacht ten aanzien van een bepaald feit ook een beletsel om over te gaan tot ontneming van het uit dat feit verkregen voordeel? Duidelijk is dat vervolging in de zin van het uitbrengen van een dagvaarding wegens dat feit tot niet-ontvankelijkheid zal leiden. Daarmee is echter niet uitgesloten dat dit feit toch wordt betrokken in een ontnemingsvordering. Indien de betrokkene wordt veroordeeld wegens feit A, is het op zich mogelijk om in die vordering feit B mee te nemen als 'ander strafbaar feit' in de zin van het tweede of derde lid van artikel 36e Sr. De vraag is dan of, indien met betrekking tot feit B rechtsmacht ontbreekt, de oplegging van de ontnemingsmaatregel ook mag zien op het uit feit B verkregen voordeel. A-G Aben gaat uitvoerig op deze vraag in en presenteert diverse argumenten op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het wettelijk systeem hiertoe ruimte biedt. Van belang is daarbij vooral – maar niet alleen – de rechtspraak van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat verjaring (eveneens) geen beletsel oplevert om tot ontneming over te gaan (zie onder andere HR 7 juli 2009, *NJ* 2009/422 m.nt. J.M. Reijntjes).

Hoewel A-G Aben heldere en op zichzelf deugdelijke argumenten aan wetsgeschiedenis en rechtspraak ontleent, heb ik aarzelingen bij de slotsom waartoe die argumenten leiden. (Enige aarzeling ten aanzien van die slotsom spreekt overigens ook uit de tweede alinea van onderdeel 4.2.3 van zijn conclusie.) Duidelijk is dat de wetgever het mogelijk heeft willen maken om op efficiënte wijze wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen. Maar in de tekst van de wet noch de wetsgeschiedenis is een duidelijk en stevig aanknopingspunt te vinden dat erop duidt dat de wetgever zo ver heeft willen gaan dat de vervolgingsbeletselen uit beeld verdwijnen als het gaat om de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Daarom zou ik niet willen aannemen dat vervolgingsbeletselen zoals verjaring en rechtsmacht geen betekenis hebben voor de mogelijkheden van voordeelsontneming (vgl. *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 159-161). De argumentatie van de Hoge Raad in de zojuist genoemde rechtspraak over verjaring is mijns inziens dan ook niet onbetwistbaar. De Hoge Raad overweegt daarin dat de opvatting dat verjaring in de weg zou staan aan ontneming van voordeel dat is verkregen uit – wat toen nog heette – soortgelijke feiten, 'noch in de tekst van de wet steun vindt, noch in de wetsgeschiedenis'. De tegenovergestelde opvatting vindt echter evenmin steun in de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis.

5. Het gaat hier dus om een principiële discussie. Maar de praktische waarde daarvan zou wel eens tamelijk gering zou kunnen zijn. Het lijkt erop dat de plooiën die mogelijk ontstaan door het ontbreken van rechtsmacht, tamelijk eenvoudig kunnen worden gladgestreken met de witwasbepalingen. Indien iemand in het buitenland financieel lucratieve strafbare feiten begaat, terwijl de opbrengst daarvan in Nederland neerslaat, sluit dat geenszins uit dat er (tevens) sprake is van het witwassen van die opbrengst. Datzelfde geldt indien het beheer van de desbetreffende gelden vanuit Nederland geschiedt, ook al bevindt dat geld zich niet fysiek in Nederland, maar op een buitenlandse bankrekening (vgl. HR 9 december 2008, *NJ* 2009/147 m.nt. M.J. Borgers). Dat het grondfeit niet in Nederland is begaan, levert hier geen beletsel op om te kunnen spreken van een voorwerp dat is verkregen uit 'enig misdrijf' (zie nader Kristen in zijn *NJV*-preadvies uit 2010, p. 149-150). Daardoor ontstaat de mogelijkheid het wit-

wasmisdrijf als 'schakel' te hanteren wanneer de opbrengst van een strafbaar feit ter zake waarvan Nederland geen rechtsmacht kan uitoefenen, in of vanuit Nederland wordt genoten.

Helemaal zonder hobbels is deze route overigens niet. Allereerst dient rekening te worden gehouden met de kwalificatieuitsluitingsgrond in verband met het enkele voorhanden hebben of verwerken (vgl. HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266 m.nt. M.J. Borgers en HR 18 juni 2013, *NJ* 2013/453 m.nt. J.M. Reijntjes). Maar die grond zal veelal geen toepassing vinden indien sprake blijkt te zijn van het wegsluiten van geld vanuit het ene land naar het andere land, terwijl ook het beheer van gelden vanuit Nederland (onder omstandigheden) kan worden opgevat als – te zijn gericht op – verbergen of verhullen (zie nogmaals *NJ* 2009/147). Ook zal moeten kunnen worden beargumenteerd dat het bedrag dat als voorwerp van het witwassen heeft te gelden (in feite: de opbrengst van de in het buitenland begane feiten), tevens mag worden aangemerkt als het voordeel dat met dat witwassen is verkregen. Uit HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/293 m.nt. J.M. Reijntjes blijkt dat het enkele feit dat een persoon crimineel geld voorhanden heeft gehad, niet toereikend is om van voordeel uit witwassen te kunnen spreken. Wie een schakel is in een witwasproces – een geldkoerier, een bemiddelaar, een stroman – ziet soms veel geld door zijn handen gaan, maar staat dat geld doorgaans weer snel af en houdt dan hooguit een beloning over. Maar wanneer buiten redelijke twijfel komt vast te staan dat de betrokkene wel daadwerkelijk en vrijelijk over de opbrengst van de in het buitenland begane feiten kon beschikken, is er, zo vermoed ik, ruimte om dat geld aan te merken als het voordeel uit witwassen.

Of men nu in alle opzichten verheugd moet zijn over de ruime armslag die de strafbaarstelling van witwassen geeft, daarover kan men van mening verschillen. Duidelijk mag echter zijn dat deze strafbaarstelling mogelijkheden in zich draagt om onder omstandigheden bepaalde juridische beletselen, zoals het ontbreken van rechtsmacht, weg te plamuren.