



7. Enkele vrolijke gedachten over witwassen en voordeelontneming

JEDE KONSEQUENZ FÜHRT ZUM TEUFEL

In de saaie en voor sommigen licht deprimerende donkere dagen ná kerst, hebben wij toch allemaal behoefte aan een enkel opbeurend woord, een verlichtende overweging, een vrolijke noot. Het delict witwassen blijft daarvoor een onuitputtelijke bron van inspiratie. In deze bijdrage richt ik mij meer in het bijzonder op de rechtsfiguur van de “vermenging”, in samenspel met de figuur van het fiscale grondfeit.

1 Vermenging van legale en illegale middelen; ‘besmetting’ van wit door zwart

In HR 23 november 2010, *NJ* 2011/44, m.nt. N. Keijzer stond centraal de vraag of betalingen uit een ‘gemengde’ pot moesten worden aangemerkt als uit misdrijf afkomstig. Kort samengevat was de casus dat de verdachte een bedrag van € 1,2 miljoen had verkregen van vennootschap X BV als koopsom voor een pakket aandelen. Ten aanzien van X BV had het hof vastgesteld dat in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw van drugsmisdrijven afkomstig geld in het vermogen van X BV was gevloeid, dat dit geldbedrag vermengd was geraakt met het overige vermogen van X BV en dat dit bedrag zich in dat vermogen niet meer liet individualiseren in de zin dat niet meer met precisie kon worden aangewezen welk deel van het bedrijfsvermogen het van misdrijf afkomstige geld belichaamde. Vervolgens had het hof de verdachte veroordeeld voor het verwerven en voorhanden hebben van de genoemde € 1,2 miljoen, terwijl zij redelijkerwijs moest vermoeden dat dit geldbedrag – onmiddellijk of middellijk – afkomstig was uit enig misdrijf. Op grond van de wetsgeschiedenis oordeelde de Hoge Raad dat de wetgever het noodzakelijk achtte om niet alleen voorwerpen onder het bereik van de witwasbepalingen te brengen

die onmiddellijk of middellijk van misdrijf afkomstig zijn, maar ook voorwerpen die gedeeltelijk van misdrijf afkomstig zijn. De achtergrond daarvan was kennelijk dat op deze wijze ook latere fasen van een witwastraject konden worden aangepakt.

Volgens de Hoge Raad kon voorts uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat in het geval dat van misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen zijn vermengd met vermogensbestanddelen die zijn verkregen door middel van legale activiteiten, op zo’n wijze dat een vermogensbestanddeel met een criminele herkomst zich binnen het na vermenging gevormde vermogen niet meer laat individualiseren, het aldus vermengde vermogen *in zijn geheel* kan worden aangemerkt als *deels* uit misdrijf afkomstig. Daaruit vloeit volgens de Hoge Raad ‘naar de letter bezien’ (want de wetgever heeft geen beperkingen aangebracht) voort:

‘(...) dat bijvoorbeeld de vermenging van een gering geldbedrag met een criminele herkomst met een groot op legale wijze verkregen geldbedrag tot gevolg heeft dat dit gehele geldbedrag (en elke daaruit gedane betaling) kan worden aangemerkt als gedeeltelijk van misdrijf afkomstig in de zin van de witwasbepalingen.’

De Hoge Raad geeft daarbij nog overwegingen en handvatten om 'een onbegrensde wetstoepassing' nog wat in te dammen, en een 'terughoudende toepassing' van de witwasbepalingen te bevorderen. Die terughoudende toepassing is volgens de Hoge Raad van groot belang:

'(...) omdat een te ruim bereik van de witwasbepalingen een normaal handelsverkeer onevenredig zou kunnen belemmeren. Dit gevaar dreigt vooral wanneer het illegale deel van een vermogen relatief gering is alsook wanneer door vervolgttransacties met (gedeeltelijk) van misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen het verband met het gronddelict onduidelijk is geworden.'

Daarom introduceert de Hoge Raad meteen de volgende kwalificatie-uitsluitingsgrond:

'In het licht van het vorenstaande [...] moet worden aangenomen dat bepaald gedrag onder omstandigheden niet als witwassen kan worden gekwalificeerd. Daarbij kan in de beoordeling worden betrokken of sprake is van:

- een geringe waarde van het van misdrijf afkomstige vermogensbestanddeel dat met een op legale wijze verkregen vermogen vermengd is geraakt, al dan niet in verhouding tot de omvang van het op legale wijze verkregen deel;
- een groot tijdsverloop tussen het moment waarop het van misdrijf afkomstige vermogensbestanddeel is vermengd met het legale vermogen en het tijdstip waarop het verwijt van witwassen betrekking heeft;
- een groot aantal of bijzondere veranderingen in dat vermogen in de tussentijd;
- een incidenteel karakter van de vermenging van het van misdrijf afkomstige vermogensbestanddeel met het legale vermogen.

[...] Gelet op de vele varianten waarin het witwassen in de praktijk kan plaatsvinden, die zich bovendien niet op voorhand laten overzien, is de hiervoor gegeven opsomming van mogelijk in de beoordeling te betrekken omstandigheden niet limitatief.'

Omtrent de berechte casus wijst de Hoge Raad vervolgens op de omstandigheid dat het hof heeft geoordeeld dat het gehele vermogen van X BV is besmet, waarbij het hof in het bijzonder in aanmerking heeft genomen dat het om een substantieel bedrag gaat – ruim f 3 miljoen – ook gezien in verhouding tot de vele tientallen miljoenen die via X BV werden geïnvesteerd in onroerend goed. De Hoge Raad verstaat dit oordeel aldus dat het gehele vermogen van sedert de vermenging daarvan met de van drugsmisdrijven afkomstige miljoenen guldens, als gedeeltelijk – onmiddellijk of mid-

dellijk – van misdrijf afkomstig moet worden aangemerkt, welk oordeel volgens de Hoge Raad geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Vervolgens stelt de Hoge Raad vast dat het hof geen bijzondere omstandigheden aanwezig heeft geoordeeld die ertoe zouden nopen het 'vermengde' vermogen niet aan te merken als 'gedeeltelijk van misdrijf afkomstig' in de zin van de witwasbepalingen, welk oordeel eveneens genade vindt in de ogen van de Hoge Raad. De veroordeling wordt dan ook in stand gelaten.

Uit dit arrest kan volgen dat de bijmenging van een relatief ondergeschikt percentage uit misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen een 'wit' vermogen tot 'gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig' in de zin van de witwasbepalingen, en dus 'zwart' vermogen¹ kan maken.² De consequentie daarvan is – de Hoge Raad noemt deze consequentie ook uitdrukkelijk – dat *elke* vervolgens uit dat vermogen gedane betaling in beginsel kan worden aangemerkt als het overdragen (voor de betaler) en verwerven (voor de ontvanger) van (gedeeltelijk middellijk) uit misdrijf afkomstig geld. De door de Hoge Raad gecreëerde kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft betrekking op 'bepaald gedrag' dat niet als witwassen kan worden gekwalificeerd. De aspecten die daarbij volgens de Hoge Raad in de beoordeling kunnen worden betrokken zien echter niet zozeer op het gedrag ten aanzien van het vermogen maar veeleer op de kenmerken van dat vermogen. Daarmee wordt een vocabulaire aangereikt voor het debat of een vermogen (nog) als 'zwart' kan worden aangemerkt.

Wie, zoals de verdachte in de hier besproken casus, gelden verwerft uit een (door vermenging) 'zwart' geworden vermogen, maakt zich schuldig aan witwassen (indien het vereiste subjectieve bestanddeel aanwezig is). De verworven gelden zijn daarmee voor de ontvanger (gedeeltelijk middellijk) afkomstig uit misdrijf, waarmee vervolgens dan weer delen van of het gehele vermogen van de ontvanger zou kunnen worden 'besmet'. Het vermogen van de ontvanger wordt daarmee dan eveneens 'gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig'. Voor verdere betalingen uit het vermogen van de ontvanger geldt voor de opvolgende ontvanger dan weer hetzelfde. En zo verder, *ad infinitum*. In zijn noot onder het arrest schreef Keijzer terecht:

'Na verloop van tijd zal dan al het geld van de wereld uit enig misdrijf afkomstig zijn, en moet iedereen dat beseffen.'

1 Of een deel van een vermogen, zoals een bankrekening.

2 In het besproken arrest was de verhouding drie: vele tientallen, hetgeen zal vertalen naar zo'n 10 procent.

Dat maakt het er in elk geval een stuk eenvoudiger op, zullen we maar zeggen.

De in het besproken arrest uiteengezette ‘vermengingstheorie’ wordt door het Openbaar Ministerie gretig omarmd en vindt in de feitenrechtspraak navolging.³

2 De positie van de rechthebbende op het vermogen

De wens of noodzaak om een vermogen te kwalificeren als ‘besmet’, omdat het gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig is, zal vooral bestaan in het kader van de aanpak van latere stappen in het witwasproces.⁴ Dat was ook de casus in het hiervoor besproken arrest HR 23 november 2010, *NJ* 2011/44, m.nt. N. Keijzer. Om te kunnen aannemen dat een verdachte uit misdrijf afkomstig geld had ontvangen, moest worden vastgesteld, aangenomen of geoordeeld dat het vermogen waar die betaling uit afkomstig was gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig was – zodat ook de uit dat besmette vermogen voortvloeiende betaling als tenminste gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig kon worden aangemerkt.

Daarmee is het zeer wel mogelijk – en voor zover ik kan nagaan was dat ook in de berechte casus het geval – dat de rechthebbende op het vermogen geen partij is en ook niet vertegenwoordigd is in de strafzaak tegen de ontvanger van een betaling, waarin door de strafrechter uiteindelijk het oordeel wordt uitgesproken dat het vermogen van waaruit de betaling is gedaan ‘besmet’ en dus ‘zwart’ is.

Tegelijkertijd zijn de gevolgen van zo’n rechterlijk oordeel voor de rechthebbende op het besmet verklaarde vermogen zeer belastend. Een strafrechtelijke kwalificatie dat een bepaald vermogen ‘gedeeltelijk (middellijk) uit misdrijf afkom-

stig’ is, draagt, zo zagen wij, ‘naar de letter’ de consequentie dat *elke* uit dat vermogen gedane betaling (na het moment van ‘vermenging’ waardoor het vermogen is ‘besmet’) moet worden aangemerkt als gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig en dus als een witwashandeling. Dat oordeel van de strafrechter over het vermogen brengt dan ook een maatschappelijke en economische diskwalificatie van dat vermogen met zich. Dat vermogen mag geen interactie meer hebben met de samenleving, omdat elke betalingshandeling, uitgave of overdracht uit dat vermogen in elk geval van de zijde van de rechthebbende op het vermogen in beginsel moet worden gezien als een verboden witwashandeling. Uit het oogpunt van de ontvanger van een betaling of overdracht uit een gediskwalificeerd vermogen geldt dat sprake is van een verboden witwashandeling, indien bij de ontvanger het vereiste subjectieve bestanddeel aanwezig is.⁵ Op dit subjectieve vereiste aan de zijde van de ontvanger kom ik verderop in deze bijdrage nog te spreken.

Reeds het voorhanden hebben van aldus ‘besmet’ vermogen is in strijd met de witwasbepalingen. Ook hier kan zich een (andere) kwalificatie-uitsluitingsgrond voordoen, in het geval de oorsprong van het besmettende deel van het vermogen is gelegen in de eigen strafbare feiten van de rechthebbende op het vermogen en deze rechthebbende dit vermogensdeel enkel voorhanden heeft op een wijze dat niet kan zijn bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat vermogensdeel.⁶ Maar het bestaan van die kwalificatie-uitsluitingsgrond doet niet af aan de vaststelling dat ten gronde reeds het enkele voorhanden hebben strafrechtelijk in elk geval *unbequem* is, en dat de rechthebbende het vermogen op geen enkele manier kan aanwenden als hij de bescherming van deze kwalificatie-uitsluitingsgrond niet op het spel wil zetten.

Het vermogen waarvan de strafrechter heeft geoordeeld dat het ‘besmet’ is geraakt (doordat van misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen zijn vermengd met vermogensbestanddelen van legale herkomst, op zo’n wijze dat de vermogensbestanddelen met een criminele herkomst zich binnen het na vermenging gevormde vermogen niet meer laten individualiseren, zodat het vermengde vermogen in zijn geheel kan worden aangemerkt als ‘gedeeltelijk’ uit misdrijf afkomstig) moet dan ook in economische en maatschappelijke zin als ‘dood’ vermogen worden aangemerkt. De rechthebbende

3 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8480, bevestigd (art. 81 RO) in HR 15 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2639; Hof Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4633; Hof Den Bosch 11 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3565; Rb. Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4098 en ECLI:NL:RBAMS:2015:4099; Rb. ‘s-Gravenhage 12 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ4326 (bij de beslissing omtrent verbeurdverklaring); Rb. ‘s-Gravenhage 22 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW9210; Rb. Den Haag 18 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15830; Rb. Haarlem 29 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ3272.

4 Vgl. r.o. 3.5.1 van HR 23 november 2010, *NJ* 2011/44: ‘Uit deze wetsgeschiedenis moet als bedoeling van de wetgever worden afgeleid dat deze het met het oog op een effectieve bestrijding van het witwassen noodzakelijk achtte om niet alleen voorwerpen onder het bereik van de witwasbepalingen te brengen die onmiddellijk of middellijk van misdrijf afkomstig zijn, maar ook voorwerpen die gedeeltelijk van misdrijf afkomstig zijn. Daarbij is erop gewezen dat het ruime toepassingsbereik dat aldus aan de witwasbepalingen is gegeven, in het bijzonder ertoe strekt het witwassen ook in zijn latere fasen te kunnen treffen.’

5 De ontvanger moet weten dat het ontvangene middellijk of onmiddellijk afkomstig is uit enig misdrijf (art. 420bis Sr) of hij moet dat redelijkerwijs vermoeden (art. 420quater Sr).

6 HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010/655, m.nt. Keijzer en daaropvolgend jurisprudentie. Zie voor de laatste stand van zaken de rubriek ‘Financieel-economisch strafrecht’ in *Delikt en Delinkwent* 2015, afl. 10 (DD 2015/74).

kan er niets meer mee want mag er niets meer mee. Met name ingeval het rechterlijke oordeel is uitgesproken in een procedure waarin de rechthebbende op het vermogen niet betrokken is geweest, roept dit interessante vragen op in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, helemaal als men bedenkt dat tenminste een deel van het 'besmette' vermogen een onbestreden 'witte' herkomst zal hebben. Vragen die ik hier verder maar laat rusten.

3 Ontsmetting? Afstand doen van (een deel) van het vermogen

Een andere vraag is of de strafrechtelijke diskwalificatie van het vermogen op een of andere manier kan worden voorkomen, opgeheven of ongedaan gemaakt. Deze kwestie heeft – in een wat andere constellatie – aandacht gekregen in HR 5 september 2006, *NJ* 2006/612, m.nt. Borgers. In deze zaak ging het om een erfenis die – zo moet worden aangenomen – mede bestond uit vermogensbestanddelen die uit misdrijf afkomstig waren. Het Openbaar Ministerie had onder de notaris beslag gelegd op de erfenis en vervolgde de (minderjarige) erfgenamen en hun wettelijke vertegenwoordiger voor witwassen in verband met de aanvaarding van deze erfenis. De Hoge Raad oordeelde dat aanvaarding van een nalatenschap tot gevolg heeft dat de erfgenaam tot de nalatenschap behorende goederen (alle zaken en alle vermogensrechten in de zin van art. 420bis lid 2 en 420quater lid 2 Sr) voorhanden heeft in de zin van artikel 420bis lid 1 Sr. Daarbij creëerde de Hoge Raad nog weer een volgende kwalificatie-uitsluitingsgrond, voor het geval een erfgenaam die reeds bij de aanvaarding weet dat de nalatenschap een of meer goederen bevat die afkomstig zijn uit enig misdrijf, niet het oogmerk heeft de feitelijke zeggenschap daarover te gaan uitoefenen. Het ontbreken van dat oogmerk zou daaruit kunnen blijken dat de erfgenaam – al dan niet door tussenkomst van de notaris – onverwijld heeft gemeld aan de politie of de officier van justitie dat de nalatenschap zodanige goederen omvat en tevens die goederen ter beschikking heeft gesteld en gehouden van de Staat. Hetzelfde geldt indien de wetenschap omtrent de herkomst van de nalatenschap eerst is opgekomen na de aanvaarding van de nalatenschap en de erfgenaam daarna insgelijks heeft gehandeld. Deze kwalificatie-uitsluitingsgrond introduceert een soort adempauze of reflectiemoment, waardoor kort na de formele aanvaarding van de erfenis of kort na het bekend worden dat zich in die erfenis goederen bevinden met een criminele herkomst, stappen kunnen worden ondernomen om die goederen uit de nalatenschap te verwijderen, waardoor het 'oogmerk tot het uitoefenen van feitelijke zeggenschap' wordt ontkracht. Het is de vraag of het pad dat door deze

kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt gewezen⁷ ook begaanbaar is voor de rechthebbende op een vermogen waarvan de rechter op grond van vermenging heeft geoordeeld dat het 'gedeeltelijk' uit misdrijf afkomstig is. Rechthebbenden op door de strafrechter gediskwalificeerd vermogen zullen, zo kan worden aangenomen, dat vermogen in het algemeen al (veel) langer voorhanden hebben. Indien zij al bekend waren met de criminele herkomst van in dat vermogen gevloede bestanddelen, dan heeft hun 'zeggenschapsoogmerk' zich ook al geruime tijd gemanifesteerd.⁸ En dan wordt ook geen straffeloosheid bewerkstelligd voor het vóór dat moment voorhanden hebben enzovoort van die vermogensbestanddelen. Voor de rechthebbende op een vermogen die eerst geruime tijd ná de ontvangst van een vermogensbestanddeel op de hoogte raakt van de mogelijk criminele herkomst, zou dit nog wel denkbaar zijn. Maar dan moet de vraag worden gesteld welke informatie kan gelden als voldoende om de rechthebbende redelijkerwijs te doen vermoeden dat (een deel van) het vermogen dat hij voorhanden heeft uit misdrijf afkomstig is? Betekening van de rechterlijke beslissing waarbij zijn vermogen wordt gediskwalificeerd? Of is bijvoorbeeld een enkele mededeling van een verdenking door een (opsporings)ambtenaar voldoende om het vermoeden als bedoeld in artikel 420quater Sr te creëren? Zo komt het neer op de vraag of een rechthebbende op de enkele mededeling van een opsporingsambtenaar of ander (overheids)functionaris omtrent een beweerdelijk criminele herkomst van een vermogensbestanddeel, rechtens gehouden is onverwijld afstand te doen van besmet(te) vermogen(sbestanddelen), bij gebreke waarvan de rechthebbende strafbaar is voor witwassen indien hij ten aanzien van dat/die besmet(te) vermogen(sbestanddelen) gedragingen stelt die verder gaan dan het enkele voorhanden hebben. En indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, welke bescherming heeft de rechthebbende dan nog in het geval hem tijdens overheidsfunctionarissen (bewust) onjuiste informatie wordt verstrekt? Want – geloof het of niet – dat komt namelijk wel eens voor. Ik durf mij niet eens af te vragen hoe dit zou moeten uitwerken in het geval de rechthebbende op het 'besmette' vermogen een rechtspersoon is, waarvan de aandelen door meerdere personen worden gehouden – of die misschien zelfs wel ter beurze worden verhandeld. Wat moet de aandeelhouder doen, als hij uit krantenberichten, uit persberichten van het Openbaar Ministerie of mogelijk zelfs uit gepubliceerde rechterlijke uitspraken de wetenschap verkrijgt dat de rechtspersoon om-

7 Alsmede, zo kan worden toegevoegd, het iets andere pad dat A-G Knigge in zijn conclusie voor dit arrest heeft gewezen.

8 Hierin onderscheidt hij zich ook van bijvoorbeeld de curator die tot het vermogen wordt geroepen: D.R. Doorenbos, 'De witwassende curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015/3.

vangrijke zwarte inkomsten heeft verkregen, bijvoorbeeld uit contracten die door corruptieve betalingen aan buitenlandse ambtenaren zijn verkregen?⁹ Maakt ook deze zich schuldig aan witwassen als hij zijn aandelen verkoopt – nu dat toch stukjes eigendom zijn in een tenminste gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig vermogen? Is de aandeelhouder gehouden zijn aandelen op het plaatselijke politiebureau in te leveren? Onder omstandigheden zou dat maar zo het geval kunnen zijn – dat hangt geheel van de omstandigheden af, en – belangrijker – van de persoon die de omstandigheden interpreteert. Een heel ander bezwaar kan zijn dat de strafrechtelijke diskwalificatie van (delen van) het vermogen voortvloeit uit de omstandigheid dat de vermogensbestanddelen met een criminele herkomst zich binnen het na vermenging gevormde (deel)vermogen niet meer laten individualiseren. Het lijkt dus niet altijd mogelijk om, zoals de Hoge Raad in de erfeniszaak oordeelde, de goederen met een (gedeeltelijk) criminele herkomst af te splitsen van de overige goederen. Wat men ook afsplitst, het overblijvende deel zal dan onverminderd ‘gedeeltelijk’ uit misdrijf afkomstig zijn. Dat is nu eenmaal het gevolg van de aangenomen ‘vermenging’. Als zo’n kwalificatie-uitsluitingsgrond al beschikbaar zou zijn, dan zou dat onder omstandigheden ook kunnen inhouden dat de rechthebbende afstand moet doen van zijn *gehele* vermogen – waaronder dus tevens begrepen het oorspronkelijk ‘witte’ deel daarvan. Los van de praktische moeilijkheid – hoe doe je in hemelsnaam afstand van je hele vermogen? – komt mij dat als een onaanvaardbare eis voor. Temeer indien men bedenkt dat deze eis kan voortvloeien uit een procedure waarin de rechthebbende zelf geen partij is geweest.

4 Ontsmetting? Het effect van voordeelsontneming

Zou een rechthebbende op een vermogen dat besmet is verklaard omdat het deels uit misdrijf afkomstig is, dat ver-

mogen dan wellicht kunnen ontsmetten door vrijwillig of na een daartoe strekkende rechterlijke procedure een bedrag ter hoogte van het uit misdrijf afkomstige deel van dat vermogen aan de Staat te voldoen?

Alleen al uit het oogpunt van elementaire logica is moeilijk in te zien hoe een betalingsverplichting op grond van een door de rechter opgelegde voordeelsontnemingsmaatregel¹⁰ die ten laste van het gediskwalificeerde vermogen wordt voldaan, tot ‘ontsmetting’ van het overblijvende deel van het vermogen zou kunnen leiden. Als we aannemen dat een deel van het (vermengde) vermogen uit strafbare feiten afkomstig is, en de ontnemingsmaatregel zich (zoals het hoort) uitstrekt tot het bedrag dat uit die strafbare feiten afkomstig is, dan is in maatschappelijke zin mogelijk wel een evenwicht bereikt (de rechthebbende op het vermengde vermogen is teruggezet op het niveau waarop hij zou hebben gestaan als hij geen strafbare feiten zou hebben gepleegd), maar daarmee is de vermenging van het vermogen *als zodanig* niet ongedaan gemaakt. De ontnemingsmaatregel wordt immers uit het vermengde vermogen voldaan met een geldbedrag dat deels uit legale, deels uit illegale middelen afkomstig is. Het achterblijvende deel is onverminderd deels uit legale, deels uit illegale middelen afkomstig. Men kan immers ook geen water *uit* aangelengde wijn schenken.¹¹

Feitelijk zal door alle betrokkenen – Openbaar Ministerie, rechter en verdachte – wel worden gehandeld *alsof* met het betalen van een bedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel het vermogen van illegale smetten wordt geschoond. *Alsof* na betaling het overblijvende vermogen geheel wit geworden is. Maar daar is welbeschouwd geen grond voor aan te wijzen. Ik zou menen dat het betalen van een bedrag ter ontneming (slechts) een (ongeschreven) vervolgingsuitsluitingsgrond zou moeten opleveren: het Openbaar Ministerie verliest het recht om ná betaling het vermogen nogmaals als ‘vermengd’ of ‘besmet’ aan te merken. Daaruit zou mijns inziens ook moeten voortvloeien dat de mogelijkheid vervalt om ná de betaling van zo’n bedrag ter ontneming van voordeel transacties met het overblijvende vermogen als witwashandelingen te vervolgen, maar ik vind voor dat standpunt in geen enkele wettekst of rechterlijke uitspraak uitdrukkelijke steun...

In elk geval is duidelijk dat zo’n vervolgingsuitsluitingsgrond geen terugwerkende kracht toekomt. In de status die het ‘besmette’ vermogen vóór het moment van betaling van een geldsom ter ontneming van voordeel had, verandert met zo’n betaling niets.

⁹ Vgl. de SBM Offshore-casus, kenbaar uit een persbericht van 12 november 2014 (www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@87202/sbm-offshore-betaalt/), alsmede uit de *Verantwoording aanpak georganiseerde criminaliteit 2014*, 23 juni 2015, p. 39 e.v. Dit onderdeel is ook zelfstandig gepubliceerd op www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@89993/sbm-offshore-schikt/. Uit de jaarstukken die op www.JaarverslagPlaza.nl zijn te vinden volgt dat de cumulatieve omzet over de jaren 2007 t/m 2011 (de relevante onderzoeksperiode) ca. \$ 14,5 miljard bedroeg. De cumulatieve nettowinst over die jaren bedroeg ca. \$ 1,45 miljard. De hoogte van het bedrag dat in de schikking ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (\$ 200 miljoen) was opgenomen was ontleend aan de hoogte van de *betalingen* die SBM via agenten had gedaan. Opmerkelijk genoeg lijkt dit bedrag niet gerelateerd aan de omzet (of winst) die SBM als gevolg van corruptieve betalingen heeft verkregen. Dat kan immers een veelvoud van \$ 200 miljoen zijn.

¹⁰ Of een vrijwillige betaling van een geldbedrag ter hoogte van het verkregen wederrechtelijk voordeel.

¹¹ De beeldspraak is ontleend aan de noot van Keijzer onder HR 23 november 2010, NJ 2011/44.

5 Complicatie; fiscale grondfeiten voor een witwasverwijt

In HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009/94, m.nt. Borgers heeft de Hoge Raad aanvaard dat ook fiscale misdrijven als grondmisdrijf voor een witwasverwijt kunnen gelden. Dat heeft de Hoge Raad gedaan in een casus waarin een persoon betrokken was geweest bij het openen, op naam stellen en oversluiten van bankrekeningen in het buitenland, en waarbij de verdachte verklaarde dat zij wist dat de concrete geldbedragen die door haar op die bankrekening werden en zouden worden gestort 'zwart' waren.

Uit de wetsgeschiedenis leidde de Hoge Raad af:

'(...) dat de wetgever niet heeft beoogd andere beperkingen aan te leggen wat betreft het gronddelict waaruit het voorwerp van de witwashandelingen afkomstig is, dan dat het moet gaan om een misdrijf.'

Dat leidde tot vernietiging van het bestreden arrest:

'Aan zijn hiervoor onder 3.3 weergegeven oordeel dat de verdachte van het haar tenlastegelegde moet worden vrijgesproken, heeft het Hof kennelijk ten grondslag gelegd dat vermogensbestanddelen waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken, niet kunnen worden aangemerkt als voorwerpen "afkomstig (...) van enig misdrijf" in de zin van de art. 420bis en 420quater Sr. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Die vermogensbestanddelen kunnen in zoverre worden aangemerkt als van misdrijf afkomstig in de zin van voormelde bepalingen.'

Uit de woorden 'in zoverre' leid ik af dat de Hoge Raad van oordeel is dat niet het gehele niet-geïscaliseerde vermogensbestanddeel, maar uitsluitend (de waarde van) het ten onrechte niet aan de fiscus afgedragen belastingdeel als uit misdrijf afkomstig moet worden aangemerkt. Dit in navolging van P-G Fokkens die in zijn conclusie voor dit arrest stelt:

'Afkomstig uit enig misdrijf in de zin van genoemde bepalingen is mijns inziens het ten onrechte niet afgedragen bedrag aan belastingen.'¹²

In zijn noot onder het arrest toont Borgers zich met name kritisch over het gebrek aan dwingende argumenten waarom

een ontlopen belastingsschuld uit misdrijf *afkomstig* zou zijn. Hij wijst erop dat het 'van eminent belang' is:

'(...) om nader in te vullen wat men aanmerkt als het voorwerp dat uit het AWR-misdrijf afkomstig is [...] juist vanwege het feit dat de traceerbaarheid van een ontlopen schuld in het gehele vermogen van de betrokkene problematisch is. Dat zou ertoe aanleiding kunnen geven te veronderstellen dat elk vermogensbestanddeel van de betrokkene in zekere zin "besmet" is, in die zin dat elk vermogensbestanddeel tot op zekere hoogte de ontlopen belastingsschuld vertegenwoordigt. De verstrekkende consequentie van deze zienswijze zou zijn dat, indien eenmaal belasting is ontdoken, iedere handeling ten aanzien van elk vermogensbestanddeel van de betrokkene – of die handeling nu wordt verricht door de belastingontduiker zelf of een derde – in principe een witwashandeling oplevert.'

Ik merk op dat Borgers dit schreef vóórdat de Hoge Raad in het hiervoor besproken HR 23 november 2010, *NJ* 2011/44, m.nt. N. Keijzer, oordeelde dat:

'(...) de vermenging van een gering geldbedrag met een criminele herkomst met een groot op legale wijze verkregen geldbedrag tot gevolg heeft dat dit gehele geldbedrag (en elke daaruit gedane betaling) kan worden aangemerkt als gedeeltelijk van misdrijf afkomstig in de zin van de witwasbepalingen.'

Daarbij heeft de Hoge Raad geen uitzondering gemaakt voor geldbedragen die uit fiscale misdrijven afkomstig zijn. Bij die stand van zaken is er jurisprudentieel (nog) geen dam opgeworpen tegen de redenering dat het verzuim om over bepaalde inkomsten of vermogensbestanddelen belastingaangifte te doen, leidt tot uit (een fiscaal) misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen, die (omdat zulke vermogensbestanddelen veelal zullen bestaan uit een in het vermogen niet exact te lokaliseren 'ontlopen belastingsschuld') zich binnen het totale vermogen niet meer laten individualiseren, weshalve geoordeeld moet worden dat het gehele vermogen door vermenging 'besmet' is geraakt en in zijn geheel daarom 'gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig is'. De consequentie van deze redenering is dat het begaan van een fiscaal delict leidt tot algehele diskwalificatie van het vermogen waarin het delict is begaan. Borgers noemde deze consequentie 'onaanvaardbaar',¹³ maar inmiddels is deze in de feitenrechtspraak daadwerkelijk al getrokken.¹⁴

12 En conform de 'Amsterdamse' benadering: Rb. Amsterdam 25 mei 2007, ECLI:RBAMS:2007:BB3643. Zie hierover nader F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 137 e.v.

13 Noot onder HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009/94, par. 5.

14 Rb. Den Haag 18 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15830; Hof Den

In HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:693 – een ont-nemingszaak – lijkt de Hoge Raad nog een poging te hebben ondernomen om de consequenties van zijn jurisprudentie waar het de voordeelsontneming betreft iets in te dammen. Ik citeer de relevante overweging van de Hoge Raad:

'In zijn arrest van 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774, NJ 2009/94, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen beletsel is om vermogensbestanddelen waarover men de beschikking had doordat belasting is ontdoken, aan te merken als voorwerpen "afkomstig (...) van enig misdrijf" in de zin van de art. 420bis en 420quater Sr. Daaruit mag niet worden afgeleid dat voor de belastingdienst verzwezen vermogensbestanddelen steeds in volle omvang moeten worden beschouwd als de opbrengst van een bij de belastingwet strafbaar gesteld feit, als bedoeld in art. 36e Sr in samenhang met art. 74 AWR. Daarbij komt dat er geen grond is om elk voordeel dat door middel van een aan de belastingheffing onttrokken vermogensbestanddeel is behaald, aan te merken als de opbrengst van een bij de belastingwet strafbaar gesteld feit in de zin van de zojuist genoemde wettelijke bepalingen.'

Heel richtinggevend komt mij deze uitspraak niet voor. Zij behelst in elk geval niet een dwingende beperking op voordeelsontneming of op verbeurdverklaring van (het volledige) vermogen dat door vermenging met niet-geïscaliseerde vermogensbestanddelen in zijn geheel als 'gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig' kan worden aangemerkt.

Ten aanzien van deze bijzondere categorie 'besmette' vermogens kan men zich nog de vraag stellen of belastingheffing tot ontsmetting zou kunnen leiden. Daartegen pleit hetgeen hiervoor al is opgemerkt dat de betaling waarmee de belastingschuld wordt voldaan de eerder aangenomen vermenging niet ongedaan kan maken. Daarvoor pleit echter dat het 'uit misdrijf afkomstige' deel van het vermogen bestaat in een tamelijk ongrijpbare 'ontlopen belastingschuld'. Zoals Borgers al stelde, is deze in het vermogen niet te traceren of te concretiseren. Maar daar kan verandering in komen zodra deze schuld door de rechthebbende op het vermogen wordt aangewezen. Die aanwijzing kan bijvoorbeeld bestaan in het afzonderen en oormerken van een geldbedrag (of ander vermogensbestanddeel) ter hoogte van de ontlopen belastingschuld. En dat kan wat mij betreft dan ook wel samenvallen met de overboeking van dat geldbedrag aan de fiscus. Het bijzondere karakter, de bijzondere herkomst van het uit

misdrijf afkomstige deel van het besmette vermogen leidt wat mij betreft dus tot een andere uitkomst waar het gaat om de vraag of ontsmetting van het vermogen denkbaar is.¹⁵ Maar ook in dit geval is naar de regels van de logica moeilijk in te zien hoe voldoening van de belastingschuld terugwerkende kracht zou kunnen hebben, in die zin dat eerdere betalingen uit het besmette maar nog niet door belastingbetaling ontsmette vermogen niet meer als potentiële witwashandelingen zouden kunnen gelden. Dat brengt dan weer met zich dat het *te laat* voldoen aan fiscale verplichtingen (een misdrijf op grond van art. 69 lid 1 AWR)¹⁶ onder omstandigheden tot het verwijt zou kunnen leiden dat het gehele vermogen gedurende de wellicht beperkte tijdsperiode tussen het moment waarop aan de verplichting had moeten worden voldaan en het moment waarop feitelijk aan de verplichting is voldaan, deels uit misdrijf afkomstig is, en dus 'besmet'. Absurd? Ondenkbaar? We zullen het zien.

6 Rechtsbescherming?

Op dit punt aangekomen opent zich een wereld van vervolgvragen en (on)mogelijke consequenties. Alleen al vanwege de omvang van deze bijdrage moet ik mij beperken. Maar ik geef onmiddellijk toe: de vragen die ik in het navolgend aan de orde stel, vloeien mede voort uit een persoonlijk gevoel van onveiligheid. Denkt u even met mij mee.

Een onderneming heeft een mede strafrechtelijk te duiden probleem. Bijvoorbeeld omdat men erachter komt dat al enkele jaren via buitenlandse agenten omvangrijke, wellicht als corruptief te duiden betalingen zijn verricht aan buitenlandse ambtsdragers.¹⁷ Of omdat fiscus en FIOD stellen dat de onderneming voor een substantieel bedrag aan belastingen heeft ontdoken door opzettelijk onjuiste belastingaangiften te doen. Vanzelfsprekend wil de onderneming de bijstand inroepen van (forensisch) accountants, fiscalisten en advocaten¹⁸ om de beschuldigingen te bestrijden dan wel het gerezen probleem anderszins tot een oplossing te brengen. Vanuit het perspectief van de verdachte onderneming geldt dat elke uitgave of betaling uit een mogelijk vermengd

15 De beantwoording van de vraag of het vermogen nog steeds als 'besmet' heeft te gelden als alleen de ontlopen belastingschuld aan de fiscus wordt voldaan, maar de rechthebbende nalaat eventuele opgelegde fiscale verzuim- of vergrijpboetes te voldoen, laat ik graag aan anderen over.

16 'Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte [...] niet binnen de daarvoor gestelde termijn doet, wordt, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting.'

17 De hiervoor al aangestipte SBM Offshore-casus.

18 Hierna gezamenlijk korthedshalve als '(rechts)hulpverleners' aangeduid.

Bosch 11 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3565. De auteur was als raadsman betrokken bij deze zaak.

vermogen een potentiële witwashandeling is. Het enige strafrechtelijk echt veilige advies dat aan de onderneming – en de bestuurders van de onderneming¹⁹ die persoonlijk strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor feitelijk leidinggeven aan witwashandelingen van de door hen bestuurde onderneming – kan worden gegeven, is dan ook dat de onderneming geen enkele uitgave of betaling meer mag doen. Indien de onderneming zo'n advies zou volgen, zou zij overigens niet lang meer bestaan. Maar de consequentie is in elk geval dat het voor de onderneming niet onproblematisch is om (rechts)hulpverleners in te huren om de verdenkingen te bestrijden of het gerezen probleem op te lossen. Tegelijk moet worden vastgesteld dat ondernemingen niet voor gefinancierde rechtsbijstand in aanmerking komen – de onderneming heeft dus geen alternatief. Misschien zou de Wet op de rechtsbijstand voor deze situatie moeten worden aangepast.

De (rechts)hulpverlener die door de onderneming wordt aangezocht, is zich er noodzakelijkerwijze van bewust dat, indien de aan de onderneming geuite beschuldigingen juist zullen blijken te zijn, mogelijk substantiële bedragen in het ondernemingsvermogen zijn gevloeid die uit misdrijf afkomstig zijn. Die (rechts)hulpverlener kan ook worden geacht te beseffen dat zulke bedragen in het ondernemingsvermogen niet meer traceerbaar zullen zijn, dus vermengd zullen zijn met de overige vermogensbestanddelen op een wijze die met zich kan brengen dat het gehele vermogen van de onderneming daardoor 'besmet' is geraakt, en dus in zijn geheel gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig is. De door de witwasbepalingen verlangde subjectieve bestanddelen ('terwijl hij weet' [art. 420bis Sr] dan wel 'redelijkerwijs moet vermoeden' [art. 420bis Sr] 'dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf') kunnen dan ook aanwezig worden geacht vanaf het allereerste moment dat de (rechts)hulpverlener zijn of haar diensten aan de onderneming gaat verlenen en voor die werkzaamheden declaraties aan de onderneming gaat versturen. Indien uiteindelijk komt vast te staan – door een rechterlijk oordeel of ook anderszins, bijvoorbeeld door het aangaan een strafrechtelijke transactie – dat de onderneming inderdaad substantiële uit misdrijf afkomstige inkomsten had, lijkt er voor de (rechts)hulpverlener dan ook geen inhoudelijk verweer meer mogelijk tegen een verwijt dat zijn of haar honorarium 'middellijk gedeeltelijk uit misdrijf afkomstig' was. Zo krijgt de (rechts)hulpverlener op een wel heel bijzondere wijze een persoonlijk belang bij de uitkomst van de zaak. Winnen of witwassen – in een middenweg is

rechtens nog niet voorzien.²⁰ Maar ook voordat vast komt te staan dat de onderneming zich daadwerkelijk aan strafbare feiten heeft schuldig gemaakt, kan men eenvoudig het (redelijk) vermoeden construeren dat de (rechts)hulpverlener die door de onderneming wordt betaald zich schuldig maakt aan witwassen.

In de parlementaire beraadslaging voorafgaand aan de wet waarbij witwassen als strafbaar feit in Nederland werd geïntroduceerd,²¹ is over deze vraag van gedachten gewisseld. De minister meldt:²²

'Een advocaat die weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat zijn honorarium afkomstig is uit een misdrijf, maakt zich in beginsel schuldig aan heling of het in dit wetsvoorstel voorziene strafbaar feit van witwassen.'

De mogelijkheid van strafvervolgung 'is dus altijd aanwezig als stok achter de deur'.²³

'In het bijzonder een advocaat die zich overmatig – in relatie tot de in het concrete geval noodzakelijke rechtsbijstand – en/ of in grote hoeveelheden contanten laat betalen, stelt zichzelf dus bloot aan het risico van vervolging wegens witwassen.'²⁴

Het Openbaar Ministerie voert ter zake een 'een terughoudend opsporings- en vervolgingsbeleid'.²⁵

Sinds de hiervoor geschetste ontwikkelingen lijkt het speelveld toch wel iets veranderd ten opzichte van de in de parlementaire stukken geschetste situatie. Met de jurisprudentiële aanvaarding – of zo u wilt: bevestiging – van de vermengingsleer, kan de aanwezigheid van het vereiste subjectieve bestanddeel bij de (rechts)hulpverlener ook veel sneller worden aangenomen. Mijn allervrolijkste gedachte is dan ook dat het antwoord op de vraag of een (rechts)hulpverlener naar aanleiding van zijn bijstand aan een verdachte onderneming voor witwassen wordt vervolgd inmiddels nog slechts afhankelijk lijkt van het oordeel van het Openbaar Ministerie omtrent de redelijkheid ('overmatig' of niet) van het in rekening gebrachte honorarium. Dat is een niveau van rechtszekerheid dat men in landen als Oezbekistan, Egypte of China verwacht aan te treffen, maar niet in een zich rechtsstaat noemende West-Europese democratie.

19 Die mogelijk in het geheel niet betrokken zijn geweest bij eventuele misdragingen die aanleiding hebben gegeven tot de oorspronkelijke verdenking tegen de rechtspersoon, bijvoorbeeld omdat zij eerst *na dato* bij de onderneming in dienst traden.

20 Hetgeen dan weer de vraag oproept of de (rechts)hulpverlener gehouden is om bij verlies van de zaak, ter 'ontsmetting' van zijn eigen (kantoor)vermogen, ten gunste van de Staat afstand te doen van het door hem ontvangen honorarium.

21 Wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 606.

22 *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, 5 (NV), p. 14.

23 *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, 5 (NV), p. 16.

24 *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, 5 (NV), p. 15.

25 *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, 5 (NV), p. 14.

7 Besluit

Men zou zich nog veel langer kunnen vermaken met het doordenken van de mogelijke consequenties van de witwasbepalingen en de jurisprudentie daarop. Allemaal vrolijke gedachten, en allemaal evenzovele problemen waar de Hoge Raad dan maar weer een oplossing voor zal moeten vinden – want van de wetgever hoeven wij op dit dossier het heil niet te verwachten. Als aan het voorgaande al een conclusie te verbinden zou zijn, dan is het dat (strafbaar) witwassen is wat de rechter vindt dat het is. Met een klein struikgewas aan kwalificatie-uitsluitingsgronden wordt het gewenste resultaat bereikt, als bepaald gedrag in de opvatting van de Hoge Raad *eigenlijk* geen witwassen is. *Of* bepaald gedrag *eigenlijk* wel of geen witwassen is, kan de burger echter niet op voorhand bepalen. Ik zal niet de eerste zijn die hier een zekere spanning met het in artikel 1 lid 1 Sr besloten liggende *lex certa*-beginsel ontwaart. Nog bezwaarlijker is dat deze stand van zaken de burger geen enkele bescherming biedt tegen de toepassing van dwangmiddelen en de last van een strafrechtelijke vervolging voor gedragingen waarvan de burger in alle oprechtheid meent dat ze eigenlijk geen witwassen inhouden – maar waarover justitie andere opvattingen heeft. Op dit punt bestaat de bescherming van de burger nog slechts in de oordeelsvorming van het Openbaar Ministerie, zoals gevoed door ‘bevindingen’ van opsporingsambtenaren. Dus u begrijpt waarom ik niet heel rustig slaap.