

Witwassen van voorwerpen uit eigen misdrijf

Prof. mr. T. Kooijmans

HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3028

1 Inleiding: afpakken van criminele winsten via het materiële strafrecht

Misdaad mag niet lonen! Wij kennen allemaal deze hartenkreet, een credo dat nogal eens gepaard gaat met het statement dat een boef (ook) daar moet worden geraakt waar hij dat het hardste voelt, namelijk in zijn portemonnee. En dat is begrijpelijk: nog daargelaten of het wegnemen van *incentives* om strafbare feiten te plegen – welke *incentives* veelal zijn gelegen in het vooruitzicht van financiële opbrengsten – er daadwerkelijk toe leidt dat de (vermogens)criminaliteit afneemt, is het vanuit het perspectief van legitimiteit van de rechtshandhaving nauwelijks uit te leggen dat een dader van een strafbaar feit ervan af zou komen met bijvoorbeeld een gevangenisstraf of taakstraf maar (vervolgens) vrijelijk zou kunnen beschikken over de opbrengsten van zijn strafbare gedrag.¹

Het materiële strafrecht reikt verschillende instrumenten aan om het genoemde credo te verwezenlijken. Zo incorporeert het Wetboek van Strafrecht een reeks van sancties waarmee criminele opbrengsten kunnen worden afgepakt:² de geldboete, de verbeurdverklaring, de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de onttrekking aan het verkeer. Voorts bevat de strafwetgeving uiteenlopende strafbepalingen waarmee allerlei

(vermogens)criminaliteit wordt bestreden die tot (grote) winsten kunnen leiden. Daarnaast herbergt het Wetboek van Strafrecht een aantal strafbepalingen die het bevorderen van (vermogens)criminaliteit willen tegengaan, zoals de helingbepalingen (art. 416 e.v. Sr) en het in artikel 189 Sr omschreven misdrijf van begunstiging van de dader. Omdat enerzijds de toepassing van (vooral) de helingbepalingen aan een aantal beperkingen was (en is) onderworpen en omdat anderzijds een aantal internationale en Europese regelingen daartoe strekkende verplichtingen bevat, heeft de nationale Nederlandse wetgever in 2001 de zogenoemde witwasbepalingen (art. 420bis e.v. Sr) geïntroduceerd.³

Voor een goed begrip van zowel de mogelijkheden en begrenzingen van de aangestipte vermogenssancties als de rechterlijke omgang met de witwasbepalingen, wordt hierna een betrekkelijk uitvoerige aanloop genomen waarin de bedoelde mogelijkheden, begrenzingen en omgang in hun onderlinge samenhang worden geschetst.⁴

Dat de hoofdstraf van de *geldboete* als wezenskenmerk de vergelding van strafbaar gedrag heeft, staat er niet aan in de weg dat deze sanctie mede kan worden aangewend om de opbrengst van het strafbare feit af te romen. Onder meer dit gezichtspunt heeft recent geleid tot een

1 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 5, p. 2.

2 Voor de fase vooruitlopend op de toepassing van die sancties biedt het Wetboek van Strafvordering via art. 94 en 94a Sv een kader waarbinnen de betreffende rekeningen in beslag kunnen worden genomen.

3 Wet van 6 december 2001 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven, *Stb.* 606 (inw.tr. 14 december 2001).

4 Deze schets is voor een belangrijk deel ontleend aan M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming', *DD* 2010/16, p. 205-270; M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Verruiming van de mogelijkheden tot voordeelontneming: het vervolg', *DD* 2010/36, p. 608-627; 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. 683-701; M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit', *DD* 2013/55, p. 589-604; T. Kooijmans, 'Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?', *DD* 2014/39, p. 407-419; M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Van probleem naar oplossing en weer terug: Het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving', *DD* 2015/8, p. 57-74.

zogenoemde flexibilisering van het geldboetep plafond ten aanzien van strafbare rechtspersonen.⁵ Weliswaar kan een geldboete dus mede strekken tot (de verderop nader te bespreken) ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, maar als ontneming het uitsluitende of primaire doel is van de geldboete, wordt de (van de eigenlijke strafzaak afgescheiden) ontnemingsprocedure op een oneigenlijke wijze omzeild.⁶

De *verbeurdverklaring* is een bijkomende straf die ingevolge artikel 33a lid 1 sub b Sr kan worden opgelegd ten aanzien van ‘voorwerpen met betrekking tot welke het feit is begaan’. Daarmee is een rechtsbasis aanwezig om geld of andere goederen die het voorwerp van strafbare witwashandelingen waren, van de witwasser af te pakken. Indien een verdachte bijvoorbeeld wordt veroordeeld wegens het voorhanden hebben van een in zijn woning aangetroffen geldsom van € 125.000,-, terwijl hij wist dat dat geld onmiddellijk of middellijk van misdrijf afkomstig was, dan kan dat geld ter gelegenheid van deze veroordeling wegens witwassen worden verbeurdverklaard. Ook kan de verbeurdverklaring worden gelast van voorwerpen die aan de veroordeelde toebehoren en die door middel van (of uit de baten van) het strafbare feit zijn verkregen: artikel 33a lid 1 sub a Sr. Het zal bij dit laatste doorgaans gaan om (de onder de verdachte aangetroffen en) in beslag genomen⁷ revenuen van het strafbare feit, of om het zogenoemde vervolgprijt.

De volgende hier te bespreken vermogenssanctie betreft de maatregel van *ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel*. Naar huidig recht bestaan drie varianten van gevallen waarin de ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd. De eerste twee varianten zijn neergelegd in artikel 36e lid 2 Sr, de derde in artikel 36e lid 3 Sr. De eerste variant betreft de ‘basale’ situatie dat voordeel wordt ontnomen dat is verkregen door het strafbare feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld. Het is bijvoorbeeld de diefstal van een geldsom geweest ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld en welk geldbedrag hem wordt ontnomen. In de tweede variant wordt voordeel ontnomen naar aanleiding van ‘andere strafbare feiten’ dan het delict waarvoor de betrokkene is veroordeeld.⁸ Een

veroordeling wegens een Opiumwettedelict (bijvoorbeeld de opzettelijke teelt van hennep (art. 11 lid 2 jo. art. 3 sub B Opiumwet)) kan aldus aanleiding geven tot het ontnemen van voordeel verkregen uit andere Opiumwettedelicten (bijvoorbeeld de opzettelijke verkoop van hennep (art. 11 lid 2 jo. art. 3 sub B Opiumwet)). In deze tweede variant is vereist dat voldoende aanwijzingen (dus niet: wettig en overtuigend bewijs) bestaan dat de betreffende andere strafbare feiten door de betrokkene zijn begaan. Het ‘grondfeit’ – dat wil zeggen: het feit ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld – behoeft in de tweede variant geen voordeel te hebben opgeleverd.⁹ Een veroordeling wegens eenvoudige mishandeling kan dus aanleiding geven tot ontneming overeenkomstig artikel 36e lid 2 Sr als voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene een ander strafbaar feit – bijvoorbeeld een Opiumwettedelict – heeft begaan en (slechts) laatstgenoemd feit voordeel heeft opgeleverd. Een zelfstandige vervolging voor dat delict hoeft niet te zijn ingesteld, laat staan dat de betrokkene ter zake moet zijn veroordeeld, zolang maar voldoende (aan het dossier in de ontnemingszaak te ontnemen) aanwijzingen bestaan dat hij het andere strafbare feit heeft begaan. De in artikel 36e lid 3 Sr vervatte, derde variant ziet op de situatie dat de betrokkene voordeel heeft verkregen uit andere strafbare feiten – door wie ook, waar ook, wanneer ook en op welke wijze ook begaan – en de betrokkene is veroordeeld wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Indien de betrokkene bijvoorbeeld is veroordeeld wegens deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven (art. 140 Sr) en de opbrengsten van de concrete misdrijven waarop die organisatie het oogmerk heeft – welke misdrijven door andere leden van de organisatie zijn gepleegd – zijn in het vermogen van de betrokkene gevloeid, dan kunnen die opbrengsten overeenkomstig artikel 36e lid 3 Sr aan de betrokkene worden ontnomen.

Een andere strafrechtelijke maatregel waarmee bepaalde opbrengsten van strafbaar gedrag kunnen worden afgepakt (en vernietigd), betreft de *onttrekking aan het verkeer* van gemeengevaarlijke voorwerpen (art. 36b e.v. Sr). Als een persoon opzettelijk cocaïne heeft geïmporteerd (art. 10 lid 5

5 Wet van 19 november 2014 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het vergroten van de mogelijkheden tot opsporing, vervolging, alsmede het voorkomen van financieel-economische criminaliteit (verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit), *Stb.* 445 (inw.tr. 1 januari 2015). Deze flexibilisering houdt in dat in bepaalde gevallen de geldboetecategorieën worden losgelaten voor strafbare rechtspersonen en dat een geldboete wordt opgelegd tot maximaal 10% van de jaaromzet van de rechtspersoon in het boekjaar voorafgaand aan de uitspraak. Zie art. 23 lid 7 Sr.

6 In een zaak die leidde tot het arrest HR 15 juni 2010, *NJ* 2010/358 had het hof een geldboete opgelegd en zulks als volgt gemotiveerd: ‘Aangezien de officier van justitie niet in hoger beroep is gegaan tegen de afwijzing van de ontnemingsvordering in eerste aanleg (nu de verdachte in de strafzaak is vrijgesproken) ziet het hof aanleiding

om het te ontnemen bedrag als geldboete op te leggen.’ De Hoge Raad caseerde omdat het hof, met de enkele verwijzing naar de omstandigheid dat de officier van justitie niet in hoger beroep was gegaan tegen de afwijzing van de ontnemingsvordering in eerste aanleg (nu verdachte in de strafzaak is vrijgesproken) en naar het te ontnemen bedrag, de oplegging van de geldboete niet toereikend had gemotiveerd. Hoewel de Hoge Raad zich hiermee strikt genomen niet in algemene bewoordingen uitspreekt tegen de geldboete louter als instrument ter ontneming, ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat ons hoogste rechtscollege een dergelijke inzet van de geldboete zou aanvaarden. Slechts een verwijzing naar – op de keper beschouwd – ‘de ontnemingsvordering’ en ‘het te ontnemen bedrag’ als motivering voor de geldboete wordt ondermaats bevonden, hetgeen goed verklaarbaar is in een strafrechtelijk systeem waarin voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is voorzien in een afzonderlijke procedure (met dito rechts-

waarborgen) naast de procedure in de hoofdzaak (die kan uitmonden in een geldboete) terwijl bijvoorbeeld de draagkracht van de betrokkene in de beide trajecten een verschillende rol speelt: bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel in beginsel slechts een zeer geringe rol – vgl. art. 36e lid 5 Sr (voor de opleggingsfase); art. 577b lid 2 Sv (voor de executiefase) en HR 27 maart 2007, *NJ* 2007/195 – doch bij de geldboete wel een prominente rol, overeenkomstig art. 24 Sr. In deze zin ook advocaat-generaal Knigge in (punt 12 en 13 van) zijn conclusie bij HR 15 juni 2010, *NJ* 2010/358.

7 Vgl. art. 34 Sr t.a.v. verbeurdverklaring van voorwerpen die niet in beslag genomen zijn.

8 Dat dat andere feit inmiddels eventueel is verjaard, staat niet aan ontneming van het uit dat feit voortgevoelde voordeel in de weg: zie (voor de situatie onder het oude recht) HR 7 juli 2009, *NJ* 2009/422 m.nt. J.M. Reijntjes.

9 Vgl. (voor de situatie onder het oude recht) HR 14 september 1999, *NJ* 2000/55 m.nt. J.M. Reijntjes.

jo. art. 2 sub A Opiumwet) dan kan de bij hem aangetroffen en in beslag genomen cocaïne worden onttrokken aan het verkeer. Deze maatregel kent een belangrijke beperking: blijkens rechtspraak van de Hoge Raad is contant geld, ook wanneer dat een criminele herkomst heeft, gelet op zijn aard niet vatbaar voor onttrekking aan het verkeer.¹⁰

Na dit korte overzicht van de afpakpotentie van vermogenssancties maak ik nu de overstap naar de witwasbepalingen van artikel 420bis e.v. Sr. Op 14 december 2001 traden deze bepalingen in werking.¹¹ Als gezegd, is de reden van invoering van deze bepalingen onder meer gelegen in internationale en Europese verplichtingen.¹² Ook is met de witwasbepalingen beoogd een aantal met de helingbepalingen samenhangende lacunes op te vullen.¹³ Zo is de 'heler-steler-regel'¹⁴ niet van toepassing op de witwasbepalingen.¹⁵ Verder behoeft van wetenschap (bij opzetwitwassen als bedoeld in art. 420bis Sr) onderscheidenlijk een redelijk vermoeden (bij schuldwitwassen als bedoeld in art. 420quater) van de criminele herkomst van het voorwerp ten tijde van de verwerving ervan nog geen sprake te zijn; als die wetenschap of dat vermoeden eerst later ontstaat, treedt op dat moment in beginsel strafbaarheid in.¹⁶ Voorts valt, anders dan bij de witwasbepalingen, onder 'een door misdrijf verkregen goed' in de zin van de helingbepalingen niet het indirect verkregene, dus hetgeen van het verworven gestolen geld is gekocht. De strafbaarstelling van witwassen in artikel 420bis en 420quater Sr vertoont inhoudelijk grote gelijkenissen met de omschrijving van witwassen in Richtlijn 2015/849/EU en diens rechtsvoorgangers.¹⁷ Het is voor dit betoog dienstig om het bereik van de witwasbepalingen in kaart te brengen aan de hand van de tekst ervan. Ik volsta met een weergave van de strafbepaling van de opzetvariant van witwassen (art. 420bis Sr):

'1. Als schuldig aan witwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie:

a. hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhuult, dan wel verbergt of verhuult wie de rechthebbende op een voorwerp is of

het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf;
b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf.
2. (...)

Na het lezen van deze strafbepaling zal het niet als een verrassing komen dat van de Nederlandse witwasbepalingen wel is gezegd dat zij zijn geformuleerd als *catch all*-bepalingen.¹⁸ Het is wellicht deze ruime reikwijdte die ervoor gezorgd heeft dat de rechtspraak omtrent de witwasbepalingen zich langs twee hoofdlijnen – die van elkaar kunnen worden onderscheiden, maar in bepaalde gevallen wel overlap vertonen – heeft ontwikkeld.

De eerste hoofdlijn betreft de situatie waarin door de autoriteiten bij een bepaalde persoon een hoeveelheid geld wordt aangetroffen onder bijzondere omstandigheden. Die omstandigheden kunnen zijn gelegen in onder meer de hoeveelheid geld of (eventueel in combinatie daarmee) de wijze waarop dat geld is opgeborgen of wordt vervoerd. Door deze omstandigheden kan het vermoeden ontstaan dat het geld onmiddellijk of middellijk uit misdrijf afkomstig is en dat er daarmee sprake is van witwasgeld.¹⁹ Hier geldt niet de eis dat uit de bewijsmiddelen moet kunnen worden afgeleid dat het geld afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf. Dat betekent dus dat uit de bewijsmiddelen niet hoeft te kunnen worden afgeleid door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.²⁰ De wetgever, aldus overwoog de Hoge Raad in 2008, heeft niet beoogd andere beperkingen aan te leggen voor wat betreft het gronddeelt waaruit het voorwerp van de witwashandelingen afkomstig is, dan dat het moet gaan om een misdrijf.²¹ Voor het bewijs van dergelijk witwassen kunnen feitelijke vaststellingen een belangrijke rol spelen.²² In aanvulling daarop worden bewijsconstructies in dergelijke witwaszaken nogal eens 'rondgemaakt' aan de hand van feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels.²³ De combinatie van feitelijke vaststellingen en algemene ervaringsregels – ook wel aangeduid als typologieën van witwassen²⁴ – leidt

10 Zie HR 8 maart 2005, *NJ* 2007/437. Ter vergelijking: overhemden kunnen onder omstandigheden wel worden onttrokken aan het verkeer: HR 10 januari 1984, *NJ* 1984/684 m.nt. Th.W. van Veen.

11 *Stb.* 606. Zie voor een overzicht van de wettelijke regeling F. Diepenmaat & P.A.M. Verrest, 'De strafbare gedraging witwassen', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 49-63.

12 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3.

13 Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 1-8.

14 HR 1 november 2005, *NJ* 2006/424: 'Weliswaar valt in de bewoordingen van art. 416, eerste lid, Sr niet te lezen dat degene die opzettelijk een door misdrijf verkregen voorwerp verwerft of voorhanden heeft dan wel een andere in die bepaling genoemde gedraging verricht, slechts dan als schuldig aan heling kan worden gestraft indien het misdrijf waardoor het voorwerp is verkregen door een ander is gepleegd, doch krachtens het begrip van heling – een begunstigingsmisdrijf – moet worden aangenomen dat de omstandigheid dat iemand een helingshandeling als genoemd

in gemeld wetsartikel begaat ten aanzien van een voorwerp dat hij zelf door enig misdrijf heeft verkregen, aan diens veroordeling wegens heling in de weg staat. Indien dit laatste uit het onderzoek ter terechtzitting aannemelijk wordt, is een veroordeling ter zake van heling uitgesloten.'

15 HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/16 m.nt. M.J.

Borgers. Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht* (zesde druk), Deventer: Kluwer 2015, p. 435.

16 Vgl. HR 5 september 2006, *NJ* 2006/612 m.nt. M.J. Borgers.

17 Zie nader S.S. Buisman, 'Witwassen – het enkele verwerven en voorhanden hebben en richtlijnconforme interpretatie', *DD* 2013/53.

18 Zie punt 3 van de noot van M.J. Borgers onder HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/16. Zie ook P.C. van Duyn & D. van der Landen, 'De "kennelijke" oorsprong van Sneeuw witje', *NJB* 1999, p. 1683-1688, i.h.b. p. 1684 en M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen, 'Strafbaarstelling van witwassen, meldingsplichten en underground banking', *DD* 2000/30, p. 989-1011, i.h.b. p. 995.

19 Zie ook Borgers & Kooijmans *DD* 2010/16, p. 205-270, i.h.b. p. 217-219.

20 Zie o.a. HR 28 september 2004, *NJ* 2007/278, HR 27 september 2005, *NJ* 2006/473 en HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:194. Uit HR 9 december 2008, *NJ* 2009/147 m.nt. M.J. Borgers kan worden afgeleid dat de omstandigheid dat het betreffende misdrijf is begaan vóór de inwerking-treding op 14 december 2001 van de witwasbepalingen en mogelijk voor of na die datum is verjaard, niet in de weg staat aan strafbaarheid ter zake van een witwashandeling begaan na die datum.

21 HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009/94 m.nt. M.J. Borgers.

22 Zie bijv. HR 28 september 2004, *NJ* 2007/278.

23 Zo is het van algemene bekendheid dat de luchthaven Schiphol niet zelden wordt gebruikt voor de in-, uit-, of doorvoer van voorwerpen die (on)middellijk afkomstig zijn uit misdrijf: HR 27 september 2005, *NJ* 2006/473.

24 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 9. Bijlage 2 bij de door het College van Procureurs-Generaal uitgevaardigde Aanwijzing witwassen (*Stert*, 2008, nr. 45, p. 15) bevat een overzicht van dergelijke typologieën.

in voorkomende gevallen tot het oordeel van feitenrechters dat het niet anders kan dan dat het betreffende voorwerp uit enig misdrijf afkomstig is,²⁵ met name ook in gevallen waarin de verdachte geen plausibele verklaring omtrent de (legale) herkomst van het voorwerp heeft afgelegd.²⁶

De tweede hoofdlijn ziet op de situatie waarin sprake is van een verdenking van een concreet (vermogens)misdrijf en waarbij ter gelegenheid van de opsporing daarvan ook de vermoedelijke buit in beeld komt.²⁷ In deze hoofdlijn dient zich steeds de vraag aan of, hoe en in welke mate die buit is witgewassen. Vooral in deze hoofdlijn is de rechtspraak gaan zoeken naar begrenzingsen. Die zoektocht lijkt verband te houden met de wens om tot een redelijke wetstoepassing te komen in, vooral, gevallen waarin naar de letter van de wet de verdachte met het voltooien van een vermogensdelict zich ook schuldig maakt aan witwassen omdat hij de revenuen van dat door hem begane vermogensdelict voorhanden heeft.²⁸ Daarbij verdient opmerking dat die revenuen kunnen worden afgepakt via de verbeurdverklaring of ontnemingsmaatregel naar aanleiding van dat gronddelict. Een separate veroordeling wegens witwassen is daarvoor niet nodig.²⁹

Het klassieke voorbeeld van de tweede hoofdlijn is de diefstal van een fiets: op het moment dat de diefstal wordt voltooid, heeft de dief – in termen van artikel 420bis Sr – een fiets voorhanden waarvan hij weet dat deze onmiddellijk uit enig misdrijf afkomstig is. Hij heeft immers zojuist zelf het grondfeit – de diefstal – gepleegd.³⁰ Naar de letter van de wet zou de fietsendief nu kunnen worden vervolgd wegens 1) diefstal en 2) witwassen.

De Hoge Raad heeft een kwalificatie-uitsluitingsgrond gecreëerd voor deze situatie. Het verwerven of voorhanden hebben van een onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig

voorwerp kan alleen worden gekwalificeerd als witwassen indien sprake is van een gedraging die meer omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben en die op een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft.³¹ Worden deze – nauw samenhangende – voorwaarden niet vervuld, dan blijft kwalificatie als witwassen achterwege. Deze kwalificatie-uitsluitingsgrond kan zich aandienen bij zowel de opzetvariant van witwassen als bij schuldwitwassen.³² Met de kwalificatie-uitsluitingsgrond beoogt de Hoge Raad mede te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of 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.³³

Dat is inderdaad redelijk. Of, omgekeerd geredeneerd, als met de voltooiing van het gronddelict het witwassen (in de zin van het verwerven en voorhanden hebben van de opbrengst van het gronddelict) automatisch is gegeven terwijl met het enkele voorhanden hebben van het betreffende voorwerp (nog) niet enige handeling is verricht waardoor het voorwerp de aanschijn van een andere (legale) herkomst heeft gekregen, dan zou het onredelijk zijn om de dader van het gronddelict dubbel – dat wil zeggen: met toepassing van de regeling van de meerdaadse samenloop – te bestraffen.³⁴ Dit is niet alleen niet redelijk, maar het is ook niet nodig met het oog op het afpakken van de buit van het gronddelict: in geval van veroordeling

25 Biv. HR 27 september 2005, *NJ* 2006/473.

26 Zie G.C. Haverkate, *Bereik en toepassing van de Nederlandse strafbepalingen inzake witwassen* (preadvies NVVS), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 40, voetnoot 110, voor een groot aantal voorbeelden uit de feitenrechtspraak. Zie voorts HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:194 en HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:197.

27 Vgl. de Aanwijzing afpakken (*Stert.* 2013, 35782). Zie ook D.J. van Leeuwen, 'Witwassen naar Nederlands recht. Over voorhanden hebben en het bewijs van witwassen', *DD* 2011/23 en M.J. Borgers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen', *DD* 2013/33.

28 Min of meer parallel aan deze hoofdlijn speelde de redelijkheid expliciet een rol in een strafzaak waarin een moeder namens haar minderjarige zoon een erfenis van een overleden man (de vader van de zoon) beneficiair aanvaardde en ter gelegenheid van die aanvaarding door de notaris werd gewezen op de vermoedelijk criminele handel en wandel van de erflater bij leven. Het betreft HR 5 september 2006, *NJ* 2006/612 m.nt. M.J. Borgers, r.o. 8.4: 'In het licht van deze wetsgeschiedenis moet art. 420 bis art. 420bis Sr aldus worden uitgelegd dat de (zuivere dan wel beneficiaire) aanvaarding van een nalatenschap tot gevolg heeft dat de erfgenaam tot de nalatenschap behorende goederen (zaken en vermogensrechten in de zin van art. 420bis, tweede lid art. 420bis,

tweede lid, Sr) voorhanden heeft in de zin van die wetsbepaling. Genoemde wetsbepaling stelt daarnaast de eis dat, wil de erfgenaam veroordeeld kunnen worden, hij weet (eventueel in de zin van voorwaardelijk opzet) dat die goederen onmiddellijk of middellijk afkomstig zijn uit enig misdrijf. Een redelijke wetsuitleg brengt evenwel mee dat ook indien aan deze eisen is voldaan, het voorhanden hebben van die goederen door de erfgenaam niet steeds zal kunnen worden gekwalificeerd als witwassen in de zin van art. 420bis Sr. Dit geval kan zich in het bijzonder voordoen indien 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. Er is geen grond om ten aanzien van de wettelijke vertegenwoordiger van een erfgenaam anders te oordelen.' Zie ook (voor de aanvaarding van de erfenis namens een andere zoon van deze erflater) HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5723.

29 Ik laat nog maar daar dat de aangetroffen revenuen niet per definitie het uit witwassen wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. Zie HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/293 m.nt. J.M. Reijntjes. Vgl. voorts HR 27 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3172.

30 Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, 5, p. 10.

31 Ter illustratie: het door de verdachte opbergen van gestolen oorbellen in een paars plastic doosje in een plastic zakje in de binnenvoering van het rugkussen van een tweezitsbank in zijn woning brengt niet met zich dat de verdachte de *criminele herkomst* van die voorwerpen tracht te verbergen of te verhullen (zie HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1237). Borgers geeft in zijn annotatie onder HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266 als voorbeeld van het verhullen van de criminele herkomst van een voorwerp afkomstig uit eigen misdrijf het opbergen van geld in een kluis, verpakt in een enveloppe met als opschrift 'opbrengst vrijmarkt Koningsdag'.

32 Al gaat het, nu het het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp uit het eigen gronddelict betreft, feitelijk vrijwel steeds om de opzetvariant.

33 Zie onder andere HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, *NJ* 2014/302 m.nt. N. Keijzer en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, *NJ* 2014/303 m.nt. N. Keijzer.

34 Vgl. S.S. Buisman, 'Eenvoudig witwassen van voorwerpen uit eigen misdrijf en ne bis in idem', (te verschijnen in) *TPWS* 2016, afl. 1.

voor dat delict, kan de buit worden ontnomen op grond van artikel 36e Sr, of verbeurd verklaard overeenkomstig artikel 33a lid 1 sub a Sr.

De kaarten kunnen anders komen te liggen als de betrokkene wel een vervolghandeling verricht met het voorwerp dat hij voorhanden heeft. Als hij zijn inkomsten uit drugshandel omzet in een horloge, dan is dat horloge ‘middellijk’ uit misdrijf afkomstig en is er geen reden om de kwalificatie-uitsluitingsgrond toe te passen, omdat het automatisme dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond beoogt tegen te gaan, zich hier niet voordoet.³⁵ Toch houdt de Hoge Raad een slag om de arm. Hoewel de kwalificatie-uitsluitingsgrond in beginsel niet van toepassing is op situaties waarin het witwassen bestaat in het ‘overdragen’, ‘gebruik maken’ of ‘omzetten’ als bedoeld in artikel 420bis lid 1 sub b Sr, van een door eigen misdrijf verkregen voorwerp, laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat anders moet worden geoordeeld in het bijzondere geval dat dat overdragen, gebruik maken of omzetten van een door eigen misdrijf verkregen voorwerp plaatsvindt onder omstandigheden die niet wezenlijk verschillen van gevallen waarin een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die daarmee de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig zou maken aan het witwassen van dat voorwerp. Daarmee wil het rechtscollege voorkomen dat de kwalificatie-uitsluitingsregel wordt omzeild enkel door het ten laste leggen en/of bewezen verklaren van een andere delictsgedraging dan ‘verwerven’ of ‘voorhanden hebben’. In zo een bijzonder geval geldt eveneens dat, wil het handelen kunnen worden aangemerkt als ‘witwassen’, sprake dient te zijn van een gedraging die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van die voorwerpen gericht karakter heeft.³⁶

In een tweetal uitspraken heeft de Hoge Raad inmiddels geoordeeld dat bij het enkele storten op een eigen bankrekening van contante geldbedragen die onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig zijn – welk storten kan worden aangemerkt als ‘omzetten’ of ‘overdragen’ – in de regel sprake zal zijn van een dergelijk bijzonder geval, hetgeen met zich brengt dat, wil het handelen kunnen worden aangemerkt als witwassen, sprake moet zijn van een gedraging die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van die geldbedragen gericht karakter heeft.³⁷ Dit is een opvallende tournure in de

rechtspraak van de Hoge Raad, omdat het hier niet gaat om het ‘slechts’ in de spreekwoordelijke oude sok opbergen van geld dat uit eigen misdrijf afkomstig is, maar om het omzetten van chartaal in giraal geld waarmee een (eerste) nadere stap in een witwasproces is gezet waarbij – in de terminologie van de Hoge Raad – het automatisme dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond beoogt tegen te gaan, zich hier niet voordoet.³⁸ Zie ik het goed, dan was in de beide zaken die tot deze arresten hebben geleid, sprake van het storten van geld uit eigen misdrijf op een Nederlandse bankrekening. De Hoge Raad maakt in deze rechtspraak geen onderscheid tussen een Nederlandse en een buitenlandse eigen bankrekening waarop de dader van het gronddelict de contante revenuen ervan stort. Toch is het de vraag of de dader van het gronddelict die de contante opbrengst ervan naar Marokko brengt en het daar zelf op een bankrekening – waarop de Nederlandse autoriteiten minder eenvoudig zicht hebben – stort, niet wegens witwassen kan worden veroordeeld.³⁹

Hierboven betoogde ik dat een veroordeling wegens witwassen wegens het voorhanden hebben van de opbrengst van een eigen delict niet nodig is met het oog op het afpakken van de buit van het gronddelict, omdat bij veroordeling voor dat delict, de buit kan worden afgepakt via de verbeurdverklaring of ontnemingsmaatregel. De situatie wordt gecompliceerder indien bij een persoon onder bijzondere omstandigheden louter een voorwerp (zoals een geldbedrag) wordt aangetroffen. *Prima facie* hebben we hier van doen met de zojuist geschetste eerste hoofdlijn. Maar de verdachte – die terechtstaat op verdenking van witwassen – zou nu ten verwere kunnen aanvoeren dat het betreffende geldbedrag onmiddellijk afkomstig is uit een door hemzelf gepleegd misdrijf, en wel zonder dat de verdachte nader in detail kan of wil treden over dat misdrijf; hij wil zichzelf niet (nader) incrimineren. Als de rechter zou uitgaan van de juistheid van het verhaal van de verdachte, zou hij de kwalificatie-uitsluitingsgrond moeten toepassen, de verdachte bijgevolg ontslaan van alle rechtsvervolgning ter zake van witwassen, met als consequentie dat het in beslag genomen geld aan de verdachte zou moeten worden teruggegeven indien de opsporing van het gronddelict zonder resultaat zou blijven. Geld kan bij de huidige stand van de rechtspraak immers niet worden onttrokken aan het verkeer. Dat laatste is onwenselijk.

35 Vgl. de casus die ten grondslag ligt aan HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3618, *NJ* 2015/160 m.nt. N. Keijzer. Zie ook HR 25 maart 2014, *NJ* 2014/302 m.nt. N. Keijzer.

36 HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, *NJ* 2014/303 m.nt. N. Keijzer.

37 HR 7 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2913, *NJ* 2014/500 en HR 27 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3169.

38 Vgl. HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, *NJ* 2014/302 m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.8: ‘In die gevallen waarin sprake is van voorwerpen die “middellijk” afkomstig zijn uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf doordat direct uit misdrijf afkomstige voorwerpen nadien zijn omgezet in andere voorwerpen, doet zich niet de

(...) situatie voor waarin een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die daardoor de uit dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van die voorwerpen. Dat brengt mee dat er in beginsel geen grond is de [kwalificatie-uitsluitingsregels] ook toe te passen op dergelijke gevallen, nu het automatisme dat deze rechtsregels beogen tegen te gaan, zich in die gevallen niet voordoet.’

39 Dit voorbeeld is ontleend aan de – tot op zekere hoogte vergelijkbare – casus die leidde tot HR 15 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2639. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep onder verwijzing naar art. 81 RO. In zijn conclusie bij dit arrest betoogt advocaat-generaal Bleichrodt dat, nu de ver-

dachte het geldbedrag op een buitenlandse bankrekening heeft gestort, waardoor het geldbedrag buiten het economische verkeer van Nederland is gebracht, het zicht op de herkomst kan worden bemoedijkt. Van een bijzonder geval in de door de Hoge Raad bedoelde zin is naar het kennelijke oordeel van de A-G geen sprake: ‘Het storten van een bedrag op een eigen bankrekening in Nederland kan naar mijn mening in dit opzicht niet worden gelijk geschakeld met het storten van een bedrag op een buitenlandse bankrekening.’ Vgl. voorts HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8957 (r.o. 3.2). Het buiten het economische verkeer van een land brengen van gestolen voorwerpen speelde (ook) een rol in HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:956, *NJ* 2014/304 m.nt. N. Keijzer.

Het voorgaande doet de vraag rijzen welke voorwaarden (kunnen) worden gesteld aan het oordeel dat het betreffende voorwerp onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf gepleegd misdrijf. Die vraag staat in deze bijdrage centraal. Zij wordt besproken aan de hand van een arrest van de Hoge Raad van 13 oktober 2015. Hierna worden eerst de feiten in kaart gebracht (paragraaf 2). Vervolgens worden de overwegingen van de Hoge Raad weergegeven (paragraaf 3). Tot besluit wordt, mede in het licht van een recent wetsvoorstel, bezien welke reikwijdte toekomt aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond (paragraaf 4).

2 De feiten

De verdachte in deze zaak is aangehouden in een woning in het Overijsselse Rheezeveen. In die woning is ook een hennepkwekerij aangetroffen. Tegenover de politie heeft de verdachte verklaard dat die kwekerij van hem is en dat er ongeveer 200 planten staan. In verdachtes woning in Rotterdam is ongeveer tegelijkertijd een hennepdrogerij aangetroffen, alsmede een bedrag van € 93.063,27. Desgevraagd heeft de verdachte verklaard dat dat zijn geld is. Aan de verdachte worden in eerste aanleg vier feiten cumulatief ten laste gelegd. Feit 4 betreft witwassen. In eerste aanleg wordt de verdachte van het onder 2 ten laste gelegde vrijgesproken en ter zake van het onder 4 ten laste gelegde witwassen ontslagen van alle rechtsvervolging. Hij wordt ter zake van het onder 1 en 3 ten laste gelegde veroordeeld. De officier van justitie stelt vervolgens (onbeperkt) hoger beroep in tegen het vonnis. Kort voor de behandeling van het hoger beroep trekt de officier het appel gedeeltelijk in ten aanzien van de in het vonnis genomen beslissingen inzake het onder 1, 2 en 3 ten laste gelegde.⁴⁰ Derhalve is het hoger beroep beperkt tot het onder 4 ten laste gelegde.

In hoger beroep voert verdachtes raadvrouw aan dat uit de bewijsmiddelen ter zake van het door de politierechter onder 1 en 3 bewezen verklaarde,⁴¹ te weten het meermalen aanwezig hebben van hennep, blijkt dat de verdachte zich bezighield met hennepsteelt. De verdachte ontkent dan ook niet langer dat het aangetroffen geldbedrag afkomstig is uit door de verdachte zelf gepleegde misdrijven, aldus de raadvrouw. De raadvrouw betoogt dat het voorhanden hebben van dit geld door de verdachte weliswaar bewezen kan worden verklaard, doch op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad niet gekwalificeerd kan worden als witwassen. De advocaat-generaal ziet dat anders. Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep voert de advocaat-generaal aldaar aan:

‘Wanneer het gronddelict niet concreet kan worden geduid bestaat er geen gevaar voor dubbele vervolging en ontbreekt de grondslag voor toepassing van deze kwalificatie-uitsluitingsgrond. Sterker nog: toepassing daarvan zou dan betekenen dat de rechter bekrachtigt dat misdadafgeld in handen blijft van de verdachte.

En hoe zit dat dan hier?

Uit welk concreet (plaats/tijd/aard) grondfeit dit geld exact is verkregen is niet duidelijk geworden. De verdachte blijft daar verre van (‘het is spaargeld’) en dus niet duidelijk geworden is met welke hennepsteelt en wanneer dit geld is verkregen. Daarmee ontbreekt onmiddellijk de mogelijkheid om dit geld via het ten laste leggen van het gronddelict verbeurd te laten verklaren. Nader onderzoek naar de meer dan vermoedelijke eerdere drugshandel van [verdachte] ten einde het exacte grondfeit te kunnen achterhalen (tijd/plaats) is in het onderhavige geval wel gebeurd maar niet succesvol gebleken. Er is dan nog wel een getuige, [getuige], gehoord, maar die spreekt over vermoedelijk eerdere hennepsteelt zonder die nu exact te kunnen duiden. Van twee onder de verdachte aangetroffen telefoons zijn door de politie bovendien nog de SMS beoordeeld waaruit wel een bevestiging van eerdere hennepsteelt uit is af te leiden, maar ook hier weer alles weer niet zo concreet dat het wijst op onmiddellijk dit geldbedrag. Ook nader onderzoek naar onder de verdachte inbeslaggenomen laptop en internetverkeer (wat wees op interesse voor de site Wietforum) bracht hiertoe onvoldoende duiding: wel ondersteuning hennepsteelt, maar onvoldoende koppeling met dit concrete geldbedrag.

Dit alles – het niet exact kunnen duiden van het gronddelict – doet zoals bekend aan een bewezenverklaring voor witwassen niet af, maar noopt hier mijns inziens wel tot passeren van de kwalificatie-uitsluitingsgrond.’

Uiteindelijk acht het hof ten laste van de verdachte bewezen dat hij op 14 mei 2009, in de gemeente Rotterdam een contant geldbedrag van in totaal € 93.063,27 voorhanden heeft gehad, terwijl hij wist dat bovenomschreven geldbedrag, geheel dan wel gedeeltelijk – onmiddellijk of middellijk – afkomstig was uit enig misdrijf. Het hof overweegt voorts dat het aannemelijk acht dat het bij de verdachte aangetroffen, in de bewezenverklaring opgenomen, geldbedrag (nagenoeg geheel) afkomstig was uit door de verdachte zelf gepleegde misdrijven. Verder oordeelt het hof dat de stelling van de advocaat-generaal⁴² geen steun vindt in de rechtspraak van de Hoge Raad en dient te worden verworpen. Bij deze stand van zaken wordt de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging, nu het bewezenverklaarde volgens het hof niet als witwassen kan worden gekwalificeerd. Tegen dit oordeel stelt het Openbaar Ministerie beroep in cassatie in.

3 Uit de overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt als volgt:

‘3.1. Het middel klaagt over het oordeel van het Hof dat het bewezenverklaarde niet kan worden gekwalificeerd als witwassen.

⁴⁰ Vgl. art. 407 lid 2 jo. art. 453 Sv.

⁴¹ Uit de uitspraak van de Hoge Raad, de conclusie van advocaat-generaal Vegter (ECLI:NL:PHR:2015:1763), noch de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraak van het gerechtshof (ECLI:NL:GHDHA:2014:1377) is mij duidelijk geworden welke gedraging als feit 2 aan de verdachte is ten

laste gelegd. In punt 15 van zijn conclusie rept de A-G van de onherroepelijke ‘vrijspraken’.

⁴² Het hof vat in zijn arrest het standpunt van de advocaat-generaal als volgt samen: ‘De advocaat-generaal heeft, kort weergegeven, betoogd dat ten aanzien van de verdachte in zijn algemeenheid wel een gronddelict bekend is, maar niet concreet,

welke plaats en welke periode, waardoor het gronddelict niet bewezen kan worden verklaard en er geen gevaar bestaat voor dubbele vervolging van zowel het gronddelict als het delict witwassen. Hij stelt dat het gevolg hiervan dient te zijn dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond gepasseerd moet worden.’

3.2.1. In het middel wordt daartoe aangevoerd – met een beroep op de recente rechtspraak van de Hoge Raad inzake, kort gezegd, de kwalificatie-uitsluiting in witzaken ingeval het betreft het verwerven of voorhanden hebben van onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen – dat indien de verdachte niet met succes voor dat eigen misdrijf kan worden vervolgd, dit verwerven of voorhanden hebben in zo een geval moet worden gekwalificeerd als (schuld-)witwassen, omdat zich niet het gevaar voordoet “van een verhoogd strafmaximum op grond van meerdaadse samenloop”.

3.2.2. De in het middel bedoelde rechtspraak over de kwalificeerbaarheid van witwassen strekt ertoe dat indien vaststaat dat het enkele verwerven of voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat onmiddellijk 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.

Daarmee wordt mede beoogd te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of onder zich 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.

Er moet in dergelijke gevallen dus sprake zijn van een gedraging die meer omvat dan het enkele verwerven of 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. Ingeval de gedraging betrekking heeft op een gedeelte van die voorwerpen, kan slechts het verwerven of voorhanden hebben van dat gedeelte worden aangemerkt als witwassen.

Wanneer het gaat om het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, moet een vonnis of arrest voldoende duidelijkheid verschaffen over de door de rechter in dit verband relevant geachte gedragingen van de verdachte en 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 heeft verworven of 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. (Vgl. HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, NJ 2014/302.)

3.2.3. Indien de feitenrechter zijn kwalificatiebeslissing in de hierboven bedoelde zin heeft gemotiveerd, kan die motivering in cassatie worden getoetst. Maar ook indien de feitenrechter de bewezenverklaring zonder hierop gerichte motivering als (schuld-)witwassen heeft gekwalificeerd omdat zich (kennelijk) niet een geval voordoet als hiervoor onder 3.2.2 bedoeld, kan dat (kennelijke) oordeel in cassatie op zijn begrijpelijkheid worden getoetst. Het oordeel dat niet sprake is van een onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp zal vooral niet begrijpelijk kunnen zijn indien:

(i) daarnaast sprake is van een ten laste van de verdachte uitgesproken bewezenverklaring ter zake van het begaan van een ander misdrijf met betrekking tot hetzelfde voorwerp, door middel van welk misdrijf de verdachte dat voorwerp kennelijk heeft verworven of voorhanden heeft (bijvoorbeeld de buit van een door de verdachte zelf begaan vermogensmisdrijf), dan wel

(ii) rechtstreeks uit de bewijsvoering voortvloeit dat sprake is van – kort gezegd – het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, dan wel

(iii) de juistheid in het midden is gelaten van hetgeen door of namens de verdachte met voldoende concretisering is aangevoerd met betrekking tot dit verwerven of voorhanden hebben door eigen misdrijf (vgl. HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1655, NJ 2015/340, rov. 2.3.1 en 2.3.2).

3.2.4. Indien de feitenrechter het bewezenverklarde verwerven en/of voorhanden hebben op grond van de hiervoor onder 3.2.2 weergegeven rechtspraak niet als witwassen heeft gekwalificeerd, kunnen bij de beoordeling van de begrijpelijkheid van die beslissing de hiervoor onder 3.2.3 genoemde factoren evenzeer van belang zijn.

3.3. In het onderhavige geval gaat het om een in de woning van de verdachte aangetroffen geldbedrag van ruim € 93.000,-. Het Hof heeft vastgesteld “dat de verdachte zich bezig hield met hennepsteelt”⁴³ en dat door de raadsvrouw is aangevoerd dat de verdachte “niet langer [ontkent] dat het aangetroffen geldbedrag afkomstig is uit door de verdachte zelf gepleegde misdrijven”. Kennelijk heeft het Hof op grond hiervan met het oog op de hiervoor onder 3.2.3 onder (iii) weergegeven factor geoordeeld dat aannemelijk is dat dat geldbedrag onmiddellijk afkomstig is uit door de verdachte zelf begane misdrijven.

3.4. Dat oordeel is niet zonder meer begrijpelijk nu hetgeen door de raadsvrouw is aangevoerd – mede gelet op hetgeen het Openbaar Ministerie in dit verband in hoger beroep naar voren heeft gebracht – bezwaarlijk kan worden aangemerkt als een voldoende concretisering in de hiervoren onder 3.2.3 sub (iii) bedoelde zin zowel van de door de verdachte gepleegde misdrijven als van het verband tussen die misdrijven en het aangetroffen geldbedrag.

3.5. Voor zover het middel hierover klaagt, is het terecht voorgesteld.⁴

4 Over de aannemelijkheid van het eigen misdrijf en een wetsvoorstel

Dat het bij de verdachte aangetroffen voorwerp onmiddellijk afkomstig is uit een eigen misdrijf, is een bevrijdende omstandigheid die kan leiden tot toepassing van de hier besproken kwalificatie-uitsluitingsgrond. Als het er ‘dik bovenop ligt’ dat het voorwerp onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig is – bijvoorbeeld en met name omdat in dezelfde strafzaak ten laste van de verdachte een bewezenverklaring is uitgesproken van een feit waarvan het betreffende voorwerp de opbrengst vormt – dan vergt het heel wat uitleg van de rechter die de kwalificatie-uitsluitingsgrond wil passeren. Dat geldt ook indien rechtstreeks uit de door de rechter gehanteerde bewijsvoering kan worden afgeleid dat het voorwerp onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig is. Het gaat hier om de in r.o. 3.2.3 onder (i) en (ii) door de Hoge Raad genoemde situaties. In situatie (i) is het grondfeit (door het opsporingsonderzoek) daadwerkelijk aan het licht gekomen en in situatie (ii) zal dat doorgaans eveneens het geval zijn. De buit kan in situatie (i) worden afgepakt via de verbeurdverklaring of de ontnemingsmaatregel. Situatie (ii) legt bloot dat het Openbaar Ministerie er steeds als geld onder bijzondere omstandigheden wordt aangetroffen en een onderliggend grondfeit in beeld komt, verstandig aan doet om dat grondfeit daadwerkelijk in de vervolging te betrekken (om vervolgens de verbeurdverklaring van de betreffende opbrengst te kunnen vorderen). Daarmee zijn deze situaties afpaktechnisch en rechts-

43 Strikt genomen, werd dit – zij het onweersproken – aangevoerd door de raadsvrouw; het hof heeft dit niet vastgesteld.

systematisch niet heel spannend. Toch heeft het Openbaar Ministerie in de voorbije jaren niet onder stoelen of banken gestoken dat het moeilijk uit de voeten kan met de kwalificatie-uitsluitingsgrond.⁴⁴ Dat zou het ook (eerst en vooral) zichzelf moeten aantrekken. In de voorbeelden die het Openbaar Ministerie op verschillende podia heeft genoemd om de onwerkbaarheid van de kwalificatie-uitsluitingsgrond over het voetlicht te brengen, blijkt vrijwel steeds tamelijk helder uit welk (bewezen verklaard) feit de aangetroffen voorwerpen afkomstig zijn.⁴⁵ Dat vergt van het Openbaar Ministerie een zekere alertheid om tijdig een ontnemingsvordering aan te kondigen en/of, zoals gezegd, om het grondfeit ten laste te leggen.⁴⁶

Situatie (iii) is spannender. Toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond kan aan de orde zijn indien de verdachte (in de witwaszaak) ‘met voldoende concretisering’ heeft aangevoerd dat het verwerven of voorhanden hebben van het betreffende voorwerp heeft plaatsgevonden door een eigen misdrijf. Een aantal begrenzings dient zich hier aan.

Voordat die begrenzings worden gepresenteerd, moet worden gewezen op een arrest van de Hoge Raad van 17 december 2013.⁴⁷ De Hoge Raad verwerpt hier de (in het cassatiemiddel van het Openbaar Ministerie neergelegde) opvatting dat de rechter pas toepassing mag geven aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond indien hij het grondmisdrijf waaraan de verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt zoveel mogelijk concretiseert voor wat betreft plaats, tijd en door de verdachte verrichte handelingen. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van die opvatting dat het gaat om ‘een eis die het recht niet kent’. Aldus lijkt de Hoge Raad tot uitdrukking te willen brengen dat de feitenrechter ook op indirecte wijze kan vaststellen dat de verdachte het gronddelict zelf heeft begaan. Wanneer de concrete feiten en omstandigheden van het geval er sterk op duiden dat de verdachte het gronddelict heeft begaan, mag aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond toepassing worden gegeven, ook al blijken de plaats, de tijd en de wijze van het begaan van het delict niet in detail. Dat dit arrest – binnen de kringen van politie en justitie – tot onrust heeft geleid, is niet onbegrijpelijk. Er zijn enkele voorbeelden van uitspraken van feitenrechters waarin de kwalificatie-uitsluitingsgrond is toegepast omdat bij de verdachte een grote hoeveelheid contant geld is aangetroffen, terwijl de omstandigheden erop duiden – denk vooral aan de gelijktijdige vondst van een partij drugs – dat de verdachte dat geld heeft verworven met

zelf (of mede)gepleegde financieel lucratieve misdrijven.⁴⁸ Daarbij worden die misdrijven niet steeds heel concreet omschreven, in ieder geval niet zo gedetailleerd dat deze bij wijze van spreken één op één in een tenlastelegging kunnen worden opgenomen. Het Openbaar Ministerie kan dan tegen het probleem aanlopen dat het verwerven of voorhanden hebben van het geld niet tot een veroordeling wegens witwassen leidt, terwijl vervolging ter zake van de gronddelicten ook niet haalbaar is. Er kan in dat geval geen verbeurdverklaring van het aangetroffen geld plaatsvinden, terwijl ook de – in de praktijk overigens wel toegepaste⁴⁹ – onttrekking aan het verkeer niet mogelijk is. De uiterste consequentie lijkt dan te zijn dat het aangetroffen geld ‘terug moet’ naar de verdachte, terwijl de rechter juist heeft aangenomen dat het geld afkomstig is uit door de verdachte begane misdrijven. Dat dit op zichzelf een geenszins wenselijke consequentie is, is uiteraard niet vatbaar voor discussie. Het zou ook merkwaardig zijn als het streven naar het voorkomen van een automatische verdubbeling van strafbaarheid zou ontfaan in straffeloosheid en onaantastbaarheid van misdaadgeld.⁵⁰ Echter, ook al lijkt uit het arrest van 17 december 2013 te mogen worden afgeleid dat de Hoge Raad voor de toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet de eis stelt dat het Openbaar Ministerie het gronddelict ook ten laste had kunnen leggen, de vraag rijst wel hoe groot nu precies de belemmering is die uit dat arrest voortvloeit. Het antwoord op die vraag is niet eenvoudig te geven. Dat heeft ermee van doen dat de Hoge Raad alleen heeft aangegeven welke eis het recht *niet* kent. De Hoge Raad heeft niet – in positieve zin – vastgesteld welke eisen *wel* gelden ten aanzien van de vaststelling of het gronddelict door de verdachte is begaan. Duidelijk is echter dat het feit dat een verdachte in het bezit is van zowel drugs als geld, niet per definitie de vaststelling rechtvaardigt dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan waarvan het aangetroffen geld de (directe) opbrengst belichaamt.⁵¹ Uit rechtspraak van de Hoge Raad kan in dit verband worden afgeleid dat het primair op de weg ligt van de verdachte om gemotiveerd naar voren te brengen dat het voorwerp dat hij heeft verworven of voorhanden heeft, uit een door hemzelf begaan misdrijf afkomstig is.⁵²

Tegen deze achtergrond dienen zich de begrenzings aan bij de niet-toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond in situatie (iii). De verdediging die een beroep doet op de kwalificatie-uitsluitingsgrond stelt zich bloot aan bepaalde procesrisico's.⁵³ De redelijkheid van de wetstoe-

44 Zie J.H.M. van Leijen, ‘Contant geld: (g)een probleem’, *TPWS* 2014/3, p. 24-27 en het advies van het College van Procureurs-Generaal over het (concept)wetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving: Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 3.

45 Zie Borgers & Kooijmans, *DD* 2015/8, waarin (in voetnoot 31) wordt gewezen op HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:11, HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:480, HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:697, HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164, HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1180, HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1237, HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1444 en HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2971

(alsmede de parallelle zaken ECLI:HR:NL:2014:2973 en ECLI:NL:HR:2014:2974).

46 Vgl. art. 311 lid 1 Sv.

47 HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2002, *NJ* 2014/77 m.nt. M.J. Borgers. Het navolgende is grotendeels ontleend aan Borgers & Kooijmans, *DD* 2015/8, p. 57-74, i.h.b. p. 61-63.

48 Hof Amsterdam 2 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3188. Vgl. ook Hof Den Haag 18 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1377.

49 Hof Amsterdam 2 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3188.

50 Ter relativering: zou het geld in een dergelijke situatie aan de gewezen verdachte (die inmiddels

is ontslagen van alle rechtsvervolgning) worden getourneerd en zou de gewezen verdachte het geld vervolgens aanwenden als betaalmiddel, dan zou hij zich alsnog schuldig maken aan witwassen.

51 Zie HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:127, *NJ* 2014/78 m.nt. M.J. Borgers.

52 HR 17 december 2013, *NJ* 2014/75 m.nt. M.J. Borgers en HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:127, *NJ* 2014/78 m.nt. M.J. Borgers. Vgl. over die plicht ook punt 5 van de noot van M.J. Borgers onder HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/78 en Kooijmans, *DD* 2014/39, p. 417-418.

53 Het navolgende is grotendeels ontleend aan Kooijmans, *DD* 2014/39, p. 407-419, i.h.b. p. 417-418.

passing die leidt tot het aannemen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond dient (mede) het belang van de verdachte. Hij kan onder een veroordeling wegens witwassen uitkomen als aannemelijk wordt dat het geld uit eigen misdrijf afkomstig is. De rechter zal dat niet zonder meer willen aannemen als het strafrechtelijke onderzoek tot dusver geen aanknopingspunten biedt voor een dergelijk verband. Het ligt bij die stand van zaken op de weg van de verdachte om het betreffende gronddelict toch concreet te duiden.⁵⁴ Ook al zou worden aangenomen dat een zelf-incriminerende verklaring dienaangaande (afgelegd in de strafzaak betreffende witwassen) als zodanig om redenen van *nemo tenetur* in een opvolgende strafzaak niet tot het bewijs zou kunnen worden gebezigd⁵⁵ (maar wel als start-informatie zou kunnen fungeren), dan nog is het de vraag of dit een verkieslijk alternatief is voor de verdachte.

Omgekeerd geldt voor het Openbaar Ministerie dat het, wanneer het op een geldbedrag (of een ander voorwerp) onder bijzondere omstandigheden stuit, een zeker procesrisico loopt als het niet de herkomst van dat voorwerp onderzoekt.⁵⁶ Toch is dat procesrisico vermoedelijk minder groot dan het Openbaar Ministerie wel doet voorkomen. Ik vind voor dit standpunt steun in verschillende recente uitspraken van de Hoge Raad, waaronder de in deze bijdrage centraal staande uitspraak.

In de zaak die leidde tot een arrest van 16 juni 2015 stond de verdachte terecht op verdenking van witwassen – bestaande in het voorhanden hebben – van € 3100.⁵⁷ Bij hem waren naast dit geldbedrag aangetroffen een handelshoeveelheid van 600 XTC-pillen en voorwerpen ‘vermoedelijk afkomstig van een hennepplantage’. Nu was door de verdediging ten verwere aangevoerd dat het aangetroffen geld een legale herkomst had – en dus niet door eigen misdrijf was verkregen – welk verweer door het hof werd verworpen, terwijl de aanwezigheid van de handelshoeveelheid XTC-pillen en de voorwerpen ‘vermoedelijk afkomstig van een hennepplantage’ volgens de Hoge Raad ‘ook niet zodanig is dat daaruit zonder meer volgt dat de verdachte het geldbedrag kennelijk onmiddellijk door eigen eerdere verkoop van XTC-pillen of door hem gekweekte hennep heeft verworven of voorhanden heeft gehad’.

In de zaak die leidde tot een arrest van 7 april 2015 was in hoger beroep ten laste van de verdachte bewezen verklaard 1) het witwassen – bestaande in het voorhanden hebben – van € 29.500, en 2) de uitvoer van cocaïne alsmede de voorbereiding – bestaande in het voorhanden hebben van grammenweegschaaltjes en een versnijdings-

middel – van (onder andere) de verkoop van cocaïne.⁵⁸ De verdediging had ook hier aangevoerd dat het aangetroffen geld een legale herkomst had, maar dit werd door het hof niet aannemelijk bevonden. De bewijsvoering hield in dat het niet anders kon zijn dan dat de geldbedragen uit enig misdrijf afkomstig waren. Ik laat de Hoge Raad aan het woord:

‘Vervolgens heeft het Hof bij de kwalificatie van het onder 1 bewezen-verklaarde voorhanden hebben van deze geldbedragen als “witwassen” geoordeeld dat niet “vaststaat” dat de tenlastegelegde geldbedragen afkomstig zijn uit eigen misdrijf. Aldus heeft het Hof, zij het in minder juiste bewoordingen, tot uitdrukking gebracht dat niet in voormelde zin “aannemelijk” is geworden dat die geldbedragen onmiddellijk afkomstig zijn uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf.

Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Niet alleen vloeit het tegendeel niet rechtstreeks voort uit ‘s hofs bewijsvoering en is door of namens de verdachte niets aangevoerd over het op 8 september 2008 voorhanden hebben van die geldbedragen door eigen misdrijf, maar de onder 2 bewezenverklarde misdrijven (kort gezegd: uitvoer van cocaïne in de maand juni 2008 en voorbereiding van de verkoop enz. van cocaïne op 8 september 2008) zijn ook niet zodanig dat daaruit zonder meer volgt dat de verdachte de geldbedragen kennelijk door deze misdrijven heeft verworven of voorhanden heeft gehad.’

Het patroon is in beide zaken hetzelfde: ook al is zeer aannemelijk (of zelfs wettig en overtuigend bewezen) dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan delicten die op zichzelf tot wederrechtelijke opbrengsten kunnen leiden – het aanwezig hebben van XTC-pillen onderscheidenlijk de uitvoer van cocaïne – dan nog ligt het niet zonder meer voor de hand om aan te nemen dat het (die of vergelijkbare) eigen misdrijven zijn geweest die hebben geleid tot het aangetroffen geldbedrag. Ook in breder verband dan louter in het kader van witwaszaken stelt de Hoge Raad zich in vaste rechtspraak op het standpunt dat aan het enkele voorhanden hebben van door een vermogensdelict ontvreemde goederen niet zonder meer de conclusie kan worden verbonden dat de betrokkene die goederen ook door het plegen van dat vermogensdelict heeft verkregen.⁵⁹

In de in deze bijdrage centraal staande uitspraak was de verdachte in eerste aanleg veroordeeld wegens het aanwezig hebben van hennep. Nu is het niet waarschijnlijk dat het aangetroffen geldbedrag van (ruim) € 93.000 de opbrengst belichaamt van dat enkele *aanwezig hebben*.⁶⁰ Tegelijkertijd is het, minst genomen, goed denkbaar dat dit geldbedrag wel de opbrengst belichaamt van een door de verdachte gepleegd delict. Uit het relaas van de advocaat-generaal ter terechtzitting in hoger beroep kan ook worden afgeleid dat het Openbaar Ministerie zich

54 Vgl. (punt 7 van) de annotatie van Borgers onder HR 17 december 2013, NJ 2014/77.

55 Vgl. Borgers & Kooijmans DD 2010/16, p. 214-215.

56 Het aantreffen van een grote hoeveelheid geld onder bijzondere omstandigheden – de eerste hoofdlijn, waarin het bewijs van witwassen betrekkelijk eenvoudig te leveren is – zonder dat op het eerste gezicht een aan het verkrijgen van dat geld ten grondslag liggend eigen gronddelict van de verdachte kan worden ontwaard, kan uiteindelijk leiden tot een situatie waarin de verdachte in bedekte termen bijvoorbeeld eerst ter terechtzitting

laat doorschemeren dat het hier gaat om de revenuen van eigen misdrijf, ten gevolge waarvan de rechter de kwalificatie-uitsluitingsgrond van de tweede hoofdlijn toepast en de verdachte wordt ontslagen van alle rechtsvervolgning.

57 HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1655, NJ 2015/340 m.nt. N. Keijzer.

58 HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:888, NJ 2015/339 m.nt. N. Keijzer.

59 HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, NJ 2010/475 m.nt. J.M. Reijntjes en HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:10, NJ 2015/399 m.nt.

P.A.M. Mevis: ‘Voor de beoordeling van de betekenis die aan dat voorhanden hebben moet worden gehecht, zijn de feiten en omstandigheden van het geval van belang.’

60 Vgl. HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:127, NJ 2014/78 m.nt. M.J. Borgers, en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3687 (waarin uit de bewijsvoering kon worden afgeleid dat het voorhanden geld de opbrengst vormde van coffeshopactiviteiten). In het kader van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van art. 36e Sr is het overigens wel mogelijk dat

heeft ingespannen om hier opheldering over te verkrijgen, doch tevergeefs. Bij deze stand van zaken, aldus de Hoge Raad, kan hetgeen door de raadvrouw is aangevoerd 'bezwaarlijk worden aangemerkt als een voldoende concretisering (...) zowel van de door de verdachte gepleegde misdrijven als van het verband tussen die misdrijven en het aangetroffen geldbedrag'.

Daarmee legt de Hoge Raad de lat voor de verdediging hoog, althans in zaken waarin het Openbaar Ministerie zich daadwerkelijk heeft ingespannen om het gronddelict op te sporen dat tot het aangetroffen geldbedrag heeft geleid. Het rechtscollege stelt een cumulatief-tweeledige eis aan een door de verdediging gevoerd verweer in de zin van situatie (iii). De verdediging moet ten eerste met voldoende concretisering aangeven welk gronddelict door de verdachte is begaan, en ten tweede moet uit het verweer ook duidelijk worden dat het aangetroffen geldbedrag (of andere voorwerp) onmiddellijk uit dat delict afkomstig is. Slaagt de verdediging daarin niet, dan gaat het niet aan om de kwalificatie-uitsluitingsgrond toe te passen, zo is de boodschap.

Het gevolg van deze rechtspraak is feitelijk dat de door het Openbaar Ministerie zo gevreesde situatie dat geld met een criminele herkomst 'terug moet' naar de verdachte die niet kan worden vervolgd wegens een gronddelict maar evenmin kan worden veroordeeld omdat de kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt toegepast, zich nauwelijks nog zal aandienen. Van een dergelijke situatie zal nog slechts sprake kunnen zijn indien de verdediging concreet heeft aangegeven welk gronddelict aan het betreffende geldbedrag ten grondslag heeft gelegen en het Openbaar Ministerie heeft nagelaten onderzoek ter zake te verrichten en het betreffende feit vervolgens ten laste te leggen.

Met dit alles is het bereik van de kwalificatie-uitsluitingsgrond door de Hoge Raad beperkt tot die gevallen waarin zich rechtstreeks een automatische verdubbeling van strafbaarheid aandient en een veroordeling wegens witwassen derhalve als onredelijk moet worden beschouwd. Scherper gezegd: de kwalificatie-uitsluitingsgrond hoeft geen belemmering voor het Openbaar Ministerie te vormen in zijn jacht op het misdaadgeld.

Hoewel met het in deze bijdrage centraal staande arrest (uiteindelijk) een voor de praktijk zeer werkbaar kader is aangereikt, heeft de minister van Veiligheid en Justitie de totstandkoming en verfijning van dat kader niet willen afwachten. In het najaar van 2015 heeft hij een wetsvoor-

stel aan de Tweede Kamer aangeboden waarin een strafbaarstelling van 'eenvoudig witwassen' wordt voorgesteld: strafbaar wordt gesteld het enkele verwerven of voorhanden hebben van voorwerpen die afkomstig zijn van door de dader zelf gepleegde misdrijven.⁶¹ Het voorgestelde artikel 420bis.1 Sr⁶² voorziet in de strafbaarstelling van de opzetvariant en bedreigt deze met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie. De culpoze variant (art. 420quater.1 Sr) wordt bedreigd met maximaal drie maanden gevangenisstraf of geldboete van de vierde categorie. Het is duidelijk: het wetsvoorstel beoogt de jurisprudentiële kwalificatie-uitsluitingsgrond een halt toe te roepen. De bewindsman licht zulks als volgt toe:

'De ontwikkeling van deze kwalificatie-uitsluitingsgrond in de rechtspraak heeft twee belangrijke gevolgen. Het eerste gevolg is dat het verwerven of voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen, in het geval het om een door de dader zelf gepleegd misdrijf gaat, straffeloos blijft. Het tweede gevolg is dat verbeurdverklaring van de desbetreffende voorwerpen niet mogelijk is, indien vervolging wegens het grondmisdrijf niet haalbaar is. Grote sommen misdaadgeld dreigen dan onaangetast te blijven. Beide genoemde gevolgen zijn onwenselijk.'⁶³

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om het wetsvoorstel en de daarop gegeven toelichting uitvoerig te becommentariëren.⁶⁴ Wel verdient een tweetal punten kort de aandacht.

Ten eerste vaart de minister in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ogenschijnlijk stevig op het advies van het Openbaar Ministerie omtrent het (concept) wetsvoorstel.⁶⁵ Ter ondersteuning van het standpunt dat misdaadgeld onaangetast dreigt te blijven, wijst het Openbaar Ministerie in zijn advies op een reeks van uitspraken waarin die situatie zich zou aandienen. Op de keper beschouwd was het in die zaken evenwel steeds klip en klaar welk specifieke gronddelict tot het aangetroffen geldbedrag had geleid.⁶⁶ Voorts gaat het Openbaar Ministerie in zijn advies voorbij aan de mogelijkheden die de ontnemingsmaatregel juist in de door het Openbaar Ministerie genoemde gevallen biedt om tot het afpakken van de betreffende criminele opbrengsten over te gaan, bijvoorbeeld in situaties waarin de betrokkene is veroordeeld wegens het opzettelijk aanwezig hebben van drugs en het in de vuilniszak aangetroffen geldbedrag kan worden ontnomen bij voldoende aanwijzingen dat de betrokkene andere strafbare feiten heeft gepleegd – zoals de verkoop van drugs – die tot de aangetroffen geldsom hebben geleid. Zou het Openbaar Ministerie wellicht de

reeds het enkele telen van hennep een product oplevert dat als zodanig vermogenswaarde heeft en (daarom) als daadwerkelijk behaald voordeel wordt aangemerkt: HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3364.

61 *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 2. Zie ook M.J. Borgers, 'Op het bord van de rechter', *DD* 2015/64, p. 673-687, i.h.b. p. 681-683.

62 Graag laat ik ter beantwoording aan de lezer de vraag of '420bis.1' resp. '420quater.1' mooie wetgeving oplevert.

63 *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 3, p. 2.

64 Zie voor een analyse van het conceptwetsvoorstel

dat aan het wetsvoorstel voorafging Borgers & Kooijmans, *DD* 2015/8, p. 57-74.

65 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 3, p. 4-5: 'Volgens het OM heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad tot gevolg dat een belangrijk deel van het crimineel vermogen dat in de vorm van contant geld wordt aangetroffen niet meer kan worden afgepakt. Dit wordt in het advies geïllustreerd aan de hand van een bespreking van diverse strafzaken die een nadere duiding geven van de problematiek. Het OM geeft verder aan het standpunt te delen dat het verwerven of voorhanden hebben van uit misdrijf afkom-

stige voorwerpen een wederrechtelijke situatie oplevert waartegen onder alle omstandigheden moet kunnen worden opgetreden. Dat het bezit van omvangrijke hoeveelheden crimineel geld in sommige situaties niet strafbaar is en dat misdaadgeld in sommige gevallen zelfs moet worden teruggegeven staat naar de mening van het OM dermate op gespannen voet met de gestelde prioriteiten op het terrein van het afpakken van crimineel vermogen, dat dit de voorgestelde wetswijziging alleszins rechtvaardigt.'

66 O.a. HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2002, *NJ* 2014/77 m.nt. M.J. Borgers.

opvatting zijn toegedaan dat artikel 36e Sr – waarin de ontnemingsmaatregel wordt gereguleerd – een lastig werkbaar kader oplevert?

Ten tweede roept het wetsvoorstel de vraag op in hoeverre daarvan een *incentive* uitgaat voor politie en justitie om – ingeval een geldbedrag onder bijzondere omstandigheden wordt aangetroffen – daadwerkelijk inspanningen te verrichten om het (eventuele) gronddelict op te sporen. Voorstelbaar is, dat daartoe minder aanleiding zal worden gevoeld dan onder de huidige rechtspraak van de Hoge Raad het geval is. Als deze veronderstelling zou

blijken te kloppen, dan zou een (niet voorzien) gevolg van het wetsvoorstel kunnen zijn dat een verdachte bij wie geld onder bijzondere omstandigheden wordt aangetroffen, geneigd zou kunnen zijn om het eenvoudig witwassen te bekennen, om er uiteindelijk met een lagere hoofdstraf vanaf te komen dan hij zou hebben gekregen dan indien hij voor het gronddelict of ‘gewoon’ witwassen zou zijn veroordeeld.⁶⁷

Een lang verhaal kort: zo gek en – vooral – zo onredelijk is de jurisprudentiële kwalificatie-uitsluitingsgrond dus niet. ■

⁶⁷ Blijkens *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 5, p. 4 wordt vanuit de Tweede Kamer wel enige druk

op de minister uitgeoefend om de voorgestelde strafmaxima in opwaartse zin bij te stellen.