

Jurisprudentiële ontwikkelingen ten aanzien van witwassen

Mr. P.C. Verloop¹

1. Inleiding

Jarenlang werd de strafbaarstelling van witwassen steeds verder uitgebreid. Iedere vorm van onverklaard bezit leek onder de strafbaarstelling van witwassen te kunnen vallen. Een eerste beperking op de uitdijende witwasaansprakelijkheid werd gevonden in het Air Holland-arrest² waarin de Hoge Raad (HR) bepaalde dat als de verdachte een redelijke verklaring kan geven voor de herkomst van het bezit, het Openbaar Ministerie daar serieus onderzoek naar moet doen. Er is, bij de tenlastelegging van witwassen, in zoverre geen sprake van omkering van de bewijslast.

Eind 2010 heeft de HR opnieuw voor een aanscherping van de witwasjurisprudentie gezorgd. In zijn arrest van 26 oktober 2010 (NJ 2010/655, LJN BM4440) bepaalde de HR dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor witwassen niet alleen noodzakelijk is dat bewezen kan worden dat het voorwerp uit enig misdrijf afkomstig is, maar dat tevens voor het bewijs van witwassen noodzakelijk is dat ten aanzien van het voorwerp enige verhuulingshandeling heeft plaatsgevonden. De HR baseert zich daarbij op de wetsgeschiedenis ter zake van witwassen.

De strafbaarstelling van witwassen lijkt dus niet te zien op degene die uit misdrijf verkregen geld of goed onder zich heeft, zonder enige handeling te verrichten die er op is gericht te verhullen dat dit geld of goed uit misdrijf afkomstig is.

Dat roept interessante vragen op met betrekking tot de positie van banken. Als louter het voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstig geld geen witwassen oplevert, is dan nog wel sprake van (een redelijk vermoeden van) witwassen als de witwasser dit geld op een bankrekening stort of zich voor zijn strafbaargestelde activiteiten giraal laat betalen? Of is er meer nodig? Is voor witwassen noodzakelijk dat tegoeden op de

1 Mr. P.C. (Paul) Verloop is advocaat bij Sjöcrona Van Stigt advocaten.

2 HR 13 juli 2010, NJ 2010/456, LJN BM0787.

rekening worden overgeschreven naar andere (buitenlandse) rekeningen? Moet er sprake zijn van contante stortingen of opnames? Moet er sprake zijn van smurfen of het gebruik van verhullende omschrijvingen bij het overboeken?

En wat betekent dat voor de meldingsplicht van financiële instellingen op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: WWFT)? Is wat nu een ongebruikelijke transactie wordt genoemd na dit arrest van de Hoge Raad nog steeds ongebruikelijk? Kan bij de beoordeling van de vraag of een transactie ongebruikelijk is, dezelfde subjectieve indicator worden aangelegd als de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen wijzigt?

Zekerheidshalve kan een financiële instelling er uiteraard voor kiezen te blijven melden. Maar wat als dit melden ten onrechte plaatsvindt? Is er plaats voor civielrechtelijke aansprakelijkheid van een ten onrechte meldende financiële instelling nu de strafbaarstelling van witwassen kennelijk beperkter dient te worden uitgelegd dan eerder (wellicht) werd aangenomen?

In dit artikel zal ik ingaan op de strafbaarstelling van witwassen, de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen zoals deze uit de jurisprudentie volgt en de inperking van die reikwijdte door het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2010. Daarbij zal worden getracht een eerste aanzet tot beantwoording van de bovengestelde vragen te geven.

2. Witwassen in het Wetboek van Strafrecht³

2.1 Strafbaarstelling van witwassen

Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht kent een drietal strafbepalingen aangaande witwassen. De materiële norm is steeds in het wetboek omschreven als het verrichten van diverse gedragingen, waaronder het voorhanden hebben, ten aanzien van voorwerpen die afkomstig zijn uit enig misdrijf. In artikel 420bis Sr. is het opzettelijk witwassen strafbaar gesteld. Artikel 420ter Sr. ziet op strafbaarstelling van gewoontewitwassen. Tenslotte is in artikel 420quater Sr. het zogenaamde schuldwitwassen strafbaar gesteld.

Van opzettelijk witwassen is reeds sprake, indien door het handelen of nalaten een aanmerkelijke kans bestaat op witwashandelingen en dit risico op de koop toe wordt toegenomen. Van schuldwitwassen zal in de regel sprake zijn indien redelijkerwijs vermoed kon worden dat het voorwerp (onmiddellijk of middellijk) uit enig misdrijf afkomstig is.

3 In deze paragraaf zal worden voortgebouwd op het artikel Banken en Schuldwitwassen van mr. A.J.M. de Swart en ondergetekende in Compliance Jaarboek 2011. Enige herhaling is daarbij niet te vermijden.

2.2 Jurisprudentie

Blijkens vaste jurisprudentie is niet vereist dat concreet kan worden vastgesteld van welk misdrijf het voorwerp, ten aanzien waarvan wordt witgewassen, afkomstig is. Voldoende is wanneer vastgesteld wordt dat het niet anders kan zijn dan dat het voorwerp uit enig misdrijf afkomstig is.⁴ Uit welk onderliggend misdrijf het voorwerp afkomstig is (handel in drugs of overvallen), hoeft daarbij niet te worden vastgesteld. De daarbij door de rechter aangelegde maatstaf – het kan niet anders zijn dan dat het voorwerp uit enig misdrijf afkomstig is – wordt in de jurisprudentie in veel gevallen betrekkelijk snel aangenomen. De omstandigheden van het geval kunnen reeds voldoende zijn om aan te nemen dat geld uit enig misdrijf afkomstig is.

Zo oordeelde de Hoge Raad dat een bewezenverklaring van witwassen niet onbegrijpelijk is in geval een persoon een grote hoeveelheid contant geld via Schiphol buiten Nederland tracht te brengen, zonder daarvan aangifte te doen bij de douane en zonder dat een geloofwaardige verklaring wordt gegeven omtrent de herkomst van het contante geld.⁵ Er hoeft, blijkens de jurisprudentie niet onomstotelijk te blijken *dat* de voorwerpen uit misdrijf afkomstig zijn. Het uitblijven van een afdoende en verifieerbare verklaring en een aantal bijzondere omstandigheden van het geval maken dat witwassen bewezen kan worden verklaard.

Wel geldt dat wanneer de verdachte een legale herkomst heeft benoemd, die voldoende concreet, enigszins verifieerbaar en niet op voorhand volslagen onwaarschijnlijk is, het Openbaar Ministerie onderzoek naar deze legale herkomstmogelijkheid zal moeten verrichten. Gebeurt dit niet, dan ligt vrijspraak in de rede, aangezien alsdan niet met voldoende zekerheid kan worden uitgesloten dat de voorwerpen een legale herkomst kennen.⁶

In oktober 2008 oordeelde de Hoge Raad dat de wetgever niet heeft beoogd andere beperkingen aan te leggen wat betreft het gronddelict waaruit het voorwerp van witwashandelingen afkomstig is, dan dat het moet gaan om een misdrijf.⁷ Derhalve levert ook het enkele voorhanden hebben van zwart geld, dat op zich met legale activiteiten is verdiend, naar Nederlands recht witwassen op. Dit geldt zelfs voor degene die zelf het onderliggende fiscale misdrijf heeft gepleegd, aangezien de bekende 'heler-steler' regel niet voor witwassen geldt en dus ook voorwerpen uit eigen misdrijf witgewassen kunnen worden.⁸

4 Zie bijvoorbeeld HR 27 september 2005, NJ 2006, 473.

5 HR 27 september 2005, NJ 2006, 473 en HR 13 juli 2010, NJ 2010/460.

6 HR 13 juli 2010, NJ 2010/456, LJN BM0787 ('Air Holland').

7 HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 94.

8 HR 2 oktober 2007, NJ 2008, 16.

2.3 Hoge Raad 26 oktober 2010, NJ 2010/655

In zijn arrest van 26 oktober 2010 stelt de HR een grens aan de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen. In deze subparagraaf zal de casus worden geschetst op basis waarvan de HR zijn beperkende overwegingen geeft. Vervolgens zullen deze overwegingen worden besproken.

De verdachte heeft met gebruikmaking van valse salarisspecificaties van SNS Bank een hypothecair krediet weten te verwerven. Met dat krediet heeft hij zich een woning aangeschaft. De verdachte werd vervolgd omdat hij een geldbedrag (van in totaal ongeveer € 137.500) en een pand, heeft verworven, voorhanden heeft gehad en/of heeft overgedragen en/of heeft omgezet en/of van dat geldbedrag en/of dat pand gebruik heeft gemaakt, terwijl hij, verdachte wist dat dat geldbedrag en dat pand, – onmiddellijk of middellijk – afkomstig was uit enig misdrijf.

Van die tenlastelegging wordt de verdachte door de Rechtbank vrijgesproken omdat

‘verdachte geen nadere, op versluiering gerichte handeling heeft verricht teneinde het zicht op de illegale herkomst van het geld te ontnemen.’

Het Gerechtshof komt tot een veroordeling onder de overweging

‘De Hoge Raad (in eerdere arresten, PV) overweegt voorts dat noch de tekst van de wet noch de wetsgeschiedenis steun biedt aan de opvatting dat het enkele voorhanden hebben van een dergelijk voorwerp onvoldoende is om dit als witwassen aan te merken. Uit de bewijsmiddelen volgt dat verdachte een geldbedrag als lening onder hypothecair verband heeft verkregen door valsheid in geschrifte en oplichting (mede) te plegen en het geldbedrag heeft aangewend om de koopsom van een woning te betalen. Vervolgens heeft verdachte deze woning als eigenaar gebruikt.’

De Hoge Raad citeert vervolgens betrekkelijk uitgebreid uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de strafbaarstelling van witwassen.

'Zoals het woord al zegt gaat het bij het witwassen van opbrengsten van misdrijven om het verbergen of verhullen van de illegale herkomst van gelden of voorwerpen. Doel hiervan is om die opbrengsten aan het zicht van politie en justitie te onttrekken, zodat confiscatie wordt voorkomen. Witwassen kent vele verschijningsvormen en verschillende stadia.

(...)

2. De gronden voor het voorstel nader beschouwd.

a. De internationale strafbaarstellingsverplichting

Welke handelingen dienen ingevolge internationale overeenkomsten in de Nederlandse wetgeving te zijn strafbaar gesteld? EG-richtlijn nr. 91/308/EEG, waarin blijkens de considerans de definitie van het witwassen is overgenomen uit de verdragen van Wenen en Straatsburg, omschrijft het 'witwassen van geld' als volgt: de hierna genoemde daden, indien opzettelijk begaan:

(1) de omzetting of overdracht van voorwerpen, wetende dat deze zijn verworven uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit, met het oogmerk de illegale herkomst ervan te verhelen of te verhullen of een persoon die bij deze activiteit is betrokken, te helpen te ontkomen aan de wettelijke gevolgen van zijn daden;

(2) het verhelen of verhullen van de werkelijke aard, oorsprong, vindplaats, vervreemding, verplaatsing, rechten op of de eigendom van voorwerpen, wetende dat deze zijn verworven uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit;

(3) de verwerving, het bezit of het gebruik van voorwerpen, wetende, op het tijdstip van verkrijging, dat deze voorwerpen zijn verworven uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit;

(4) deelneming aan, medeplichtigheid tot, poging tot, hulp aan, aanzetten tot, vergemakkelijken van, of het geven van raad met het oog op het begaan van een van de in de voorgaande punten bedoelde daden.

(...)

De bovengenoemde definitie omvat uiteenlopende soorten gedragingen.

Hiermee is beoogd de vele verschillende verschijningsvormen te dekken die witwassen kan aannemen. In de theorie worden in het hele proces van witwassen drie fasen onderscheiden. De term 'fase' is overigens enigszins misleidend: het gaat om verschillende typen handelingen, die elkaar niet per se chronologisch hoeven op te volgen maar ook kunnen samenvallen of elkaar kunnen omvatten. De bedoelde 'fasen' zijn de volgende:

1. Placement (plaatsing): in deze fase wordt (uit misdrijf afkomstig) chartaal geld in het financiële stelsel gebracht.
2. Layering (versluiting): in deze fase vindt een opeenvolging van soms complexe financiële transacties plaats, met als doel de oorsprong van het

ingebrachte vermogen te verhullen. Door achtereenvolgende omzettingen in giraal en in chartaal geld wordt daarbij vaak getracht de zogenaamde paper trail te doorbreken.

3. Integration (bestemming): in deze fase wordt het crimineel verkregen vermogen, dat nu een legale schijn heeft, geïnvesteerd in het legale economische (inter)nationale verkeer.

De typisch in de fase van versluiting thuishorende handelingen zitten

in de hierboven genoemde definitie van de EG-richtlijn vooral onder (2).

Deze handelingen zijn in dit voorstel – met enkele aanpassingen – opgenomen in het eerste lid, onder a, van de artikelen 420bis en 420quater Sr: het verbergen of verhullen van de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing van het voorwerp of het verbergen of verhullen van degene die rechthebbende is op het voorwerp dan wel het voorwerp voorhanden heeft.'

Na dit uitgebreide citaat uit de wetsgeschiedenis omtrent de strafbaarstelling van witwassen, komt de HR in een tweetal korte overwegingen tot de toepassing van het voorgaande op de onderhavige casus. De HR bevestigt zijn eerdere jurisprudentie met de overweging dat het mogelijk is om uit eigen misdrijf verkregen goederen wit te wassen. De nieuwigheid van dit arrest zit in de tweede overweging, die om die reden hieronder volledig is weergegeven:

2.4.2. Dit betekent niet dat elke gedraging die in de artt. 420bis, eerste lid, en 420quater, eerste lid, Sr is omschreven, onder alle omstandigheden de – in beide bepalingen nader omschreven – kwalificatie witwassen onderscheidenlijk schuld-witwassen rechtvaardigt (vgl. in ander verband HR 5 september 2006, LJN AU6712, NJ 2006/612). Zo kan in geval het gaat om een voorwerp dat afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf en hem het 'voorhanden hebben' daarvan wordt verweten, de vraag rijzen of een dergelijk enkel voorhanden hebben voldoende is om als (schuld)witwassen te worden aangemerkt.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de strafbaarstelling van witwassen strekt ter bescherming van de aantasting van de integriteit van het financieel en economisch verkeer en van de openbare orde, dat witwassen een veelomvattend, maar ook te begrenzen fenomeen is, en dat ook in het geval het witwassen de opbrengsten van eigen misdrijf betreft, van de witwasser in beginsel een handeling wordt geveerd die erop is gericht 'om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen'. Gelet hierop moet worden aangenomen dat indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan

misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, die gedraging niet als (schuld)witwassen kan worden gekwalificeerd.'

De HR concludeert dat het oordeel van het Gerechtshof dat in casu sprake was van witwassen niet van onjuiste rechtsopvatting getuigt.

De bovengenoemde overweging van de HR laat zich hierin vertalen dat de HR, onder verwijzing naar het doel van de strafbaarstelling van witwassen (de integriteit van het financieel en economisch verkeer), van de witwasser in beginsel een handeling vereist die erop is gericht om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen. Die handeling dient dan vervolgens bij te dragen en het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.

2.4 Tussenconclusie

Nadat lange tijd de strafbaarstelling van witwassen slechts leek te worden uitgebreid en meer en meer situaties onder deze strafbaarstelling werden gebracht, lijkt de HR inmiddels grenzen te zijn gaan stellen aan de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen. Daartoe kan allereerst worden gewezen op het Air Holland-arrest waaruit kan worden afgeleid dat indien de verdachte een legale herkomst heeft benoemd, die voldoende concreet, enigszins verifieerbaar en niet op voorhand volslagen onwaarschijnlijk is, het Openbaar Ministerie onderzoek naar deze legale herkomstmogelijkheid zal moeten verrichten.

Een tweede beperking van de reikwijdte van de strafbepaling volgt uit HR 26 oktober 2010, NJ 2010/655. Indien sprake is van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen lijkt de HR te eisen dat de verdachte ten minste enige handeling heeft verricht 'om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen' en dat indien het enkele voorhanden hebben door de verdachte niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp, die gedraging niet kan worden gekwalificeerd als witwassen.

3. Consequenties van HR 26 oktober 2010

3.1 Inleiding

De vraag die rijst, is of het arrest van de HR consequenties heeft voor de wijze waarop financiële instellingen kunnen omgaan met de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: WWFT). In deze paragraaf zal ik uiteen zetten welke vraagpunten daarbij kunnen rijzen en welke mogelijke gevolgen die vragen hebben voor

de melding van ongebruikelijke transacties. Daartoe wordt allereerst in het kort het vizier gericht op de WWFT.

3.2 WWFT

In de WWFT wordt uitvoering gegeven aan Richtlijn 2005/60/EG en Richtlijn 2006/70/EG. Beide richtlijnen – de ‘Derde Witwasrichtlijn’ respectievelijk de ‘Uitvoeringsrichtlijn’ – hangen met elkaar samen. Richtlijn 2006/70/EG strekt tot vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG. De invoering van de WWFT strekte tot samenvoeging van de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (Wet MOT) en de Wet Identificatie bij Dienstverlening (WID). Opvallend genoeg wordt de term ‘witwassen’ niet als zodanig gedefinieerd in de WWFT of zijn voorlopers.

Een definitie van de term witwassen volgt wel uit Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld. Klaarblijkelijk diende die definitie ook te worden ingelezen in de Wet MOT, de WID en uiteindelijk in de WWFT. De in de Richtlijn genoemde definitie vormde echter ook de basis voor de aparte strafbaarstelling van witwassen in het Wetboek van Strafrecht. Om die reden mag er van worden uitgegaan dat de term witwassen zoals deze voorkomt in de WWFT op gelijke wijze dient te worden gelezen als de term witwassen zoals die voorkomt in het Wetboek van Strafrecht. Iedere andere uitkomst zou immers ongewenste en onoverzienbare gevolgen hebben. Bovenstaande leidt er wel toe dat veranderingen in de reikwijdte van het begrip witwassen, zoals deze uit bovenomschreven arrest van de HR voortvloeien, ook rechtstreeks van invloed zijn op de reikwijdte van het begrip witwassen in de WWFT.

De WWFT eist van een instelling dat deze ter voorkoming van witwassen cliëntonderzoek doet (artikel 3 WWFT). Dit onderzoek dient plaats te vinden indien *‘er indicaties zijn dat de cliënt betrokken is bij witwassen’* (artikel 3, derde lid sub c WWFT). Daarnaast verplicht de WWFT instellingen *‘een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan het meldpunt’* te melden (artikel 16, eerste lid WWFT). Wanneer sprake is van een ongebruikelijke transactie volgt uit de bij het Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme behorende bijlage. Daarbij wordt als subjectieve indicator genoemd *‘Transacties waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen’*.

De instelling dient dus, op basis van de WWFT en het Uitvoeringsbesluit WWFT, zelfstandig te bepalen of een cliënt betrokken is bij witwassen, dan wel of een transactie aanleiding geeft om te veronderstellen dat deze verband houdt met witwassen. Nu de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen is aangescherpt, dient de instelling met deze aanscherping rekening te houden bij de vraag of sprake is van betrokkenheid bij of een verband met witwassen.

3.3 Wanneer wordt witgewassen?

Uit de uitspraak van de HR van 26 oktober 2010 volgt dat van witwassen geen sprake is als het voorwerp (geld) uit eigen misdrijf afkomstig is en als geen handelingen zijn verricht om te verbergen of verhullen dat sprake is van de criminele herkomst van het voorwerp. Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van geldkoeriers maakt deze uitspraak geen verschil. In artikel 420bis en artikel 420quater Sr. wordt immers het verbergen of verhullen van de verplaatsing van uit misdrijf afkomstige voorwerpen zelfstandig strafbaar gesteld.

Wel ontstaat een probleem bij het bewijzen van witwassen in het navolgende geval.

In een hennepkwekerij wordt, naast een hoeveelheid hennep, een tas aangetroffen met bankbiljetten. De in de hennepkwekerij aanwezige persoon verklaart na zijn aanhouding dat de tas met bankbiljetten zijn eigendom is en afkomstig is van de opbrengst van eerdere, geslaagde oogsten. Ten aanzien van de inbeslagneming van het aangetroffen geld ontstaat geen enkel strafrechtelijk probleem. Het geld kan – conservatoir – in beslag worden genomen, met het oog op een later op te leggen maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Op basis van de geschetste situatie is echter geen sprake van witwassen. De hennepkweker heeft immers geen enkele handeling verricht die er op was gericht te verhullen of te verbergen dat het geldbedrag een criminele herkomst heeft.

Als de in de bovenomschreven casus genoemde hennepkweker – voordat hij wordt aangehouden – de tas met geld naar zijn bank heeft gebracht en het contante bedrag op zijn rekening heeft laten storten, is het maar zeer de vraag of er in dat geval sprake is van witwassen. Als het gestorte bedrag onder de € 2.000 (de grens die als objectieve indicator wordt genoemd in de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit WWFT) blijft, zal slechts het vermoeden van witwassen kunnen rijzen als sprake is van enige verhullingshandeling. Kortom, als de oplettende balie-medewerker de vraag zou stellen of dit geldbedrag afkomstig is uit enig misdrijf en die vraag wordt door de hennepkweker naar waarheid beantwoord, kan niet worden gesteld dat er sprake is van witwassen en bestaat er derhalve geen verplichting tot melding van de transactie.

Weliswaar wordt 'placement' onderscheiden als fase van witwassen, blijktbaar is enkel 'placement' niet voldoende om te kunnen spreken van het verbergen of verhullen van de criminele afkomst van het geld.

3.4 Vrijwaring

In de WWFT is bepaald, in artikel 20, dat 'de instelling die tot een melding op de voet van artikel 16 is overgegaan, (...) niet aansprakelijk (is) voor schade die een derde dientengevolge lijdt, *tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan*. Met die bepaling lijkt zeker te zijn gesteld dat de meldende instelling niet kan worden aangesproken in verband met schade die mogelijk is ontstaan ten gevolge van het melden van een ongebruikelijke transactie.

Dat wordt slechts anders als de financiële instelling – gelet op alle feiten en omstandigheden – in redelijkheid niet tot melding had mogen overgaan. Om die reden is de uitleg die de HR geeft aan de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen van belang.

De financiële instelling is slechts tot melding gehouden indien het vermoeden bestaat dat wordt witgewassen (of sprake is van het financieren van terrorisme). In alle andere gevallen is de financiële instelling die kennis krijgt van een mogelijk begaan strafbaar feit weliswaar gerechtigd tot het doen van aangifte, de instelling is daartoe – behoudens in het in artikel 160 Sv.⁹ genoemde geval – niet verplicht.

Om die reden valt niet uit te sluiten dat een te lichtvaardig gedane melding ten gevolge van een verkeerd begrip van de reikwijdte van het begrip 'witwassen' in de weg staat aan de vrijwaring van artikel 20 WWFT. Er is plaats voor civielrechtelijke aansprakelijkheid van een ten onrechte meldende financiële instelling, die de reikwijdte van het begrip witwassen ten onrechte ruimer uitlegt, dan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt. Toegegeven zij dat de kans dat een financiële inrichting aansprakelijk wordt gesteld voor schade ten gevolge van een onterechte witwasmelding niet groot lijkt. Gewezen kan echter wel worden op de uitspraak van de Voorzieningenrechter in de Rechtbank 's-Hertogenbosch van 8 februari 2010 (LJN BL2936). De Voorzieningenrechter oordeelt dat Van Lanschot Bankiers ten onrechte de bestaande contractuele relatie met een coffeeshop met betrekking tot een betaalrekening heeft opgezegd, omdat niet kan blijken van witwassen en/of andere illegale activiteiten.

9 Artikel 160 Sv houdt een verplichting tot het doen van aangifte in voor diegenen die kennis dragen van 'een der misdrijven omschreven in de artikelen 92-110 van het Wetboek van Strafrecht, in Titel VII van het Tweede Boek van dat Wetboek, voor zoover daardoor levensgevaar is veroorzaakt, of in de artikelen 287 tot en met 294 en 296 van dat wetboek, van mensenroof of van verkrachting'.

3.5 Tussenconclusie

Nu de strafbaarstelling van witwassen en de WWFT uit dezelfde internationaalrechtelijke bron afkomstig zijn, dient het begrip witwassen uniform te worden uitgelegd. Arresten van de HR die betrekking hebben op de strafrechtelijke reikwijdte van het begrip witwassen hebben daarom rechtstreeks invloed op de reikwijdte van de term witwassen zoals die voorkomt in de WWFT en in de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit WWFT. Er kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de plicht om ongebruikelijke transacties te melden gebaseerd op de subjectieve indicator, dient te worden uitgelegd in het licht van HR 26 oktober 2010. Daarmee dient ook rekening te worden gehouden bij de reikwijdte van de vrijwaringsbepaling van artikel 20 WWFT. Vrijwaring bestaat *tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan*. Een ruimere uitleg van het begrip witwassen dan volgt uit de jurisprudentie van de HR zou kunnen leiden tot de conclusie dat in redelijkheid niet tot melding kan worden overgegaan.

4. Afronding

Op 26 oktober 2010 wees de Hoge Raad arrest op het cassatieberoep dat was ingesteld door een man die door middel van een valse werkgeversverklaring SNS-bank had bewogen tot het verlenen van een hypothecair krediet. De man was door het Gerechtshof – onder andere – veroordeeld voor witwassen. De veroordeling werd door de HR in stand gelaten, maar de HR wijdde wel een aantal overwegingen aan de reikwijdte van het begrip witwassen.

In eerdere jurisprudentie had de HR reeds bepaald dat het mogelijk is om uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen wit te wassen. In dit arrest bepaalde de HR dat daarbij dan wel sprake dient te zijn van enige handeling ‘die erop is gericht “om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen”’ en dat ‘gelet hierop moet worden aangenomen dat indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, die gedraging niet als (schuld) witwassen kan worden gekwalificeerd.’ Er dient dus tenminste sprake te zijn van enige verhullingshandeling wil van witwassen kunnen worden gesproken.

Het verhullen kan bijvoorbeeld bestaan in het op een rekening storten van uit misdrijf afkomstig chartaal geld onder een verhullende omschrijving (‘verkoop auto’ terwijl in werkelijkheid sprake is van drugsgeld) of het overboeken naar (buitenlandse) rekeningen onder verhullende omschrijvingen. Het enkele storten op rekening of het ontvangen van

12 FATF, Proliferation Financing Report, 2008, p. 21.

girale betalingen ter zake van strafbare feiten, levert geen witwassen op als bedoeld in de artikelen 420bis, 420ter en 420quater Sr als niet ten minste sprake is van enige verhullingshandeling en als het geld betreft dat afkomstig is uit eigen misdrijf.

Die beperking van de reikwijdte van het begrip witwassen dient door te werken in de reikwijdte van de meldingsplicht op grond van de WWFT. Het strafrechtelijke begrip witwassen en het witwassen zoals genoemd in de WWFT zijn afkomstig uit dezelfde bron. Om die reden dient de strafrechtelijke uitleg van witwassen door te werken in witwassen zoals de WWFT dat noemt. Als derhalve sprake is van *'Transacties waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen'*, de subjectieve indicator, dan dient de meldingsplichtige rekening te houden met de reikwijdte van het begrip witwassen.

Weliswaar kent de WWFT een bepaling die de meldingsplichtige vrijwaart van schade die een derde lijdt door de melding, die vrijwaring bestaat slechts *'tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan.'* Bij de beantwoording van de vraag of een instelling in redelijkheid niet tot melding had mogen overgaan, dient te worden betrokken in hoeverre de financiële instelling zich bij de reikwijdte van het begrip witwassen richt op de geldende jurisprudentie.

Er lijkt in sterke mate sprake te zijn een theoretisch vraagstuk. Financiële instellingen dienen bij de vraag of zij WWFT-meldingsplichtig zijn rekening te houden met de strafrechtelijke jurisprudentie inzake witwassen. Als met die strafrechtelijke jurisprudentie onvoldoende rekening wordt gehouden, dan kan niet worden uitgesloten dat een melding – strikt genomen – ten onrechte plaatsvindt. Door de vrijwaringbepaling van de WWFT lijkt schade die een derde daardoor lijdt, slechts in uitzonderlijke gevallen tot civielrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen leiden. Dat niet geheel sprake is van een theoretisch vraagstuk kan echter worden afgeleid uit de uitspraak van de Voorzieningenrechter in de Rechtbank 's-Hertogenbosch.

Wordt vervolgd...