

WITWASSEN EN DE VRIJWILLIGE VERBETERING: DE (SCHIJN)ZEKERHEID EN HET TIJDSVERLOOP

Een onderzoek naar de strafvervolgning van witwassen bij degene die vrijwillig hun onjuiste, onvolledige en/of niet tijdige belastingaangifte willen verbeteren en de rol die tijdsverloop daarbij speelt



Nandi van Suylen

In opdracht van Römken Fiscale Advocatuur

's-Hertogenbosch, januari 2017

WITWASSEN EN DE VRIJWILLIGE VERBETERING: DE (SCHIJN)ZEKERHEID EN HET TIJDSVERLOOP

Een onderzoek naar de strafvervolgning van witwassen bij degene die vrijwillig hun onjuiste, onvolledige en/of niet tijdige belastingaangifte willen verbeteren en de rol die tijdsverloop daarbij speelt

Auteur

Nandi van Suylen

Studentnummer

2063544

Opleiding

HBO-Rechten

Onderwijsinstelling

Juridische Hogeschool Avans-Fontys

In opdracht van

Römkens Fiscale Advocatuur

Afstudeermentor

Mevrouw mr. A.M.A.M.H. Verberne

Afstudeerdocenten

Mevrouw mr. M.M.J. van den Haspel

Mevrouw mr. S.D. Adjimbaks

Classificatie

Intern

Plaats en datum

's-Hertogenbosch, 10 januari 2017

© 2017, Nandi van Suylen

Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de auteur worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

VOORWOORD

Dit onderzoeksrapport is geschreven in het kader van de afronding van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van Römken's Fiscale Advocatuur. Bij dit advocatenkantoor werden ze in verschillende witwaszaken beperkt in hun verdedigingsmogelijkheden door het grote tijdsverloop dat ontstaat in situaties waar het vermogen al in de jaren tachtig is verworven, terwijl het strafrechtelijke onderzoek naar witwassen pas rond 2014 wordt gestart.

Een woord van dank wil ik graag richten aan mevrouw mr. A.M.A.M.H. Verberne en de heer mr. M.C.J. Schoenmakers voor de mogelijkheid om mijn afstudeeronderzoek bij hen te kunnen uitvoeren en tevens voor de prettige begeleiding die ik bij hen heb gekregen. Ook wil ik mijn afstudeerdocenten, mevrouw mr. M.M.J. van den Haspel en mevrouw mr. S.D. Adjiembaks, bedanken voor hun begeleiding en feedback. Eveneens mijn dank voor degene die ik in het kader van mijn onderzoek heb mogen interviewen. Daarnaast wil ik mijn ouders, broer, vriend en vriendinnen bedanken voor hun wijze raad, steun en geduld gedurende mijn afstudeerperiode.

Net voor het begin van mijn afstudeerperiode heb ik plotseling afscheid moeten nemen van mijn lieve vriendin, die ik aan het begin van deze opleiding heb leren kennen. Helaas kan zij het einde van mijn opleiding niet meer meemaken, maar met haar, haar doorzettingsvermogen en haar vertrouwen in mijn achterhoofd, heb ik het voor elkaar gekregen dit onderzoek te kunnen afronden.

Ik hoop dat u dit onderzoek met veel plezier en interesse zult lezen.

Nandi van Suylen

's-Hertogenbosch, januari 2017

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	
LIJST MET AFKORTINGEN	
HOOFDSTUK 1 – INLEIDING.....	8
1.1 PROBLEEMSTELLING	8
1.2 VRAAGSTELLING	10
1.3 DOELSTELLING	10
1.4 VERANTWOORDING VAN BRONNEN EN METHODEN	10
1.5 LEESWIJZER.....	11
HOOFDSTUK 2 DE VRIJWILLIGE VERBETERING	13
2.1 DE INKEERREGELING.....	13
2.2 BELASTINGFRAUDE.....	14
2.3 DE AFSPRAAK	15
2.4 DE PRAKTIJK	16
2.4.1 INTERVIEWS	17
2.4.2 RODE DRAAD I.....	17
2.5 TUSSENCONCLUSIE	18
HOOFDSTUK 3 – WITWASSEN.....	20
3.1 DE ACHTERGROND VAN WITWASSEN	20
3.2 BEWIJS IN WITWASZAKEN	21
3.2.1 JURISPRUDENTIE	21
3.2.2 DE BEWIJSCONSTRUCTIE	22
3.3 HET VERMOEDEN	23
3.4 DE VERKLARING	24
3.5 KWALIFICATIE-UITSLUITINGSGRONDEN	25
3.6 DE PRAKTIJK	27
3.6.1 INTERVIEWS	27
3.6.2 RODE DRAAD II.....	28
3.7 TUSSENCONCLUSIE	31
HOOFDSTUK 4 – TIJDSVERLOOP EN EEN EERLIJK PROCES	32
4.1 HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES	32
4.1.1 DE RECHTEN	32
4.1.2 HET NEMO TENETUR-BEGINSEL	33
4.1.3 HET EQUALITY OF ARMS BEGINSEL	37
4.1.4 DE BEGINSELEN VAN EEN BEHOORLIJKE PROCESORDE.....	39
4.2 DE VERJARING.....	40
4.3 HET BEWIJS.....	41

4.3.1 BEWAARPLICHT DOCUMENTEN	41
4.3.2 GETUIGEN ALS BEWIJS	41
4.4 DE PRAKTIJK	41
4.4.1 INTERVIEWS	42
4.4.2 RODE DRAAD III	43
4.5 TUSSENCONCLUSIE	44
HOOFDSTUK 5 – CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	45
5.1 CONCLUSIES	45
5.2 AANBEVELINGEN	47
LITERATUURLIJST	49
JURISPRUDENTIELIJST	50
OVERIGE BRONNEN.....	52

SAMENVATTING

In dit onderzoek wordt antwoord gegeven op de vraag:

Welke argumenten ten behoeve van een verdedigingsstrategie in strafzaken waarin de verdachte na een vrijwillige verbetering van zijn onjuiste en/of onvolledige aangifte bij de Belastingdienst alsnog wordt vervolgd ter zake van witwassen, zijn af te leiden uit een onderzoek naar de bewijsconstructie van witwassen en de rol van tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en het strafrechtelijke onderzoek in dergelijke zaken?

Artikel 69 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen stelt het opzettelijk niet, niet tijdig, onvolledig en/of onjuist doen van een belastingaangifte strafbaar, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven. Dit wordt gekwalificeerd als belastingfraude. Het derde lid van dit artikel maakt het mogelijk om de belastingaangifte vrijwillig te verbeteren door alsnog een juiste en volledige aangifte te doen, voordat de belastingplichtige weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de Belastingdienst en/of het Openbaar Ministerie bekend is of bekend zal worden met de onjuistheid van de aangifte.

De Hoge Raad heeft op 7 oktober 2008 bepaald dat belastingfraude onder de reikwijdte van het delict witwassen valt. Het vormt namelijk het gronddelict om tot een witwashandeling te komen. Deze uitspraak heeft geleid tot Kamervragen. Uit het antwoord op deze vragen is naar voren gekomen dat er geen strafrechtelijk onderzoek naar witwassen ingesteld zal worden in het geval dat het gaat om een vrijwillige verbetering van de belastingaangifte van legaal verkregen vermogen. Toch wordt een dergelijk onderzoek in verschillende gevallen gestart.

De bewijsconstructie van witwassen vloeit voort uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. In het zes-stappen-arrest van het gerechtshof Amsterdam van 11 januari 2013 zijn de stappen samengevoegd. De praktijk verwijst veelvuldig naar deze stappen. Hieruit blijkt dat het Openbaar Ministerie met een door feiten en omstandigheden gerechtvaardigd vermoeden van witwassen dient te komen. Zodra dit vermoeden op tafel ligt, mag er, in lijn met de Europese en Nederlandse jurisprudentie, een verklaring van de verdachte worden verlangd. In het geval dat een verklaring uitblijft, mag dat in het nadeel van de verdachte worden gebruikt. De verklaring dient concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk te zijn. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval hoeveel waarde aan de genoemde eisen wordt gehecht. De eisen zijn niet nader te definiëren. Het belangrijkste lijkt te zijn dat een verklaring plausibel is, waardoor het Openbaar Ministerie nader onderzoek in moet stellen naar de herkomst van het vermogen.

De Hoge Raad heeft met betrekking tot de bestanddelen <verwerven> en <voorhanden hebben> van het witwasbepaling een kwalificatie-uitsluitingsgrond in het leven geroepen. Handelingen die niet meer omvatten dan het <verwerven> of <voorhanden hebben> kunnen niet als witwassen gekwalificeerd worden. Zo is het storten van geld op een eigen bankrekening onvoldoende om van witwassen te kunnen spreken. In die gevallen dient ontslag van alle rechtsvervolging te volgen. Per 1 januari 2017 is de Aanpassing witwaswetgeving in werking getreden waarbij ook het enkel verwerven en/of voorhanden hebben strafbaar is gesteld. Afgewacht moet worden hoe hier in de praktijk mee wordt omgegaan.

In witwaszaken zal niet snel sprake zijn van verjaring, aangezien witwassen een doorlopend delict is. De invoering van de verjaring steunt echter op de ervaring dat door het tijdsverloop het bewijs kan vervagen. Zo kunnen bijvoorbeeld geen getuigen meer worden ondervraagd die een betrouwbare verklaring kunnen afleggen en is er geen documentatie meer beschikbaar over de periode waarin het vermogen is verworven. Gelet op het bovenstaande ligt een schending van artikel 6 van het Europees Verdrag betreffende de Rechten van de Mens op de loer. Het verlangen van een verklaring van een verdachte die plausibel én verifieerbaar is, kan door het tijdsverloop een schending van het recht op een eerlijk proces opleveren.

LIJST MET AFKORTINGEN

AMLC	Anti Money Laundering Centre
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BW	Burgerlijk Wetboek
EVRM	Europees Verdrag betreffende de rechten van de Mens
Hof	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
r.o	Rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
VIB	Project Vermogen in het buitenland
WvSr	Wetboek van Strafrecht
WvSv	Wetboek van Strafvordering

HOOFDSTUK 1 – INLEIDING

In dit hoofdstuk komt de probleemstelling die aan dit onderzoek ten grondslag ligt aan bod. Tevens wordt er gekeken naar de vraagstelling die uit de probleemstelling voortvloeit en wordt ook de doelstelling van het onderzoek beschreven. Daarna volgt de verantwoording van bronnen en methoden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer.

1.1 PROBLEEMSTELLING

Römkens Fiscale Advocatuur is een advocatenkantoor dat zich oriënteert op fiscaal recht en fiscaal/economisch strafrecht. Ze opereren in een nichemarkt. Bij Römkens Fiscale Advocatuur zijn twee advocaten werkzaam die zowel individueel als gezamenlijk hun cliënten bijstaan in gerechtelijke procedures. Aan de hand van een casus zal het probleem dat bij de opdrachtgever speelt, worden blootgelegd.

Stel, in de jaren negentig is er afgeroomde winst van een in Nederland gevestigde onderneming naar Zwitserland gebracht en aldaar op een bankrekening gezet. Deze bankrekening en het vermogen dat daarop staat, zijn vervolgens niet bij de Belastingdienst aangegeven. Dit betekent dat een onjuiste en/of onvolledige aangifte is gedaan, wat gekwalificeerd wordt als belastingfraude. Het doen van die onjuiste en/of onvolledige aangifte is strafbaar gesteld in artikel 69 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). Artikel 69 lid 3 AWR geeft echter aan dat het recht tot strafvervolgning op grond van het genoemde artikel vervalt, indien vrijwillig het verzwegen buitenlandse vermogen alsnog aangegeven wordt bij de Belastingdienst en de daarover verschuldigde belasting wordt voldaan. De vrijwillige verbetering van de onjuiste en/of onvolledige aangifte wordt ook wel het inkeren genoemd.¹ De inkeerregeling is een voorziening waarbij de aangifte zonder of met een gematigde boete verbeterd kan worden. Op het moment dat de aangifte met gebruik van de inkeerregeling is verbeterd en de verschuldigde belasting inclusief een eventuele boete betaald is, is voldaan aan artikel 69 lid 3 AWR. Van belastingfraude is aldus geen sprake meer, zodat ten aanzien daarvan geen strafvervolgning kan plaatsvinden.

Strafvervolgning op grond van een ander strafbaar feit dan belastingfraude is echter niet uitgesloten op het moment dat de inkeerprocedure volledig is doorlopen. De Hoge Raad heeft in 2008 bepaald dat belastingfraude als gronddelict voor witwassen kan worden aangemerkt.² In reactie op deze uitspraak zijn er in de Tweede Kamer Kamervragen gesteld over de rechts(on)zekerheid met betrekking tot het inkeren en een eventuele strafvervolgning ter zake van witwassen.³ Uit het antwoord op de Kamervragen is naar voren gekomen dat de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie de afspraak hebben gemaakt dat, indien er sprake is geweest van een vrijwillige verbetering van verzwegen vermogen dat legaal is verworven, het Openbaar Ministerie geen strafvervolgning ter zake van witwassen zal instellen. Immers, met het vrijwillig verbeteren van de onjuiste en/of onvolledige aangifte is het gronddelict voor witwassen, te weten belastingfraude, al komen te vervallen. Dat witwassen naar verloop van tijd verjaard lijkt het Openbaar Ministerie niet in de weg te zitten, omdat witwassen een doorlopend delict is.

In de periode van september 2013 tot juli 2014 heeft de overheid het mogelijk gemaakt om boetevrij in te keren.⁴ Begin 2014 wordt dan ook besloten om de Zwitserse bankrekening met het verzwegen vermogen alsnog aan te geven bij de Belastingdienst. Voor het verbeteren van de aangifte dient een inkeermelding te worden gedaan bij de Belastingdienst door de belastingplichtige. Vervolgens verzoekt de Belastingdienst om nadere informatie, aangezien bij de inkeerregeling volledige openheid van zaken wordt

¹ 'Inkeren', *De Financiële Begrippenlijst* (geraadpleegd 16 september 2016), Dfbonline.nl.

² HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774.

³ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 959. Zie ook: 'Inkeer en vervolging witwassen', *De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs* 19 januari 201, Nob.net.

⁴ 'Weekers versoepelt tijdelijk inkeerregeling voor zwartsparenders', *Rijksoverheid* 03 september 2013, Rijksoverheid.nl

verlangd.⁵ Er wordt onder andere gevraagd om de herkomst van het vermogen kenbaar te maken. Op het moment dat de Belastingdienst alle benodigde gegevens voorhanden heeft, wordt tot slot een vaststellingsovereenkomst opgesteld, waarin het nog verschuldigde bedrag aan belastingen is opgenomen. Deze inkeerprocedure is helemaal afgerond. Om te voorkomen dat de Belastingdienst met criminele fiscale inkeerders een vaststellingsovereenkomst sluit, is het Anti Money Laundering Centre (hierna: AMLC) aangesloten bij het landelijk project Inkeer. Binnen dit project zijn alle inkeerverzoeken, die zijn ontvangen in de periode dat de versoepelde inkeerregeling gold, beoordeeld op mogelijke criminele herkomst van het ingekeerde vermogen.⁶ Hiervoor zijn verschillende systemen geraadpleegd.

Naar aanleiding van de vrijwillige verbetering is bij de Belastingdienst het vermoeden ontstaan dat het vermogen op de buitenlandse bankrekening van een illegale bron afkomstig is, waarna de Belastingdienst de zaak onder de aandacht van het Openbaar Ministerie brengt. Het Openbaar Ministerie kan vervolgens besluiten tot een strafrechtelijk financieel onderzoek ter zake van witwassen over te gaan.⁷ Met behulp van witwastypologieën kan het Openbaar Ministerie tot een vermoeden van witwassen komen. Witwastypologieën zijn min of meer objectieve kenmerken die, naar de ervaring leert, duiden op het witwassen van opbrengsten van misdrijven.⁸ Als het vermoeden van witwassen kenbaar is gemaakt, wordt van de verdachte verwacht dat een verklaring wordt afgelegd over de herkomst van het geld. Deze verklaring dient concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk te zijn.⁹

Hier wordt het moeilijk voor de verdediging. Waar de verdenking van witwassen op wordt gebaseerd is onduidelijk, van een gronddelict is immers geen sprake. Zoals gezegd is er een aantal eisen aan de verklaring gesteld. Niet duidelijk is echter wat die eisen inhouden, hoe de praktijk met de eisen omgaat en wat het gevolg is van een verklaring die niet aan die eisen voldoet. In deze casus leidt dit onder andere tot de vraag of door de verstreken tijd tussen het op een buitenlandse bankrekening zetten van het verworven vermogen en de strafvervolgning ter zake van witwassen twintig jaar later een verklaring nog wel verifieerbaar kan zijn. Voor natuurlijke personen geldt ook geen administratieplicht en ondernemingen zijn gebonden aan een administratieplicht van slechts zeven jaar, zo volgt uit artikel 10 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Bankafschriften zijn er niet meer, de administratie van de onderneming uit die tijd is vernietigd en getuigen zullen mogelijk niet meer te traceren zijn of zullen door het tijdsverloop ook niet meer als betrouwbaar kunnen worden beschouwd. Een andere vraag die zich bij de verdediging voordoet is of door dit tijdsverloop het vertrouwensbeginsel en het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 van het Europees Verdrag betreffende de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) niet in het geding zijn.

Op het moment speelt een soortgelijke zaak als hierboven is besproken bij de opdrachtgever. Uit geluiden van advocaten en betrokkenen ontstaat de verwachting dat er meerdere zaken zullen volgen. Om op die verwachting in te spelen heeft de verdediging behoefte aan een verdedigingsstrategie ten behoeve van dergelijke witwaszaken.

⁵ 'Buitenlands vermogen alsnog aangeven (Inkeerregeling)', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016, Belastingdienst.nl).

⁶ Dossier B.

⁷ Artikel 126 Sv van het Wetboek van Strafvordering.

⁸ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 159, nr. 3, MvT p. 9.

⁹ Van Leeuwen, *DD* 2011/23, p. 19.

1.2 VRAAGSTELLING

Uit de probleemstelling is de volgende centrale vraag naar voren gekomen:

Welke argumenten ten behoeve van een verdedigingsstrategie in strafzaken waarin de verdachte na een vrijwillige verbetering van zijn onjuiste en/of onvolledige aangifte bij de Belastingdienst alsnog wordt vervolgd ter zake van witwassen, zijn af te leiden uit een onderzoek naar de bewijsconstructie van witwassen en de rol van tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en het strafrechtelijke onderzoek in dergelijke zaken?

Met behulp van de volgende deelvragen zal een antwoord worden gezocht op de centrale vraag:

1. Wat houdt de vrijwillige verbetering in?
 - a. Wat is er bepaald in artikel 69 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen?
 - b. Wat houdt de inkeerregeling in?
 - c. Wat houdt de afspraak tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie in met betrekking tot de vrijwillige verbetering en het strafrechtelijk vervolgen ter zake van witwassen?
2. Welke bewijsconstructie wordt gehanteerd door het Openbaar Ministerie en de rechter ten aanzien van het strafbare feit witwassen zoals die naar voren komt uit de jurisprudentie en de literatuur?
 - a. Welke eisen worden er gesteld aan een verklaring van de verdachte?
 - b. Wat is het gevolg van een verklaring die niet aan die eisen voldoet?
3. Hoe verhoudt het feit dat van de verdachte een verklaring wordt verwacht over de herkomst van het vermogen zich ten opzichte van het recht op een eerlijk proces?
4. Welke rol speelt het tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en de strafvervolgning in deze zaken?
 - a. Tegen welke praktische problemen loopt de verdediging aan?

1.3 DOELSTELLING

Doel van het onderzoek is om op 10 januari 2017 een onderzoeksrapport op te leveren aan Römken Fiscale Advocatuur zodat de advocaten, in de zaken waarbij de betrokkene die vrijwillig zijn onjuiste en/of onvolledige aangifte bij de Belastingdienst heeft verbeterd en alsnog strafrechtelijk voor witwassen wordt vervolgd, hun rechtsbijstand kunnen verbeteren met de verdedigingsstrategie die uit het onderzoek voortvloeit.

1.4 VERANTWOORDING VAN BRONNEN EN METHODEN

Voor dit kwalitatieve onderzoek worden twee verschillende methodes gebruikt. De eerste methode die in dit onderzoek gebruikt is, is de inhoudsanalyse.¹⁰ Hiervoor is bestaand materiaal gebruikt waaruit de relevante informatie door de inhoudsanalyse naar voren is gekomen. Deze methode is bij zowel het theoretische als praktijkgedeelte toegepast. Daarnaast zijn interviews afgenomen bij een rechter, een officier van justitie, een advocaat en een medewerker van de Belastingdienst, om erachter te komen hoe zij tegen bepaalde aspecten van dit onderzoek aan kijken. De interviews waren half gestructureerd om ervoor te zorgen dat de voor het onderzoek belangrijkste vragen beantwoord werden, maar met voldoende ruimte voor de inbreng van de geïnterviewde.¹¹

Voor deelvraag één is de AWR een belangrijke bron. De grondslag voor de vrijwillige verbetering is in deze wet neergelegd. Daarnaast is veel informatie afkomstig van de website van de Belastingdienst en andere elektronische bronnen om inzicht te krijgen in de werking van de vrijwillige verbetering. Ook zijn Kamervragen uit het parlementaire jaar 2008/2009 betrokken bij de beantwoording van deze vraag met betrekking tot de afspraak

¹⁰ Van Schaaijk 2011, p. 88.

¹¹ Van Schaaijk 2011, p. 88.

tussen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst. Het interview met de medewerker van de Belastingdienst is voor deze vraag het belangrijkste, maar er is ook naar de relevante informatie uit de andere interviews gekeken. De vrijwillige verbetering is een regeling van de Belastingdienst, waardoor een medewerker de beste informatie kon verschaffen wat betreft de vrijwillige verbetering en bijvoorbeeld het overdragen van gegevens tussen de Belastingdienst en andere partijen.

Bij de beantwoording van de tweede deelvraag is artikel 420bis het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr) het startpunt. In dit artikel is de strafbaarheid van witwassen neergelegd. Ook is er veel jurisprudentieonderzoek uitgevoerd, voor zover de jurisprudentie relevant is voor de beantwoording van de deelvraag. Daarnaast is ook literatuur van bijvoorbeeld Van Leeuwen en Kooijmans van belang geweest om er achter te komen hoe de bewijsconstructie van witwassen eruit ziet. De benodigde informatie die daarvoor van belang was, is door de inhoudsanalyse naar boven gekomen. Verder zijn de interviews met de rechter, de officier van justitie en de advocaat gebruikt om licht te schijnen op de bewijsconstructie van witwassen zoals die in de praktijk wordt gebruikt en is hun mening over het vermoeden van witwassen en de verklaring van de verdachte die verlangd wordt, gebruikt voor het onderzoek.

Ook voor de beantwoording van deelvraag drie is naar zowel literatuur als jurisprudentie gekeken. De literatuur bij deze deelvraag bestaat onder andere uit de handboeken van Hartevelt en Gerards. De jurisprudentie is gebruikt om te kunnen kijken naar de verhoudingen van de verklaring van de verdachte en het recht op een eerlijk proces in de praktijk. De interviews zijn daarbij ook van belang. Uit de interviews blijkt hoe de betrokken partijen tegen de verhouding aankijken. Daarbij is ook de inhoudsanalyse gebruikt voor artikel 6 EVRM en de voor deze vraag relevante jurisprudentie daarover.

Voor de beantwoording van deelvraag vier, die betrekking heeft op het tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en de strafrechtelijke vervolging van witwassen, zijn veel verschillende bronnen geraadpleegd. Verschillende wetten zoals het EVRM en het BW zijn geraadpleegd, maar ook jurisprudentie met betrekking tot artikel 6 EVRM en de verjaring van witwassen is gebruikt voor de beantwoording van deze vraag. Literatuur van bijvoorbeeld Mevis is ook gebruikt. Al deze bronnen zijn nodig geweest om een duidelijk beeld te krijgen over de rol die het tijdsverloop speelt en welke rechten daarbij van belang zijn voor de verdachte. De interviews zijn gebruikt om inzicht te krijgen in de denkwijze van de betrokken partijen bij een strafrechtelijke vervolging van witwassen met een groot tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en de daadwerkelijke strafvervolging van het Openbaar Ministerie.

Voor het praktijkgerichte onderzoek zijn twee dossiers van Römken's Fiscale Advocatuur gebruikt. Deze dossiers hebben inzicht gegeven in de benadering van zaken waar dit onderzoek op is toegespitst. Er is geprobeerd andere kantoren te benaderen om aan meer dossier te komen voor een uitgebreider onderzoek, maar dit is uit concurrentieoverwegingen niet gelukt.

1.5 LEESWIJZER

Dit onderzoeksrapport bestaat uit vijf hoofdstukken. In het tweede hoofdstuk wordt gekeken naar de vrijwillige verbetering en de inkeerregeling van de Belastingdienst. In hoofdstuk drie wordt ingegaan op het delict witwassen. Hierbij komt onder andere de geschiedenis, de bewijsconstructie en overige jurisprudentie met betrekking tot witwassen aanbod. Het vierde hoofdstuk gaat vervolgens over het recht op een eerlijk proces bij witwaszaken en de combinatie van het recht op een eerlijk proces met het tijdsverloop in witwaszaken waarbij het vermogen al tientallen jaren terug is verworven. Tot slot worden in het vijfde hoofdstuk de conclusies getrokken naar aanleiding van het onderzoek om tot een antwoord op de centrale vraag te komen. Bovendien zullen er in dat hoofdstuk aanbevelingen aan de opdrachtgever worden gedaan.

De conclusies van dit onderzoek zijn opgesteld aan de hand van het beslissingsmodel van artikel 348/350 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: WvSv).¹²

Voor de leesbaarheid wordt nog opgemerkt dat waar 'hij' en 'zijn' staat in dit onderzoek ook 'zij' en 'haar' gelezen kan worden.

¹² Bleichrodt-Verbaan-Verbeek/Koopmans 2013.

HOOFDSTUK 2 DE VRIJWILLIGE VERBETERING

Een ieder die door de inspecteur van de Belastingdienst wordt uitgenodigd tot het doen van aangifte is verplicht de belastingaangifte te doen, zo volgt uit artikel 6 AWR. Ook indien iemand geen uitnodiging ontvangt, maar verwacht geld terug te krijgen of geld te moeten betalen, is diegene verplicht op de belastingaangifte te doen.¹³ In sommige gevallen doet een belastingplichtige geen, geen volledige of een onjuiste belastingaangifte. In de jaren tachtig en negentig hebben veel (vermogende) Nederlanders hun vermogen verplaatst naar het buitenland, waaronder Zwitserland en Luxemburg. Dit had voornamelijk als doel om een hoge rente over het vermogen te ontvangen en geen belasting af te hoeven dragen. Deze personen hielden deze bankrekening uit het zicht door bij de belastingaangifte niets over deze rekening en het vermogen waarover zij beschikten, te melden. Deze mensen hebben een onjuiste belastingaangifte gedaan. Ten gevolge van het bankgeheim dat in veel gevallen gold, kon de Belastingdienst hier haast niet achter komen.

In de eerste paragraaf zal gekeken worden naar de inkeerregeling. Dit is een regeling van de Belastingdienst om een onjuiste belastingaangifte vrijwillig te verbeteren. In de tweede paragraaf wordt ingegaan op de belastingfraude, strafbaar gesteld in artikel 69 AWR. Daarna wordt de afspraak tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie met betrekking tot de inkeerregeling en een strafvervolgning voor witwassen besproken. Het hoofdstuk bevat ook een praktijkgedeelte en eindigt met een tussenconclusie.

2.1 DE INKEERREGELING

Om vrijwillig de onjuiste aangifte te verbeteren, kan de belastingplichtige gebruik maken van de zogenoemde inkeerregeling van de Belastingdienst.¹⁴

De procedure is als volgt. De belastingplichtige meldt bij de Belastingdienst dat hij de onjuiste aangifte vrijwillig wil verbeteren. Dit kan met het formulier 'Melding vrijwillige verbetering' van de Belastingdienst, dat zowel online als bij de Belastingkantoren beschikbaar is. Belastingplichtigen kunnen zich ook laten bijstaan door een advocaat en/of belastingkundige om de inkeerprocedure zo zorgvuldig mogelijk te doorlopen. Als de inkeermelding is gedaan, stuurt de Belastingdienst een ontvangstbevestiging. Daarna sturen zij een brief met het verzoek om alle inkomsten en vermogensgegevens op te sturen en een overzicht te maken van het verloop van de banksaldo's aan de hand van een vragenlijst. Hierin vraagt de Belastingdienst onder andere naar de herkomst van het vermogen. Ook dient een toelichting te worden gegeven op grote opnamen en stortingen.¹⁵ Bij de inkeerregeling wordt volledige openheid van zaken verlangd door de Belastingdienst.¹⁶ De Belastingdienst maakt vervolgens een berekening van de nog verschuldigde belasting en rente en legt dit bedrag vast in een vaststellingsovereenkomst die de belastingplichtige en de Belastingdienst ondertekenen. De Belastingdienst zal voor het totaalbedrag een navorderingsaanslag opleggen, aan de hand waarvan het nog verschuldigde bedrag aan belasting alsnog door de belastingplichtige voldaan moeten worden.¹⁷

De inkeerregeling kwam in 2009 voor het eerst groot in het nieuws. Voor de zogenoemde zwartsparenders met een verzwegen vermogen op een buitenlandse bankrekening werd de druk steeds groter om het buitenlandse vermogen toch aan te geven bij de Belastingdienst. Dit omdat de overheid steeds meer aandacht besteedde aan verzwegen vermogen en het

¹³ 'Maximumbedragen en aanslaggrenzen', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl; zie ook 'Wanneer moet u aangifte doen?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

¹⁴ 'Inkeerregeling: vrijwillig alsnog aangifte doen of uw aangifte verbeteren', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

¹⁵ 'Hoe werkt vrijwillige verbetering?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

¹⁶ 'Buitenlands vermogen alsnog aangeven (Inkeerregeling)', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

¹⁷ 'Hoe werkt vrijwillige verbetering?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

bankgeheim in de toekomst opheffen zou worden. Veel zwartspvaarders hebben toen gebruik gemaakt van de inkeerregeling. Met ingang van 2010 is de inkeerregeling aangepast. De zwartspvaarder die van de inkeerregeling gebruik maakte moest een boete van vijftien procent en vanaf juli 2010 een boete van dertig procent betalen over de nog verschuldigde belasting.¹⁸ De maximale boete die de Belastingdienst kan opleggen in het geval dat ze een zwartspvaarder zelf op het spoor komen, werd in dat jaar ook verhoogd van honderd procent naar driehonderd procent.¹⁹ Indien een vrijwillige verbetering gedaan wordt binnen twee jaar nadat de onjuiste aangifte is gedaan, wordt er geen boete opgelegd.²⁰

Van september 2013 tot en met juni 2014 is de inkeerregeling opnieuw in het nieuws gekomen toen de regeling tijdelijk versoepeld werd door toenmalig staatssecretaris van Financiën.²¹ Na deze versoepeling kwam er een nieuw heffingssysteem waar goedwillende eerder duidelijkheid kregen en de regels voor kwaadwillende strenger werden. Een reden hiervoor was onder andere het geluid vanuit de Europese Unie over de opheffing van het bankgeheim. De zwartspvaarders die zich in deze periode bij de Belastingdienst hebben gemeld, konden boetevrij inkeren. De staatssecretaris heeft toentertijd aangegeven dat dit de laatste versoepeling zou zijn.²²

Vanaf 1 juli 2014 tot 1 juli 2015 gold de oude inkeerregeling weer met een boete van dertig procent. Daarna is de regeling telkens verder aangescherpt.²³

2.2 BELASTINGFRAUDE

Met ingang van 1 januari 1998 is artikel 69 AWR in werking getreden.²⁴ Dit artikel stelt het opzettelijk niet, niet tijdig, onvolledig en/of onjuist doen van een belastingaangifte strafbaar, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven. Dit handelen wordt gekwalificeerd als belastingfraude. Daarbij kan nog worden gezegd dat een onvolledige aangifte per definitie resulteert in een onjuiste aangifte.²⁵

In het commune strafrecht kan niet meer teruggekomen worden op een voltooid delict, hoe groot het berouw ook is en ondanks eventuele daden die onmiddellijk alle nadelige gevolgen van het voltooide delict opheffen.²⁶ Op grond van artikel 46b WvSr bestaan voorbereiding noch poging tot een misdrijf, indien het delict niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de verdachte. Dit is de vrijwillige terugtred en ziet alleen toe op onvoltooide delicten. Het geval waarin de politie de dader op de hielen zit waardoor het delict niet meer wordt voltooid, wordt niet gezien als vrijwillige terugtred.²⁷ In het fiscale recht ligt dit echter anders en kan ook op voltooide delicten worden teruggekomen door middel van de vrijwillige verbetering.

In het derde lid van artikel 69 AWR wordt de vrijwillige verbetering genoemd. Hierin is bepaald dat het recht tot strafvervolgning op de voet van dat artikel vervalt, indien de schuldige alsnog een juiste en volledige aangifte doet voordat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de Belastingdienst en/of het Openbaar Ministerie bekend is of bekend zal

¹⁸ 'Inkeerregeling', *Financieel Onderzoeksbureau Apeldoorn* geraadpleegd op 22 september 2016, Inkeer.nl.

¹⁹ 'Inkeerregeling boete', *Inkeerregeling-belastingdienst* geraadpleegd op 22 september 2016, Inkeerregeling-belastingdienst.nl.

²⁰ 'Boete bij vrijwillige verbetering', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

²¹ 'Weekers versoepelt tijdelijk inkeerregeling voor zwartspvaarders', *Rijksoverheid* 03 september 2013, Rijksoverheid.nl.

²² 'Weekers versoepelt tijdelijk inkeerregeling voor zwartspvaarders', *Rijksoverheid* 03 september 2013, Rijksoverheid.nl. Zie ook 'Inkeerregeling boete', *Inkeerregeling-belastingdienst* geraadpleegd op 22 september 2016, Inkeerregeling-belastingdienst.nl.

²³ 'Weekers versoepelt tijdelijk inkeerregeling voor zwartspvaarders', *Rijksoverheid* 03 september 2013, Rijksoverheid.nl. Zie ook 'Inkeerregeling boete', *Inkeerregeling-belastingdienst* geraadpleegd op 22 september 2016, Inkeerregeling-belastingdienst.nl.

²⁴ *Stb.* 1997, 738.

²⁵ Waar in dit rapport wordt gesproken over de onjuiste aangifte wordt ook de onvolledige, niet tijdige of opzettelijk niet gedane aangifte bedoeld.

²⁶ Smidt en Smidt 1981, 423.

²⁷ De Hullu 2015, p. 423.

worden met de onjuistheid van de aangifte. Door een onjuiste belastingaangifte te doen, heeft de belastingplichtige zich schuldig gemaakt aan belastingfraude. Dit derde lid geeft de mogelijkheid om nog terug te komen op de gepleegde fraude door de aangifte vrijwillig te verbeteren. Door de belastingaangifte vrijwillig te verbeteren, is strafvervolgning ter zake van belastingfraude dus niet meer mogelijk. Deze vervolgingsuitsluitingsgrond is ontstaan, omdat de belastingplichtige die eenmaal is begonnen met frauderen zich genoodzaakt ziet om daarmee door te gaan, zolang hij niet verzekerd is van straffeloosheid bij het verbeteren van de aangifte.²⁸ Daarnaast brengt het voor de Rijksschatkist miljoenen euro's op indien de aangiftes vrijwillig worden verbeterd.²⁹ In beginsel heeft artikel 69 lid 3 AWR slechts een persoonlijke werking. Mededaders die niet (tegelijkertijd) tot inkeer komen, blijven strafbaar.³⁰ Op het moment dat de inspecteur van de Belastingdienst een boekenonderzoek heeft aangekondigd, vragen heeft gesteld over de aangifte of het buitenlandse vermogen of dat de FIOD, de opsporingsdienst van de Belastingdienst, heeft gemeld dat er een onderzoek loopt in verband met de aangifte kan een onjuiste aangifte niet meer vrijwillig verbeterd worden.³¹ Dat een zwartsparder zelf bang is dat de Belastingdienst achter zijn verzwegen vermogen komt, is geen reden om de onjuiste aangifte niet meer vrijwillig te kunnen verbeteren.³²

2.3 DE AFSpraak

De inkeerregeling in combinatie met de strafvervolgning van het aan die inkeer ten grondslag liggende feitencomplex heeft nogal wat stof doen opwaaien.

De Hoge Raad heeft op 7 oktober 2008 een uitspraak gedaan waar de vraag aan de orde kwam of vermogensbestanddelen die oorspronkelijk op legale wijze zijn verkregen, maar waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken onder het bestanddeel 'afkomstig uit enig misdrijf' van de witwasbepaling uit artikel 420bis en 420quater WvSr viel.³³ De Hoge Raad merkte allereerst op dat de tekst van de wet geen beperkingen stelt aan de reikwijdte van de witwasbepalingen.³⁴ Ook is in deze uitspraak naar de geschiedenis van de totstandkoming van de witwasbepalingen gekeken, waaruit de Hoge Raad heeft afgeleid dat de wetgever geen andere beperking aan de bepalingen heeft gegeven dan dat het gronddelict van witwassen een misdrijf moet zijn.³⁵ Geconcludeerd wordt dat belastingfraude als gronddelict van witwassen kan worden aangemerkt en inkeerders zich dus naast de belastingfraude ook schuldig maken aan witwassen. In het volgende hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de witwasbepaling.

In reactie op deze uitspraak zijn er op 23 oktober 2008 Kamervragen gesteld aan de Minister van Justitie en de staatssecretaris van Financiën over de onwenselijke samenloop van het doen van een vrijwillige verbeterde belastingaangifte en het strafrechtelijk vervolgen voor witwassen.³⁶ Uit de vragen blijkt dat door de uitspraak van de Hoge Raad de angst is ontstaan dat artikel 69 lid 3 AWR feitelijk buiten werking is gesteld en dat het doen van een vrijwillige verbetering daardoor onmogelijk is geworden doordat er strafrechtelijk vervolgd kan worden voor witwassen. Uit het antwoord blijkt dat er twee situaties te onderscheiden zijn.

- I. Het gaat om belastingfraude waarbij inkomsten met een illegaal karakter zijn verzwegen.
- II. Het gaat om belastingfraude waarbij legale inkomsten zijn verzwegen.

²⁸ *Kamerstukken II* 1954/55, 4080, nr. 3, p. 28 (MvT).

²⁹ 'Ruim 12.000 mensen biechten vermogen op aan Belastingdienst', *Rijksoverheid* 15 juli 2014, rijksoverheid.nl.

³⁰ Valkenburg 2007, p. 33.

³¹ 'Wanneer kunt u gebruikmaken van vrijwillige verbetering?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

³² 'UBS inkeerders: verweert u tegen hoge boetes en strafvervolgning', *Jaeger Advocaten – Belastingkundige* 27 juli 2016, blog.jaeger.nl.

³³ HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774, r.o. 3.5.

³⁴ HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774, r.o. 3.6.

³⁵ HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774, r.o. 3.7.

³⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 959.

Bij de eerste situatie is de belastingfraude het min of meer noodzakelijke gevolg van een ander, algemeen delict, zoals drugshandel, waar de criminele inkomsten voor de Belastingdienst zijn verzwegen om daarmee te voorkomen dat de Belastingdienst en/of het Openbaar Ministerie achter het oorspronkelijke delict kom(t)(en). Indien in dergelijke gevallen sprake is van een vrijwillige verbetering zal voor belastingfraude geen strafrechtelijke vervolging worden ingesteld. Het Openbaar Ministerie wordt wel ingelicht over het vermoeden van gepleegde commune delicten, waaronder mogelijk het witwassen.

Bij de tweede situatie is het witwassen een gevolg van de belastingfraude. In deze gevallen zal in de geest van artikel 69 lid 3 AWR worden gehandeld en zal de Belastingdienst geen melding van de inkeer en het verzwegen vermogen bij het Openbaar Ministerie doen.

Vervolgens zijn in maart 2009 opnieuw Kamervragen gesteld die toegespitst zijn op de rechtsbescherming tegen vervolging ter zake van witwassen in geval van vrijwillige verbetering in situaties waarbij sprake is van belastingfraude door het verzwijgen van legale inkomsten.³⁷ Nu wordt opgemerkt dat een inkeerder alleen beschermd is tegen strafrechtelijke vervolging voor het delict witwassen, omdat de Belastingdienst geen melding zal doen bij het Openbaar Ministerie in het geval er sprake is van een vrijwillige verbetering van verzwegen legaal vermogen. Komt de informatie met betrekking tot het verzwegen vermogen op een andere manier onder de aandacht van het Openbaar Ministerie, dan mogen zij toch tot strafvervolging voor witwassen overgaan. De toezegging dat de Belastingdienst geen melding zal doen bij het Openbaar Ministerie heeft dan nog amper een betekenis voor de rechtsbescherming van de inkeerder. De toenmalig Minister van Justitie licht toe dat de bescherming tegen vervolging voor witwassen, in het geval dat de belastingplichtige zijn aangifte vrijwillig verbetert in situaties waarbij sprake is van belastingontduiking van legaal verkregen vermogen, berust op een afspraak tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie om in dergelijke situaties te handelen in de geest van artikel 69 lid 3 AWR. Aangezien de informatie ook op een andere manier dan via de Belastingdienst het Openbaar Ministerie kan bereiken, heeft de minister toegezegd het College van Procureurs-Generaal te verzoeken een aanwijzing te geven. Die aanwijzing zou moeten inhouden dat er geen vervolging voor witwassen zal worden ingesteld, indien sprake is van een vrijwillige verbetering in de zin van artikel 69 lid 3 AWR bij verzwegen legale inkomsten, ongeacht de wijze waarop het Openbaar Ministerie daar kennis van krijgt.

Ondanks de ogenschijnlijk duidelijke afspraak tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie blijft de inkeerregeling en een eventuele strafrechtelijke vervolging ter zake van witwassen een regelmatig terugkerend onderwerp. De wetgever heeft het onnodig geacht om een wetswijziging door te voeren met betrekking tot hetgeen uit de afspraak tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie voortvloeit.³⁸ Op het moment dat het idee, op welke manier dan ook, ontstaat dat het geld niet op legale wijze is verworven, loopt een inkeerder alsnog het risico om strafrechtelijk vervolgd te worden voor witwassen, ook al is de inkeerprocedure op een volledige en juiste wijze doorlopen.³⁹

2.4 DE PRAKTIJK

Om antwoord te krijgen op de vraag hoe in de praktijk met bovenstaande theorie wordt omgegaan, wordt in deze paragraaf de belangrijkste informatie uit de afgenomen interviews behandeld en zal de meest relevante informatie met betrekking tot dit hoofdstuk uit de geraadpleegde dossiers worden gebruikt in de "Rode Draad". In de Rode Draad wordt gekeken naar de dagelijkse praktijk met betrekking tot zaken zoals in dit onderzoek centraal staan, aan de hand van twee nog lopende dossiers uit de dagelijkse praktijk. De Rode Draad volgt elkaar in elk hoofdstuk op. Waar het in de paragraaf van de interviews gaat over de Belastingdienst wordt verwezen naar het interview in bijlage I, voor het Openbaar Ministerie naar bijlage II, voor de rechter naar bijlage III en voor de advocaat wordt

³⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2064.

³⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 959. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2064.

³⁹ 'Bom onder de inkeerregeling onschadelijk gemaakt', *Taxlive* 18 februari 2016, *Taxlive.nl*.

verwezen naar bijlage IV. Indien het onduidelijk is waar bepaalde informatie vandaan komt, wordt in de voetnoot naar de betreffende bijlage verwezen.

2.4.1 INTERVIEWS

Nadat bij de Belastingdienst de inkeermelding is binnengekomen, wordt een vragenlijst aan de belastingplichtige toegestuurd waarmee volledige openheid van zaken gegeven moet worden. Deze vragenlijst wordt over het algemeen vrij slecht ingevuld. Op het moment dat er te veel tijd verstrijkt voordat de belastingplichtige een reactie geeft, kan door de Belastingdienst een informatiebeschikking worden opgesteld. Op dat moment is geen sprake meer van een vrijwillige verbetering. Op de vragenlijst wordt gevraagd naar de herkomst van het geld. Deze vraag is voor de Belastingdienst van belang om de hoogte van de navordering te kunnen vaststellen. Zo is er een verschil in hoogte in de belasting die betaald moet worden tussen vermogen uit een erfenis of vermogen door winst van een onderneming. Voor de Belastingdienst maakt het, in tegenstelling tot het Openbaar Ministerie, niet uit of het geld legaal of illegaal verkregen is. Hoe het Openbaar Ministerie beoordeelt of vermogen illegaal of legaal verkregen is, is onderdeel van hun strategische aanpak. Het kan wel zijn dat ze overleggen met de Belastingdienst om te kijken of het bedrag past binnen de vermogenspositie van de belastingplichtige. In principe wordt er geen strafvervolgning meer ingesteld op het moment dat iemand heeft ingekeerd, zo klinkt het vanuit de Belastingdienst. In het geval dat er een verdenking is van een commun delict, kan en mag dit wel doorspeeld worden naar het Openbaar Ministerie. De Belastingdienst is verplicht om delicten zoals moord en doodslag te melden.

Zowel het Openbaar Ministerie als de Belastingdienst zijn daadwerkelijk bekend met de afspraak om geen strafvervolgning voor witwassen in te stellen, indien iemand een vrijwillige verbetering met betrekking tot zijn legaal verkregen vermogen heeft gedaan. Deze afspraak is intern vastgelegd. De Belastingdienst beschikt over veel informatie betreffende iedere belastingplichtige, zij kijken zorgvuldig welke informatie met welke instantie gedeeld mag worden en met welk doel dat is. Zo nodig treden de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie in overleg.

In 2014 is het AMLC aangesloten bij het project Inkeer. Dit is gebeurd om te voorkomen dat de Belastingdienst met criminele fiscale inkeerders een vaststellingsovereenkomst af zou sluiten. Binnen dit project werden alle inkeerverzoeken die in de periode van de versoepelde inkeer, september 2013 tot en met juni 2014, zijn ontvangen, beoordeeld op een mogelijke criminele herkomst van de ingekeerde vermogens. Het AMLC beoordeelt nog steeds elk inkeerverzoek. De beoordeling ziet toe op het volgende:

- beoordeling door de klantbehandelaar van het inkeerverzoek aan de hand van witwas-indicatoren;
- matching door Financial Intelligence Unit - Nederland aan politionele bestanden;
- matching door AMLC aan Blueview-mutaties, het zoekstelsel van de politie, gericht op geld en genererende delicten.⁴⁰

Het AMLC is geïnteresseerd in de inkeer, omdat er gevallen bekend zijn waarbij belastingplichtigen door gebruik te maken van de inkeerregeling, vermogen met een illegale herkomst hebben witgewassen. Indien het AMLC tegen een verdachte situatie aan loopt wordt de informatie doorspeeld aan het Openbaar Ministerie. Het AMLC wordt gezien als een schakel tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie.

2.4.2 RODE DRAAD I

De dossiers die in de Rode Draad worden besproken, worden dossier A en dossier B genoemd.

A: In dossier A heeft de betrokkene tijdens de versoepelde inkeerprocedure van september 2013 tot en met juni 2014 gebruikgemaakt van de inkeerregeling. De betrokkene had sinds de jaren tachtig een bankrekening in Zwitserland die hij nooit in zijn belastingaangifte heeft aangegeven. De betrokkene heeft deze onjuiste aangifte vrijwillig willen verbeteren.

⁴⁰ Zo blijkt uit dossier B.

Volgens de betrokkene was het vermogen afkomstig van legaal inkomen dat is gespaard en de rente daarover. Deze inkeerprocedure is volledig afgehandeld en de verschuldigde belasting is door de betrokkene betaald.

Vervolgens wordt in 2015 binnen het project Vermogen in het Buitenland (hierna VIB) waar ook de inkeer onder valt het project Debet-/creditcards gestart. Dit project houdt zich bezig met betalingen in Nederland met buitenlandse debet-/creditcards met als doel het traceren van het buitenlands vermogen van Nederlandse ingezetenen. Uit dit project is een aantal gebruikers van de debet-/creditcards naar voren gekomen. De betrokkene maakte gebruik van een buitenlandse debet-creditcard en is door het onderzoek in beeld gekomen. Tegen hem is een strafrechtelijk onderzoek gestart. Tijdens het strafrechtelijk onderzoek is opnieuw gekeken naar de inkeerprocedure van de betrokkene. Bij de toetsing door het AMLC van de inkeerprocedure van de betrokkene, is echter niets verdachts naar voren gekomen.

B: Het tweede dossier, dossier B, heeft betrekking op twee betrokkenen, vader en zoon. Het gaat hier om twee zaken die gebundeld zijn in één dossier. In 2014, in de periode dat de versoepelde inkeerregeling van toepassing was, zijn zowel vader als zoon ingekeerd bij de Belastingdienst. De bankrekeningen zijn begin jaren negentig geopend en sinds 2001 hebben er bij zowel vader als zoon geen stortingen meer plaatsgevonden. Wel is er diverse keren geld opgenomen ten behoeve van vakanties en huisinrichting. Over de herkomst van het geld heeft zoon verklaard dat het privé vermogen c.q. gespaard inkomen betreft en de rente daarover. In een aanvullende verklaring wordt over dat inkomen gezegd dat zoon in het verleden in diverse tweedehands goederen heeft gehandeld in Zuid/Oost-Europa. Ook bij vader staat in de verklaring dat het om inkomen gaat, dat in de loop der jaren is gespaard en de rente daarover. Tussen de Belastingdienst en vader en zoon zijn vaststellingsovereenkomsten getekend met betrekking tot het na te vorderen bedrag evenals de heffingsrente. Het vastgestelde bedrag is in beide zaken betaald.

Zoon is door het AMLC gematcht aan een registratie in de justitiële documenten. Het betreft een veroordeling voor het overtreden van de Opiumwet in 2001. Zoon komt ook voor in een registratie van een Belgisch verzoek tot politionele bijstand in 2011 waarbij een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd en er een doorzoeking plaatsvond in het bedrijfspand van zoon en zijn broer. Hierbij zijn drugs aangetroffen. Naar aanleiding van deze match heeft het AMLC bij de behandelaar van de Belastingdienst de dossiers van zowel vader als zoon opgevraagd.

Geconcludeerd kan worden dat dossier A en B totaal verschillend van elkaar zijn. Bij dossier B wordt direct na de inkeer een strafrechtelijk onderzoek gestart naar witwassen, terwijl dit in dossier A pas later gebeurt, binnen een ander project van het VIB waar opnieuw wordt gekeken naar de inkeer. Binnen het strafrechtelijk onderzoek in dossier B is dan ook meer aandacht geweest voor de inkeer dan in dossier A, waar het onderzoek zich veel meer op witwassen heeft gericht. In dossier A wordt onderzoek gedaan naar de herkomst van het geld dat de betrokkene al jaren uitgeeft in casino's, terwijl dit geld niet verklaarbaar is uit zijn vermogen dat bekend is bij de Belastingdienst en het vermogen waarvoor hij heeft ingekeerd. In beide gevallen is de inkeerprocedure wel volledig doorlopen. In dossier B is er geen reden geweest om de inkeerprocedure te onderbreken om te voorkomen dat er met criminele inkeerders een vaststellingsovereenkomst werd afgesloten. Toch is in deze zaak naderhand een strafrechtelijk onderzoek gestart, omdat er een tweetal verdachte matches zijn gevonden bij zoon. Bij vader is een dergelijke match niet gevonden, desalniettemin zijn ook zijn gegevens opgevraagd en is een strafrechtelijk onderzoek naar hem gestart.

2.5 TUSSENCONCLUSIE

In dit hoofdstuk is te zien dat artikel 69 AWR het opzettelijk niet, niet tijdig, onvolledig en/of onjuist doen van een belastingaangifte strafbaar stelt, indien het feit er toe strekt dat te weinig belasting wordt geheven. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat het recht tot strafvervolgning op de voet van het artikel vervalt, als de belastingschuldige alsnog een juiste en volledige aangifte doet, voordat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de

Belastingdienst en/of het Openbaar Ministerie bekend is of bekend zal worden met de onjuistheid van de aangifte. Dit is de vrijwillige verbetering.

In 2008 heeft de Hoge Raad vastgesteld dat belastingfraude onder de reikwijdte van het delict witwassen valt, het vormt namelijk het gronddelict om tot een witwashandeling te komen. Deze uitspraak in samenhang met de vrijwillige verbetering van artikel 69 AWR heeft geleid tot een aantal Kamervragen. Uit het antwoord op deze vragen is een afspraak tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie naar voren gekomen. In de gevallen dat de belastingplichtige zijn aangifte vrijwillig verbeterd, waarbij het gaat om belastingfraude met legaal verkregen vermogen, wordt gehandeld in de geest van artikel 69 lid 3 AWR en zal ook strafvervolgning voor witwassen zijn uitgesloten.

HOOFDSTUK 3 – WITWASSEN

Om tot een duidelijk beeld van witwassen te komen, wordt in dit hoofdstuk een toelichting gegeven op de strafbepaling van witwassen en in het kort de geschiedenis daarvan. Daarna zal gekeken worden naar de bewijsconstructie van witwassen, gevolgd door een verdieping in het vermoeden van witwassen en de verklaring van de verdachte in respectievelijk de derde en vierde paragraaf. Voorts komt een aantal relevante kwalificatie-uitsluitingsgronden aan bod die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld. In de zesde paragraaf komt de praktijk weer aan bod. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

3.1 DE ACHTERGROND VAN WITWASSEN

Op 14 december 2001 is met een wetswijziging de strafbaarstelling van witwassen inwerking getreden.⁴¹ Opzetwitwassen, gewoontewitwassen en schuldwitwassen zijn strafbaar gesteld in respectievelijk de artikelen 420bis, 420ter en 420quater WvSr.⁴²

Voordat de witwasbepalingen in de wet waren opgenomen, werd witwassen bestraft via de helingsbepalingen van artikelen 416 en 417 WvSr.⁴³ Een nadeel van deze wijze van strafvervolgung was, dat de heler steler-regel van toepassing is. Deze regel houdt in dat ten aanzien van hetzelfde feitencomplex niet zowel het gronddelict als heling bewezen kan worden verklaard. Als voorbeeld: degene die een telefoon stal en deze telefoon wilde doorverkopen, kon niet voor zowel diefstal als heling vervolgd worden. In de memorie van toelichting is te lezen dat de wetgever van mening was dat witwassen als zelfstandig delict ook strafbaar behoort te zijn.⁴⁴ Met de strafbaarstelling van witwassen is het heler-steler-probleem weggenomen. Voorts sluiten de nieuwe artikelen beter aan bij de internationale en Europese verplichtingen voor de strafbaarstelling van witwassen.⁴⁵

Witwassen wordt gedefinieerd als het verbergen of verhullen van de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of verplaatsing van een voorwerp of het voorhanden hebben van een voorwerp, terwijl diegene weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. Dit blijkt uit artikel 420bis lid 1 sub a WvSr. Het verwerven, voorhanden hebben, overdragen, omzetten of het gebruik maken van een voorwerp waarvan diegene weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf valt onder de strafbepaling van witwassen van artikel 420bis lid 1 sub b WvSr.

In de memorie van toelichting op de wijziging van het WvSr zijn de bestanddelen uit de artikelen van opzetwitwassen en schuldwitwassen nader toegelicht. De bestanddelen zullen hieronder kort worden besproken.

Het <verbergen of verhullen> is erop gericht het zicht op de werkelijke aard, herkomst, enzovoort. van het voorwerpen te beletten. Vaak zal het gaan om een reeks van handelingen, die tezamen een geval van witwassen opleveren. Een enkele handeling zal onvoldoende zijn om van witwassen te spreken.⁴⁶

De bestanddelen <verwerven, voorhanden hebben en overdragen> gaan om het hebben van de feitelijke zeggenschap over het voorwerp, waarbij het niet uitmaakt of het voorwerp ook in de fysieke nabijheid van de verdachte is.⁴⁷ Het <gebruik maken> van het voorwerp spreekt voor zich. Bij het <omzetten> gaat het om handelingen waarbij het voorwerp wordt verwisseld met een ander voorwerp, om het voorwerp weer in het legale verkeer te brengen.⁴⁸ Het omzetten van geld in sieraden is daar een goed voorbeeld van.

⁴¹ *Stb.* 2001, 606.

⁴² Om het overzicht te bewaren, is ervoor gekozen om voornamelijk artikel 420bis WvSr toe te passen op dit onderzoek.

⁴³ Van Leeuwen *DD* 2011/23, p. 3.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 6.

⁴⁵ Kooijmans *DD* 2014/39, p. 4.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1990/00, 27 159, nr. 3.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 15.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 15.

De bestanddelen uit artikel 420bis en 420quater WvSr, <weten> respectievelijk <redelijkerwijs moeten vermoeden>, maken het verschil tussen opzetwitwassen en schuldwitwassen. Weten is namelijk de uitdrukking van opzet en het redelijkerwijs moeten vermoeden ziet toe op schuld.⁴⁹

Onder het bestanddeel <voorwerp> worden alle zaken en alle vermogensrechten verstaan. Uit artikel 3 van boek 3 van het BW zijn zaken de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Naast het voor de hand liggende witwassen van contant geld, kan het ook gaan om een vorderingsrecht uit geldlening die verborgen of verhuuld wordt.

Het bestanddeel <afkomstig uit enig misdrijf> brengt in de praktijk vaak problemen met zich mee. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het voldoende is, dat wordt (tenlastegelegd en) bewezen dat het voorwerp afkomstig is uit enig misdrijf. De rechter hoeft niet te identificeren welk specifiek misdrijf aan het voorwerp ten grondslag ligt.⁵⁰

Tot slot ziet het bestanddeel <onmiddellijk of middellijk> toe op zowel de directe als indirecte opbrengsten uit enig misdrijf. Dit bestanddeel is voornamelijk opgenomen in de bepaling om in alle stappen van het witwastraject de handelingen gericht op het witwassen, effectief te kunnen vervolgen.⁵¹ Daarbij moet worden opgemerkt dat het voorwerp niet in zijn geheel uit enig misdrijf afkomstig hoeft te zijn. Een voorwerp zoals een auto die deels gefinancierd is met crimineel geld en deels met legaal geld is nog steeds afkomstig uit enig misdrijf.

Het witwassen zoals opgenomen in artikel 420ter WvSr bestaat uit het herhaaldelijk plegen van het witwassen en het witwassen in de uitoefening van het beroep op bedrijf van de dader. Dit artikel bevat geen andere bestanddelen dan die hierboven zijn besproken.⁵²

3.2 BEWIJS IN WITWASZAKEN

De bewijsconstructie met betrekking tot witwassen is voornamelijk in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkeld. Om een duidelijk beeld te krijgen hoe de Hoge Raad deze constructie heeft vorm gegeven, zal uit een aantal relevante uitspraken de belangrijkste overwegingen worden besproken. Daarna zal de bewijsconstructie worden toegelicht en wordt ook een arrest van het gerechtshof besproken waarin de bewijsconstructie duidelijk naar voren komt.

3.2.1 JURISPRUDENTIE

Geldkoerier I – Negatieve bewijsregel

Om tot een bewezenverklaring te komen in deze zaak heeft het gerechtshof gekeken naar de omstandigheden waaronder het misdrijf is begaan.⁵³ Hierbij werd gekeken naar de wijze waarop het geld bij de verdachte is aangetroffen, hoe het geld werd vervoerd en hoe hij het geld had verkregen. Ook is gekeken naar de verklaring van de verdachte. De Hoge Raad heeft gekeken naar het doel en de strekking van artikel 420bis WvSr en het genoemde artikel in het licht van de wetsgeschiedenis bekeken. Geconcludeerd wordt, dat het niet vereist is dat voor een bewezenverklaring van het bestanddeel <afkomstig uit enig misdrijf> uit de bewijsmiddelen moeten blijken dat het voorwerp afkomstig is van een nauwkeuring aangeduid misdrijf.⁵⁴ Uit de bewijsmiddelen hoeft niet te worden afgeleid door wie, waar en wanneer het misdrijf concreet is begaan.⁵⁵ Voldoende is dat uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat het voorwerp afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf.

Geldkoerier II – Verklaring van verdachte

Het gerechtshof heeft bij de bewezenverklaring in deze zaak waarde gehecht aan de verklaringen van de verdachte. De verdachte gaf wisselende en tegenstrijdige verklaringen

⁴⁹ Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 15.

⁵⁰ Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 16.

⁵¹ Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 17.

⁵² V. Mul, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, art. 420bis Sr, aant. 10.

⁵³ HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124, r.o. 3.6.1.

⁵⁴ HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124.

⁵⁵ HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124.

met betrekking tot het doel van haar reis, de bestemming en de herkomst van het geld.⁵⁶ Volgens de Hoge Raad gaven de overwegingen van het gerechtshof om waarde te hechten aan de wisselende verklaringen, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is er toereikend gemotiveerd door het gerechtshof om de tegenstrijdige verklaringen in het nadeel van de verdachte te gebruiken.⁵⁷ De verklaring van de verdachte kan dus een rol spelen bij de bewezenverklaring.

Cambio – Nader onderzoek

In deze zaak kon niet direct een verband worden gelegd tussen het aangetroffen geld en een bepaald misdrijf, maar op grond van feiten en omstandigheden kon toch een vermoeden ontstaan dat het geld afkomstig was uit enig misdrijf.⁵⁸ De verdachte had echter een verklaring gegeven over de herkomst van het geld. De Hoge Raad merkte op dat het niet aan de verdachte is om te bewijzen dat het geld niet van enig misdrijf afkomstig is. In dit geval had het gerechtshof vastgesteld dat de verklaring niet hoogst onwaarschijnlijk was en bij de beoordeling van het bewijs niet zonder meer terzijde mocht worden geschoven.⁵⁹ Er was dus aanleiding voor het Openbaar Ministerie om nader onderzoek te doen.

Geldkoerier III – Geen nader onderzoek

Aan de verdachte was ten laste gelegd dat hij op Schiphol een groot geldbedrag voorhanden heeft gehad dat uit enig misdrijf afkomstig was, oftewel: witwassen.⁶⁰ De verdachte heeft dit betwist en kreeg de mogelijkheid om aan te tonen dat het geld een legale herkomst had. De verdachte heeft aan het gerechtshof geen verifieerbare gegevens kunnen overleggen. Het gerechtshof heeft daarmee, aldus de Hoge Raad, tot uitdrukking gebracht dat de verdachte geen concrete, verifieerbare en niet hoogst onwaarschijnlijke verklaring heeft gegeven voor de herkomst van het geld. Hierdoor hoeft geen nader onderzoek ingesteld te worden naar de herkomst van het geld en kon het, gelet op de feiten en omstandigheden, niet anders dan dat het geld afkomstig was uit enig misdrijf.⁶¹

3.2.2 DE BEWIJSCONSTRUCTIE

Voor strafzaken met betrekking tot witwassen lijkt de Hoge Raad een bewijsconstructie voor ogen te hebben. De constructie wordt afgeleid uit de hiervoor besproken arresten. De bewijsconstructie ziet er in het kort als volgt uit:

- I. Het is aan het Openbaar Ministerie om bewijs te leveren van feiten en omstandigheden die een vermoeden van witwassen opleveren.
- II. Wanneer het vermoeden van witwassen is ontstaan, wordt de verdachte aangekeken. Hij zal een verklaring voor de afkomst van het geld moeten geven die concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk is. Die verklaring moet worden gezien als tegenwicht voor het witwasvermoeden.
- III. Is de verdachte in staat een dergelijke verklaring te geven, dan ontstaat de noodzaak tot het doen van nader onderzoek. Dit onderzoek is noodzakelijk omdat anders niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen. De rechter kan nader onderzoek instellen, maar kan daar ook de verdachte de ruimte voor geven. De rechter kan ook vaststellen dat die verplichting reeds bij het Openbaar Ministerie lag.

De bewijslast moet niet op de verdachte komen te rusten, maar de verdachte zal met zijn verklaring twijfel moeten zaaien met betrekking tot het vermoeden van het Openbaar Ministerie.⁶²

Het gerechtshof Amsterdam heeft in 2013 de bewijsconstructie die voortvloeit uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zoals hierboven is besproken als beoordelingskader

⁵⁶ HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094.

⁵⁷ HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094, r.o. 3.5.

⁵⁸ HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, r.o. 2.5.

⁵⁹ HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, r.o. 2.6.

⁶⁰ HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471.

⁶¹ HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471, r.o. 2.3.

⁶² Van Leeuwen, *DD* 2011/23, p. 16.

opgenomen in een witwaszaak. Deze uitspraak wordt ook wel het zes stappen-arrest genoemd. Het beoordelingskader is als volgt:

- I. Bij de beoordeling dient als uitgangspunt te worden genomen dat er geen direct bewijs voor brondelicten aanwezig is.
- II. Daarbij dient de toetsing door de zittingsrechter de volgende stappen te doorlopen. Allereerst zal moeten worden vastgesteld of de aangedragen feiten en omstandigheden van dien aard zijn dat zonder meer sprake is van een vermoeden van witwassen.
- III. Indien daarvan sprake is, mag van de verdachte worden verlangd dat hij een verklaring geeft voor de herkomst van het geld of de goederen.
- IV. Een dergelijke verklaring dient concreet, min of meer verifieerbaar en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijk te zijn.
- V. Zodra het door de verdachte geboden tegenwicht daartoe aanleiding geeft, ligt het vervolgens op de weg van het Openbaar Ministerie om nader onderzoek te doen naar de, uit de verklaringen van de verdachte blijkende, alternatieve herkomst van het geld en de goederen.
- VI. Uit de resultaten van een dergelijk onderzoek zal dienen te blijken dat met voldoende mate van zekerheid kan worden uitgesloten dat de geldbedragen en de goederen waarop de verdenking betrekking heeft, een legale herkomst hebben en dat derhalve een criminele herkomst als enige aanvaardbare verklaring kan gelden.⁶³

Het gerechtshof heeft hiermee de stappen die uit de jurisprudentie van de Hoge Raad voortvloeien in één arrest overzichtelijk opgesomd. De bewijsconstructie van het zes stappen-arrest komt overeen met de daarboven genoemde constructie, het enige verschil zit hem in de opdeling van het aantal stappen.

3.3 HET VERMOEDEN

De wetgever heeft in de memorie van toelichting op de wijziging van het WvSr opgemerkt dat voor het bewijs in witwaszaken bijzondere aandacht en expertise nodig is van de opsporingsambtenaren, officieren van justitie en de rechter.⁶⁴ Het Openbaar Ministerie en de rechter kunnen gebruik maken van typologieën van witwassen om het vermoeden van witwassen te ondersteunen. Dit valt onder de eerste stap van de bewijsconstructie. Deze typologieën zijn min of meer objectieve kenmerken die, naar de ervaring leert, duiden op het witwassen van opbrengsten van misdrijven.⁶⁵

Wanneer een concreet geval kenmerken van de typologieën vertoont, kan daaraan een vermoeden van witwassen worden ontleend.⁶⁶ Dit vermoeden moet in elk specifieke geval ook nog worden bevestigd door andere bijkomende omstandigheden. Om tot een vermoeden van witwassen te komen is dus meer nodig dan alleen de witwastypologie. Het hangt ook af van andere feiten en omstandigheden.

Een aantal typologieën is vastgelegd.⁶⁷ In de jurisprudentie ontwikkelen zich telkens nieuwe witwastypologieën, waardoor de vastgelegde typologieën niet uitputtend zijn. Hieronder is een aantal typologieën ter illustratie opgesomd:

- transacties die niet in verhouding staan tot de inkomsten;
- het fysiek vervoeren van grote bedragen in contanten. Dit brengt een aanzienlijk veiligheidsrisico met zich;
- het onderhouden van contacten met personen met criminele antecedenten;
- het weigeren van de verdachte om te verklaren over de herkomst van het geld;

⁶³ Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481 (zes-stappen-arrest).

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 9.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 9.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 10.

⁶⁷ 'Witwas typologieën', *Financial Intelligence Unit – Nederland* geraadpleegd op 13 oktober 2016, fui-nederland.nl.

- het feit dat Nederlanders in het buitenland geld op aldaar geopende bankrekeningen hebben staan om buiten het zicht van de Nederlandse autoriteiten en / of Nederlandse opsporingsdiensten te blijven.

De combinatie van de witwastypologieën en andere feiten en omstandigheden die voor het vermoeden van witwassen zorgen, moeten de rechter ervan overtuigen dat het niet anders kan dan dat het voorwerp afkomstig is uit enig misdrijf. Op het moment dat de rechter tot deze overtuiging komt, is de eerste stap van de bewijsconstructie afgerond. In het arrest Geldkoerier II is met een opsomming van witwastypologieën en andere feiten en omstandigheden voldoende gemotiveerd dat het niet anders kan zijn dan dat het voorwerp afkomstig is uit enig misdrijf.⁶⁸ De omstandigheden uit Geldkoerier II geven in ieder geval de aanwijzing dat er iets mis kan zijn, maar of de omstandigheden ook daadwerkelijk toezien op een concreet witwastraject blijft de vraag.

3.4 DE VERKLARING

Uit de vierde stap van de beschreven bewijsconstructie van het gerechtshof Amsterdam blijkt dat van de verdachte een verklaring over de herkomst van het geld wordt verlangd die concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk is. Deze eisen komen regelmatig terug in uitspraken en zijn onderdeel geworden van de vaste jurisprudentie.⁶⁹ Deze verklaring lijkt een belangrijk onderdeel te zijn van de bewijsconstructie. De verklaring moet er namelijk voor zorgen dat er twijfel ontstaat over de illegale herkomst van het vermogen en dat het Openbaar Ministerie nader onderzoek zal instellen. Ook loopt de verdachte het risico dat indien hij zwijgt over de herkomst van zijn vermogen, dit zwijgen in zijn nadeel gebruikt kan en mag worden. Zo overweegt de Hoge Raad dat het weigeren om een bepaalde vraag te beantwoorden op zichzelf niet kan bijdragen tot het bewijs, maar dat een rechter het zwijgen van de verdachte wel mag betrekken bij het bewijsmateriaal.⁷⁰ In een ander arrest trekt de Hoge Raad de conclusie dat het, nu geen concrete, verifieerbare en niet hoogst onwaarschijnlijke verklaring is afgelegd over de herkomst van het geld, niet anders kan zijn dan dat het geld van enig misdrijf afkomstig is.⁷¹ In het geval dat de verdachte wel een verklaring afgeeft die aan de eisen voldoet, dient uit het onderzoek van het Openbaar Ministerie met voldoende zekerheid te kunnen worden uitgesloten dat het geld een legale herkomst heeft om het bewijs van witwassen rond te krijgen.⁷² Op het moment dat de verdachte niet in staat is een verklaring te geven die aan de eisen voldoet, kan dus een bewezenverklaring volgen.⁷³

Per rechtelijke instantie zitten er verschillen in de beoordeling van de eisen aan de verklaring verdachte. Zo heeft de rechtbank Oost-Brabant⁷⁴ het over een verklaring met concrete en verifieerbare details, terwijl de rechtbank Midden-Nederland⁷⁵ spreekt over een verklaring die concreet, verifieerbaar en niet op voorhand onwaarschijnlijk is. Nadere eisen om te toetsen of een verklaring aan de eisen voldoet, ontbreken.

Wat deze eisen exact inhouden blijkt niet uit de jurisprudentie en literatuur. Onafhankelijk van het witwassen zijn de begrippen/eisen als volgt gedefinieerd.⁷⁶

⁶⁸ HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094, r.o. 3.5.

⁶⁹ Zie onder andere: Rb. Midden Nederland (zittingsplaats Utrecht) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5689; Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 14 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5081; Hof Amsterdam 25 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3979, Hof Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3295; HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471; HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1655; HR 11 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2294.

⁷⁰ HR 15 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9639.

⁷¹ HR 11 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2294.

⁷² Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481 (zes-stappen-arrest), r.o. 10.

⁷³ Van Leeuwen, *DD* 2011/23, p. 16.

⁷⁴ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 8 december 2016 (niet gepubliceerd).

⁷⁵ Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Haarlem) 16 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:976.

⁷⁶ 'Concreet', *Van Dale* geraadpleegd op 4 november 2016, vandale.nl; 'Verifiëren', *Van Dale* geraadpleegd op 4 november 2016, vandale.nl; 'Onwaarschijnlijk', *Van Dale* geraadpleegd op 4 november 2016, vandale.nl.

Concreet: in werkelijkheid

Verifiëren: onderzoek of iets echt is

(Niet) onwaarschijnlijk: (niet) te betwijfelen

Gelet op deze definities moet de verklaring dus een situatie schetsen die werkelijk gebeurd is en ook aan onderzoek te onderwerpen is. Daarnaast mag het niet zo zijn dat bij de verklaring ernstig getwijfeld wordt of de verklaring zoals die wordt gegeven wel de waarheid kan zijn.

3.5 KWALIFICATIE-UITSLUITINGSGRONDEN

De witwasbepaling is ruim geformuleerd om er zo veel mogelijk handelingen onder te kunnen laten vallen. In de literatuur wordt de witwasbepaling ook wel als catch all-bepaling beschreven.⁷⁷ De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad heeft in een conclusie een nadere toelichting gegeven op het witwassen, waarbij hij opmerkt dat de wetgever ook met het oog op toekomstige ontwikkelingen voor een ruime delictsomschrijving van witwassen heeft gekozen.⁷⁸

Om een automatische dubbele strafbaarheid van een bepaald feitencomplex te voorkomen, heeft de Hoge Raad verschillende beperkingen gesteld aan de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen.⁷⁹ Deze beperkingen zijn geformuleerd als kwalificatie-uitsluitingsgronden. Hierbij kan onder bepaalde omstandigheden een bewezen verklaarde gedraging, die onder de delictsomschrijving van witwassen valt, niet als witwassen worden gekwalificeerd. Indien van een kwalificatie-uitsluitingsgrond sprake is, dient ontslag van alle rechtsvervolgung plaats te vinden.⁸⁰

Erfenis

De Hoge Raad heeft een kwalificatie-uitsluitingsgrond geformuleerd als het gaat om een verdachte die een erfenis heeft aanvaard en er daarna achter komt dat – een deel van – de erfenis afkomstig is uit enig misdrijf. Op het moment dat het oogmerk ontbreekt om de feitelijke zeggenschap over het voorwerp dat afkomstig is uit enig misdrijf uit te voeren, kan de handeling niet als witwassen gekwalificeerd worden.⁸¹

Vermenging

Ook heeft de Hoge Raad een kwalificatie-uitsluitingsgrond geformuleerd voor het geval waarin vermenging van legale en illegale vermogensbestanddelen heeft plaats gevonden en/of wanneer de vermogensbestanddelen in een ver verwijderd verband staan met het gronddelict.⁸² Hierbij moet onder andere worden betrokken wat de waarde is van het uit misdrijf afkomstige vermogensbestanddeel ten opzichte van het legaal verkregen deel. Ook een groot tijdsverloop tussen het moment van vermenging van de bestanddelen en het tijdstip waarop witwassen verweten wordt.

Verwerven of voorhanden hebben uit eigen misdrijf

Tot slot heeft de Hoge Raad in het Hypotheekfraude-arrest opgemerkt dat het enkele voorhanden hebben van een voorwerp dat afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp en daardoor niet als witwassen kan worden gekwalificeerd.⁸³ De Hoge Raad heeft in een aantal arresten op 8 januari 2013 gebruik

⁷⁷ Kooijmans, AA 2016/02, p. 112.

⁷⁸ Concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2013:CA3302, onder 10, bij HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:898.

⁷⁹ Bogers DD 2013/33, p. 3.

⁸⁰ Bogers DD 2013/33, p. 2.

⁸¹ HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712.

⁸² HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578.

⁸³ HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, r.o. 2.4.2.

gemaakt van eenzelfde overweging.⁸⁴ Uit deze arresten blijkt dat vastgesteld dient te worden dat het voorhanden hebben van een voorwerp een daadwerkelijk op verbergen of verhullen gericht karakter moet hebben om als witwassen gekwalificeerd te worden. Enkel de mogelijkheid dat het bijgedragen kan hebben aan het verbergen of verhullen van het voorwerp is onvoldoende.⁸⁵

In 2014 is door de Hoge Raad een nadere invulling gegeven aan deze kwalificatie-uitsluitingsgrond. Zo is het aantreffen van geld in een kluis niet voldoende om te voldoen aan het <verhullen> van de werkelijke aard van een voorwerp dat afkomstig is uit enig misdrijf. Het verstoppert van voorwerpen die afkomstig zijn uit enig misdrijf in bijvoorbeeld de kussenhoezen van een bank is ook niet voldoende om aan te tonen dat de gedraging gericht is geweest op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van een voorwerp.⁸⁶ Het enkel storten van geld op een eigen bankrekening is ook onvoldoende om te kunnen spreken van een gedraging die gericht is geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het geld. Dat het geld op de bankrekening gebruikt wordt voor reguliere uitgaven doet daar niets aan af.⁸⁷

De uitsluitingsgrond ziet alleen toe op de situatie waarin iemand een uit eigen misdrijf verkregen voorwerp voorhanden of verworven heeft. Zodra de verdachte nadere witwashandelingen heeft verricht, zoals het geld via allerlei buitenlandse ondernemingen weer terug in Nederland brengen door bijvoorbeeld een geldleningsovereenkomst, kan er wel sprake zijn van witwassen.⁸⁸

Met name naar aanleiding van bovenstaande uitspraken van de Hoge Raad treedt met ingang van 1 januari 2017 de Wet Wijziging van het Wetboek van Strafrecht met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot bestrijding van het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen (hierna: Aanpassing witwaswetgeving) in werking.⁸⁹ De nieuwe artikelen luiden als volgt⁹⁰:

Artikel 420bis.1 WvSr – opzetwitwassen

Witwassen dat enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf wordt als eenvoudig witwassen gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 420quater.1 WvSr – schuldwitwassen

Schuldwitwassen dat enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de vierde categorie.

De wetgever is van mening dat van misdrijf afkomstige voorwerpen in alle gevallen moet kunnen worden afgenomen. De uitspraken van de Hoge Raad over het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp uit enig eigen misdrijf doen volgens de wetgever afbreuk aan het gegeven dat misdaad niet mag lonen. De nieuwe wetgeving moet er voor zorgen dat straffeloosheid op het moment dat een veroordeling voor het gronddelict niet mogelijk is, voorkomen wordt.⁹¹ Om de meerdaadse samenloop te voorkomen, hoeft bij het bepalen van de straf de bewezenverklaring van de witwashandeling niet van invloed te zijn

⁸⁴ Zie onder andere: HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910. HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4449.

⁸⁵ Bogers DD 2013/33, p. 5.

⁸⁶ Zie HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164. Zie ook HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1237.

⁸⁷ HR 7 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2913.

⁸⁸ Nikki Vreede, 'Beperking van de strafbaarstelling van witwassen', *Blog Van Bavel Advocaten* 20 juni 2013, businesscrimedefence.nl.

⁸⁹ *Stb.* 2016/313.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 294 nr. 2.

⁹¹ HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842 (overzichtsarrest witwassen).

op de hoogte van de op te leggen straf. Het Openbaar Ministerie zal het strafvorderingsbeleid ook in deze lijn vormgeven.⁹²

3.6 DE PRAKTIJK

In deze paragraaf worden de interviews en de dossiers bekeken met betrekking tot de in dit hoofdstuk besproken theorie. Voor de verwijzingen naar de interviews in de bijlage geldt hetzelfde als is toegelicht in paragraaf 2.4.

3.6.1 INTERVIEWS

De bewijsconstructie, zoals uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is voortgevloeid, is bij alle betrokken partijen bekend. Het meeste wordt verwezen naar het zes-stappen-arrest. De bewijsconstructie van witwassen wordt overal geaccepteerd en toegepast, in de gevallen dat er geen gronddelict kan worden aangewezen dat aan het witwassen ten grondslag ligt.

Zoals eerder vermeld, wordt het vermoeden van witwassen door het Openbaar Ministerie mede neergezet aan de hand van de witwastypologieën. Deze typologieën laten over het algemeen een bepaalde trend in het witwascircuit zien. Ze worden gebruikt als rode draad door het vermoeden heen. Naast de typologieën wordt gekeken naar het totaal plaatje waarbij de omgeving van de verdachte van groot belang is. Er wordt gekeken naar alle feiten en omstandigheden. Het financiële plaatje wordt in kaart gebracht en er wordt gekeken of de vermogenspositie met de levensstijl van de verdachte overeenkomt. De rechter vindt dat de typologieën er voornamelijk zijn om een beeld rond het witwasvermoeden te schetsen. Voor de rechter zijn de feiten en omstandigheden het allerbelangrijkste. Verder wordt nog opgemerkt dat het vermoeden van het Openbaar Ministerie geen stand kan houden, indien het vermoeden alleen met typologieën is onderbouwd.⁹³

Wat de eisen van de verklaring exact inhouden, blijft afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voor het Openbaar Ministerie moet de verklaring het vermoeden bevestigen of het moet gaan om een alternatief scenario dat niet wordt uitgesloten door het bewijs dat er al ligt. Op het moment dat een verklaring hoogst onwaarschijnlijk is, ziet het Openbaar Ministerie al snel geen reden om nader onderzoek in te stellen. Door de rechter wordt er vooral gekeken naar de feiten en omstandigheden, waarbij de verklaring van de verdachte wel van belang is. Belangrijke vragen die beantwoord dienen te worden zijn dan waar het geld vandaan komt en van wie het geld is. In het geval dat een verklaring plausibel is, dan is de eis <verifieerbaar> in de ogen van de rechter van minder groot belang. De advocaat sluit zich hierbij aan met de opmerking dat het belang van de verklaring afhankelijk is van de situatie. De verklaring van een verdachte moet in ieder geval een plausibele verklaring zijn.

Vanuit het Openbaar Ministerie wordt opgemerkt dat het vervolgen voor witwassen vrij gemakkelijk is. Er moet onderzoek gedaan worden om een vermoeden op tafel te kunnen leggen, maar daarna is het aan de verdachte om dit vermoeden in twijfel te trekken. Lukt dat niet, dan kan het niet anders dan dat het geld afkomstig is uit enig misdrijf. De rechter is het eens met het feit dat het Openbaar Ministerie met een vermoeden moet komen en dat het aan de verdachte is om daarop te reageren. Echter moet het Openbaar Ministerie wel met een duidelijk en goed onderzocht vermoeden komen. De bewijslast ligt bij het Openbaar Ministerie en niet bij de verdachte. Indien de verklaring van de verdachte plausibel is, dan kan de eis “verifieerbaar” minder van belang zijn. Het is aan het Openbaar Ministerie om nader onderzoek te doen.

De witwasregelgeving moest er, naast het internationale aspect, vooral op toezien dat het financiële circuit schoon bleef. Met de Aanpassing witwaswetgeving wordt gerepareerd dat geld afkomstig uit eigen misdrijf ook kan worden afgepakt, aldus rechter. De advocaat denkt dat de rechters zich tegen deze wijziging zullen verzetten.

⁹² Kamerstukken II 2015/16, 34 294, nr. 3, p. 7.

⁹³ Interview Advocaat, bijlage IV.

3.6.2 RODE DRAAD II

A: De betrokkene uit dossier A wordt verdacht van opzet- en gewoonte witwassen in binnen- en buitenland.

Uit het nader onderzoek dat werd ingesteld in open bronnen en de systemen van de Belastingdienst kwamen de volgende punten naar voren waaruit een redelijk vermoeden wordt afgeleid:

- uit een uittreksel van de Kamer van Koophandel blijkt dat de betrokkene samen met zijn broer een onderneming heeft met een winstaandeel dat varieert tussen de 9.000 en 30.000 per jaar;
- in 2014 heeft de betrokkene zich gemeld als inkeerder bij de Belastingdienst. De Zwitserse bankrekening is al sinds de jaren tachtig van de betrokkene;
- de betrokkene had een woning, vrij van hypotheek, een dure auto gekocht en zijn huis verbouwd, maar zijn vermogen nam toe. De aankopen zijn niet te verklaren aan de hand van zijn inkomen uit de markthandel;
- gebruik van typologieën:
 - o transacties (bij onder meer het casino) staan niet in verhouding tot de inkomsten;
 - o het feit dat de betrokkene als Nederlander in het buitenland geld op aldaar geopende bankrekeningen heeft staan om buiten het zicht van de Nederlandse autoriteiten en/of Nederlandse opsporingsdiensten te blijven;
 - o contante opnames door middel van een debet-/creditcard die niet direct naar de rekeninghouder te herleiden zijn.

De vrouw van de betrokkene heeft geen zelfstandig inkomen. Mede gelet op het inkomen (beneden modaal) en het vermogen dat de betrokkene kennelijk heeft opgebouwd, bestaat het vermoeden dat de betrokkene (naast het bedrag waarvoor de betrokkene heeft ingekeerd) meer “extra” vermogen heeft opgebouwd. Nadat deze gegevens boven tafel zijn gekomen, is de betrokkene verhoord.

De betrokkene heeft het vermogen sinds de jaren tachtig gespaard. Door rente op rente en door winsten op aandelen zou dit in de beginjaren van 2000 zijn gegroeid tot een aanzienlijk bedrag. Hij heeft ook verklaard dat hij nooit zwarte omzet heeft gehad in zijn onderneming en dat hij geen andere activiteiten heeft, waaruit hij inkomsten heeft. Derhalve is er volgens hem ook geen onverklaarbaar vermogen. Wel heeft hij verklaard dat hij al jaren een regelmatige bezoeker is van casino's. Hij geeft daarbij aan dat hij weet wanneer hij moet stoppen en dat hij vrijwel altijd winst heeft. Deze winst gaf hij vervolgens uit bij privéclubs.

De opsporingsambtenaren vinden het hoogst onwaarschijnlijk dat de betrokkene in de jaren tachtig een legaal inkomen bij elkaar heeft gespaard en dat dit vermogen gegroeid is tot een aanzienlijk bedrag. Zijn inkomen ligt in de jaren waar de Belastingdienst wel zicht op heeft, tussen de 9.000 euro en 30.000 euro. Hierover verklaart de betrokkene dat de inkomsten uit de markthandel in de jaren tachtig veel hoger waren. De betrokkene heeft alleen in de periode van 2009 tot en met 2011 geld opgenomen op van de buitenlandse bankrekening (die bij de Belastingdienst bekend is) bij casino's. De betrokkene verklaarde hierover dat het casino de enige plek was waar hij een pinautomaat tegenkwam. Gezien het (huidige) inkomen van de betrokkene, achten de opsporingsambtenaren het onwaarschijnlijk dat hij een legaal vermogen heeft kunnen opbouwen en dat hij jaren lang frequent geld uitgaf in casino's en privéclubs. Een verklaring over uitgave van de aanzienlijke bedragen bij de casino's blijft achterwegen. De vraag die in het onderzoek ook speelt is hoe hij de casino- en clubbezoeken in de jaren voor 2009 heeft betaald. Mede door dit alles ontstond het vermoeden dat de betrokkene, naast het vermogen in het buitenland, over meer vermogen beschikte, wat niet verklaarbaar was uit het inkomen uit zijn werk.

Voor het 'toetsingskader' voor witwassen wordt in het proces-verbaal verwezen naar het zes-stappen-arrest. De bevindingen worden in het proces-verbaal getoetst aan de verklaring die de betrokkene heeft gegeven in de verhoren. Uit het proces-verbaal schemert door dat nader onderzoek niet nodig wordt geacht aangezien er aardig wat bewijs tegen de

betrokkene op tafel ligt en doordat de verklaring van de betrokkene niet past binnen het bewijs dat al vergaard is. Het Openbaar Ministerie is van mening dat het niet anders kan dan dat het vermogen van de betrokkene uit misdrijf afkomstig is.

B: Vader en zoon uit dossier B worden verdacht van opzet- en gewoonte witwassen in het binnen- en buitenland.

Bij zoon is het ten laste gelegde gebaseerd op de volgende punten:

- de fiscale inkeer, waarbij het vermogen niet in verhouding staat tot de bekende werkzaamheden;
- aanwijzingen voor een geld genererend gronddelict, te weten antecedenten in Nederland en België met betrekking tot de handel in drugs;
- de aanwezigheid van indicatoren als:
 - o een onduidelijke herkomst van het voorwerp, te weten het vermogen eind 2000 (niet/onvoldoende verklaard, geen documentatie);
 - o de afwezigheid van voldoende bekend legitiem inkomen en/of afname van het legale vermogen als legitimatie voor de stortingen op de buitenlandse bankrekening;
 - o het feit dat de betrokkene contacten onderhoudt met personen met criminele antecedenten, te weten X (zijn broer);
 - o het feit dat betrokkene in het buitenland geld op daar geopende bankrekeningen heeft staan om buiten het zicht van de Nederlandse autoriteiten en/of Nederlandse opsporingsdiensten te blijven;
 - o het feit dat fysiek vervoeren van grote bedragen in contanten (naar het buitenland) een aanzienlijk veiligheidsrisico met zich mee brengt;
- de aanwezigheid van feiten van algemene bekendheid betreffende witwassen, te weten dat handel in drugs grote bedragen in contanten oplevert.

Om tot een redelijk vermoeden van witwassen te komen zijn bij zoon verwijzingen beschreven naar drugsdelicten, eventuele gronddelicten voor het witwassen. In de verhoren van zoon is aandacht besteed aan deze punten. Uit deze verhoren blijkt dat zoon niets te maken heeft gehad met deze drugsdelicten. In het eindproces-verbaal is naar aanleiding van dit verhoor opgemerkt dat tijdens het onderzoek verder geen feiten en/of omstandigheden naar voren gekomen zijn die een directe aanwijzing vormen voor het feit dat de gelden van zoon mogelijk afkomstig zijn uit een specifiek gronddelict, te weten de handel in drugs.

Toch is het vermoeden volgens de opsporingsambtenaren rond. De feiten en omstandigheden die daartoe aanleiding hebben gegeven, zijn hierboven al beschreven.

Nu er sprake is van een witwasvermoeden, wordt van zoon een verklaring verlangd over de herkomst van het voorwerp waarvan wordt vermoed dat het uit witwassen afkomstig is. Zoals in de Rode Draad I al is vermeld, heeft ten behoeve van de inkeer verklaard dat het om gespaard inkomen gaat dat hij in het verleden met handel in diverse tweedehands goederen in Zuid/Oost-Europa heeft verkregen en de rente daarover. Bij de FIOD heeft zoon ook verklaard dat hierover geen nadere informatie meer beschikbaar is en beroept zich verder op zijn zwijgrecht.

Volgens de opsporingsambtenaren geeft zoon geen goede verklaring over zijn vermogen van de afgelopen jaren. Van het moment van het openen van de bankrekening in het buitenland, begin jaren negentig, is onduidelijk waar het startkapitaal en de stortingen vandaan komen. Dit terwijl zoon in het jaar 2000 over een aanzienlijk bedrag beschikte. Er wordt dan ook geen nader onderzoek naar de verklaring van zoon ingesteld.

Gezien het feit dat zoon:

- volgens het inkeerverzoek voor een bepaald bedrag op een buitenlandse bankrekening wilde inkeren;

- dit bedrag vanaf 2000 door het als Nederlander op een buitenlandse bankrekening had staan en daarmee buiten het zicht van de Nederlandse overheid en de Nederlandse opsporingsinstanties heeft gehouden;
- door het fysiek vervoeren van een zodanig groot bedrag aan contanten naar het buitenland een aanzienlijk veiligheidsrisico heeft genomen;
- in 2001 is veroordeeld voor de overtreding van de Opiumwet;
- ondanks herhaalde verzoeken van de Belastingdienst en tijdens een verhoor geen verklaring heeft afgelegd die concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk genoemd kan worden,

bestaat voor de opsporingsambtenaren het vermoeden dat het geld op de buitenlandse bankrekening uit enig misdrijf is verkregen en dat het bedrag als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden beschouwd.

Voor vader is het vermoeden van het ten laste gelegde gebaseerd op de volgende punten:

- de fiscale inkeer waarbij het vermogen niet in verhouding staat tot de bekende werkzaamheden;
- de aanwezigheid van indicatoren als:
 - o een onduidelijke herkomst van het voorwerp, te weten het vermogen eind 2000 (niet/onvoldoende verklaard, geen documentatie);
 - o de afwezigheid van voldoende bekend legitiem inkomen en/of afname van het legale vermogen als legitimatie voor de stortingen op de buitenlandse bankrekening;
 - o het feit dat het fysiek vervoeren van grote bedragen in contanten (naar het buitenland) een aanzienlijk veiligheidsrisico met zich mee brengt;
 - o het feit dat de betrokkene contacten onderhoudt met personen met criminele antecedenten, te weten X en Y (zijn zonen);
 - o het feit dat betrokkene in het buitenland geld op aldaar geopende bankrekeningen heeft staan om buiten het zicht van de Nederlandse autoriteiten en/of Nederlandse opsporingsdiensten te blijven;

In het eindproces-verbaal is opgenomen dat tijdens het onderzoek verder geen feiten en/of omstandigheden naar voren gekomen zijn die een directe aanwijzing vormen voor het feit dat de gelden van vader mogelijk afkomstig zijn uit een specifiek gronddelict.

Nu er volgens de opsporingsambtenaren sprake is van een witwasvermoeden, wordt van vader een verklaring verlangd over de herkomst van het voorwerp waarvan wordt vermoed dat het uit witwassen afkomstig is. Zoals in Rode Draad I al is vermeld, gaat het om gespaard inkomen en de rente daarover, waar vader geen nadere informatie meer van heeft. Ook vader beroept tijdens het verhoor bij de FIOD op zijn zwijgrecht.

Volgens de opsporingsambtenaren geeft ook vader geen goede verklaring over zijn vermogen van de afgelopen jaren.

Gezien het feit dat vader:

- volgens het inkeerverzoek voor een bepaald bedrag om een buitenlandse bankrekening wilde inkeren;
- dit bedrag vanaf 2000 door het als Nederlander op een buitenlandse bankrekening had staan en daarmee buiten het zicht van de Nederlandse overheid en de Nederlandse opsporingsinstanties heeft gehouden;
- door het fysiek vervoer van een zodanig groot bedrag aan contanten naar het buitenland een aanzienlijk veiligheidsrisico heeft genomen;
- ondanks herhaalde verzoeken van de Belastingdienst en tijdens een verhoor geen verklaring heeft afgelegd die concreet, en niet hoogst onwaarschijnlijk genoemd kan worden,

bestaat het vermoeden dat het geld op de buitenlandse bankrekening uit enig misdrijf is verkregen en dat het bedrag als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden beschouwd.

Uit het strafrechtelijk onderzoek komt in beide dossiers geen aantoonbaar gronddelict naar boven. Het zes stappen arrest wordt ook in beide gevallen letterlijk en stapsgewijs geraadpleegd. In dossier A past het uitgaven patroon niet bij de vermogenspositie van de betrokkene. Gedacht wordt dat de betrokkene nog meer buitenlands vermogen heeft, waarover hij niet heeft ingekeerd. Aan de stappen 1 tot en met 3 is voldaan. Het Openbaar Ministerie vindt dat de verklaring van de betrokkene onvoldoende tegenwicht geeft en dat de verklaring niet aan de gestelde eisen voldoet. Uit het dossiers schemert door dat er geen nader onderzoek zal worden ingesteld.

Bij de betrokkenen in dossier B wordt het vooral verdacht gevonden dat er geen documenten meer beschikbaar zijn, waaruit blijkt waar het vermogen vandaan komt en dat zoon eerder in aanraking is gekomen met justitie voor een overtreding van de Opiumwet. De meeste punten die het vermoeden van het Openbaar Ministerie moeten rechtvaardigen gelden voor iedere persoon die ooit gebruik heeft gemaakt van de inkeerregeling. Als aanvulling op het vermoeden staat bij zoon de aantekening in de justitiële documentatie nog op papier en voor vader staat het feit dat hij contacten onderhoudt met criminele antecedenten, te weten zijn zonen, op papier. Afgevraagd kan worden of deze punten een vermoeden van witwassen wel rechtvaardigen.

3.7 TUSSENCONCLUSIE

In de praktijk wordt veelvuldig verwezen naar de bewijsconstructie van witwassen zoals die voortvloeit uit diverse uitspraken van de Hoge Raad en het zes-stappen-arrest van het gerechtshof Amsterdam.

Voor het vermoeden van witwassen kijkt het Openbaar Ministerie vooral naar de witwastypologieën en de verhouding tussen de vermogenspositie en de levensstijl van de verdachte.

Van de verdachte wordt in dergelijke zaken een verklaring verlangd die concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk is. Deze eisen zijn niet nader te definiëren. De reden hiervoor is dat de definitie elke keer afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en de mening van de rechter met betrekking tot de eisen. Afhankelijk van die omstandigheden kan de waarde die wordt gehecht een bepaalde eis van de verklaring nog variëren. Het belangrijkste lijkt te zijn dat de verklaring van de verdachte plausibel is, om de spreekwoordelijke bal weer bij het Openbaar Ministerie te leggen voor nader onderzoek. Opvallend is dat door het Openbaar Ministerie wordt vastgesteld of de verklaring van de verdachte aan de eisen voldoet, zonder dat daar een onderzoek naar de verklaring aan ten grondslag ligt. Daarnaast lijkt het ook afhankelijk te zijn van de rechtsprekende instanties hoe er met de eisen wordt omgegaan.⁹⁴

De Hoge Raad heeft een kwalificatie-uitsluitingsgrond in het leven geroepen om dubbele strafbaarheid voor eenzelfde feitencomplex te voorkomen. Als blijkt dat het voorwerp uit enig eigen misdrijf van de verdachte afkomstig is en de verdachte het voorwerp alleen verworven en/of voorhanden heeft, kan de gedraging niet als witwassen gekwalificeerd worden en moet ontslag van alle rechtsvervolging volgen. De wetgever heeft deze ontwikkeling echter als onwenselijk beschouwd en wil deze situatie door middel van de Aanpassing witwaswetgeving teruggedraaien. Het is nog afwachten hoe de praktijk op deze wijziging zal reageren.

Dat alles afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, maakt het concretiseren van witwaszaken lastig.

⁹⁴ Met betrekking tot deze conclusie is ook interessant: 'Een gewaarschuwd OM telt voor twee?', *Vaklunch* 4 januari 2017, vaklunch.nl.

HOOFDSTUK 4 – TIJDSVERLOOP EN EEN EERLIJK PROCES

De vrijwillige verbetering en het witwassen zijn in de vorige hoofdstukken nader toegelicht. Het is ook belangrijk om te kijken naar de verhouding tussen het recht op een eerlijk proces en de verklaring van de verdachte. Daarnaast wordt er in dit hoofdstuk aandacht besteed aan het grote tijdsverloop waar de verdediging in dergelijke zaken mee te maken krijgt. In de eerste paragraaf wordt ingegaan op een paar beginselen die zijn afgeleid uit het recht op een eerlijk proces. Vervolgens wordt in paragraaf twee ingegaan op de verjaring van witwassen en in de derde paragraaf gaat het kort over het bewijs leveren door de verdachte. In de vierde paragraaf wordt wederom een koppeling gemaakt met de praktijk. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

4.1 HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES

In het EVRM zijn klassieke vrijheidsrechten opgenomen. Dit zijn de burgerlijke en politieke rechten waar bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting en het recht op godsdienst onder vallen. Het is voor de lidstaten van de Europese Unie verboden om een inbreuk te maken op de rechten die het EVRM aan de burgers van de lidstaten toekent. De meeste rechten uit het EVRM zijn voldoende duidelijk geformuleerd om een rechtstreekse werking te kunnen hebben voor de lidstaten.⁹⁵ In artikel 93 van de Grondwet is neergelegd dat bepalingen van verdragen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, daadwerkelijk een verbindende kracht hebben. Het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna: Hof) ziet toe op de naleving van de verdragsbepalingen. Deze bepalingen zijn relatief ruim opgesteld en laten ruimte voor een interpretatie van het Hof.⁹⁶ Voor de uitleg van die bepalingen hanteert het Hof een autonome uitleg, dat wil zeggen dat het Hof niet kijkt naar het nationale recht, maar op zoek gaat naar een invulling van het recht die het beste past binnen de context van het verdrag.⁹⁷

Artikel 6 EVRM garandeert het recht op een eerlijk proces. Dit artikel is onder andere van toepassing in geval van een 'criminal charge', ook wel strafvervolgning genoemd. Het Hof heeft drie criteria opgesteld, aan de hand waarvan wordt bepaald of in een procedure sprake is van een strafvervolgning. De criteria zijn als volgt:⁹⁸

1. de plaats van het delict binnen de context van nationale regelgeving;
2. de aard van het delict;
3. de straf die op het delict staat.

Tevens ligt in artikel 6 EVRM een aantal rechten voor een verdachte besloten. Deze rechten moeten bijdragen aan een eerlijk proces.

4.1.1 DE RECHTEN

Artikel 6 EVRM bestaat uit een aantal op zichzelf staande rechten. Deze rechten zijn in het eerste tot en met het derde lid uitdrukkelijk neergelegd. Naast deze uitdrukkelijke rechten is ook een aantal rechten ontstaan in de jurisprudentie van het Hof. Deze rechten zullen hieronder kort besproken worden.

Op grond van het eerste lid heeft een verdachte recht op een eerlijke, openbare behandeling en een openbare uitspraak van zijn zaak. Daarnaast is er ook het recht op een behandeling binnen een redelijke termijn en bij een bij de wet ingestelde rechterlijke instantie, waarbij de behandeling geschiedt door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Het equality of arms beginsel, het beginsel waaruit blijkt dat partijen met gelijke wapenen de zaak moeten kunnen presenteren, ligt in artikel 6 EVRM besloten.

In het tweede lid van artikel 6 EVRM is de onschuldpresumptie neergelegd. Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte

⁹⁵ Gerards AA 2010/10, p. 726.

⁹⁶ Harteveld 2004, p. 20.

⁹⁷ D. de Vocht, in: *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2016, artikel 6 EVRM, p. 1.

⁹⁸ D. de Vocht, in: *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2016, artikel 6 EVRM, p. 3.

is komen vast te staan, aldus lid 2 van artikel 6 EVRM. In de jurisprudentie van het Hof is het nemo tenetur-beginsel ontstaan, het recht om zichzelf niet te belasten. Een beginsel dat samenhangt met de onschuldpresumptie.⁹⁹ In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op dit beginsel.

In het laatste lid zijn rechten opgenomen die in het bijzonder toekomen aan een ieder tegen wie een strafvervolgning is ingesteld. Het recht op informatie is uit zowel het eerste lid als het derde lid onder a en b af te leiden. De verdachte moet onverwijld op de hoogte worden gesteld van de aard en de reden van de verdenking. Daarnaast moet de verdachte ook kunnen beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging en heeft de verdachte het recht zichzelf te verdedigen of daarbij rechtsbijstand te hebben. Een verdachte moet zich kosteloos kunnen laten bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gehanteerd niet verstaat of spreekt. De verdachte heeft ook het recht om getuigen te doen ondervragen.

Tot slot heeft de rechter nog een aantal aanvullende rechten in artikel 6 EVRM ingelezen, namelijk het recht om ter terechtzitting aanwezig te zijn, het recht om de terechtzitting te kunnen volgen¹⁰⁰ en het recht op tegenonderzoek. In het arrest Golder heeft het Hof bepaald dat het recht op toegang tot de rechter ook onderdeel is van het recht op een eerlijk proces.¹⁰¹

4.1.2 HET NEMO TENETUR-BEGINSEL

Zoals in de vorige paragraaf te lezen is, hoeft een verdachte zichzelf niet te belasten indien er sprake is van een strafvervolgning. In witwaszaken wordt echter van de verdachte een verklaring verlangd over de herkomst van het vermogen dat ter discussie staat. Gekeken zal worden of het verlangen van een dergelijke verklaring in strijd is met artikel 6 EVRM. Allereerst zal naar de zaak Funke gekeken worden. Hierin is het nemo tenetur-beginsel voor het eerst duidelijk naar voren gekomen. De jurisprudentie die daarna wordt besproken is een uitwerking van dan wel een aanvulling op het arrest Funke.

Funke vs. Frankrijk

In de zaak Funke werden bij een huiszoeking bij Funke bankafschriften en chequeboekjes van buitenlandse banken gevonden waar de officier van justitie meer over wilde weten.¹⁰² Funke had toegezegd inzage in onderliggende stukken te geven, maar is later van gedachten veranderd.¹⁰³ Er werd een gerechtelijke procedure gestart om Funke te dwingen om de documenten alsnog te overleggen. De uitspraak kwam neer op een bevel om inzage te verstrekken in de documenten op straffe van een dwangsom per dag dat hij de documenten niet verschaftte.¹⁰⁴

Bij het Hof klaagde Funke dat hij geen eerlijk proces heeft gehad en dat de onschuldpresumptie was geschonden, doordat hij met het overleggen van de documenten zichzelf moest belasten.¹⁰⁵ De Franse regering vond dat het verschaffen van de gevraagde documenten onder de algemene plicht van elke belastingplichtige viel. Funke zou hierdoor niet gedwongen zijn een strafbaar feit te bekennen of belastend materiaal tegen zichzelf te moeten verschaffen.¹⁰⁶

Het Hof kwam echter tot de conclusie dat de verplichting tot het verschaffen van de gevraagde documenten wel degelijk in strijd was met het recht om te zwijgen en zichzelf niet te hoeven belasten.¹⁰⁷ Doordat de aanklagers niet in staat of bereid waren om de

⁹⁹ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk).

¹⁰⁰ EHRM 23 februari 1994, A 282-A (Stanford/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰¹ EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462 (Golder/Verenigd Koninkrijk), m.nt. Alkem, par. 35.

¹⁰² EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 7.

¹⁰³ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 9 en 10.

¹⁰⁴ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 11.

¹⁰⁵ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 34.

¹⁰⁶ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 42 en 43.

¹⁰⁷ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 44.

documenten op een andere manier te verkrijgen, hebben zij via het opleggen van de dwangsom geprobeerd Funke te dwingen om bewijs te leveren van een strafbaar feit dat hij zelf had begaan. Daarbij merkte het Hof op dat men documenten in handen wilden krijgen waarvan zij vermoedden dat ze bestonden, terwijl zij hiervan niet zeker waren.¹⁰⁸ Het gegeven dat de veroordeling van Funke is gebruikt als drukmiddel om bewijs tegen zichzelf te verschaffen, heeft ervoor gezorgd dat het recht op een eerlijk proces is geschonden. Een formele inbeschuldigingstelling ontbrak, maar het recht op een eerlijk proces geldt voor elke 'criminal charge' en is dus ook van toepassing bij het vooronderzoek.¹⁰⁹

In deze zaak wordt voor het eerst met zoveel woorden genoemd dat het nemo tenetur-beginsel besloten ligt in artikel 6 EVRM.¹¹⁰ De verdachte heeft de vrijheid om zijn proceshouding te bepalen en heeft daarbij het recht om zichzelf niet te hoeven belasten. Met weinig woorden heeft het Hof in deze zaak vastgesteld dat artikel 6 EVRM geschonden was.

Murray vs. Verenigd Koninkrijk

In 1990 werd John Murray op grond van de Prevention of Terrorism Act 1989 gearresteerd. Hij kreeg de cautie: "U hoeft niets te zeggen tenzij u dat wenst, maar ik moet u waarschuwen dat het nalaten van het vermelden van een feit waar later bij de verdediging ter terechtzitting een beroep op wordt gedaan, kan worden behandeld als een ondersteuning van bewijsmateriaal tegen u. Als u iets wenst te zeggen, kan wat u zegt voor het bewijs worden gebruikt."¹¹¹ In reactie hierop gaf Murray aan dat hij niets te zeggen had.¹¹² In een daarop volgend verhoor en bij de rechter werd aan Murray gevraagd een verklaring af te geven over zijn aanwezigheid in het huis waar hij werd gearresteerd. Beide keren werd erbij vermeld dat indien hij weigerde een verklaring af te geven, de rechter daar conclusies aan kon verbinden. Murray bleef weigeren om een verklaring af te leggen.¹¹³

De klacht van Murray bevat twee samenhangende vragen. De eerste vraag die het Hof moest beantwoorden was of Murray gedwongen werd om bewijs tegen zichzelf te leveren.¹¹⁴ Dat aan het weigeren van het afleggen van een verklaring consequenties kunnen worden verbonden, impliceert een zekere mate van indirecte dwang. Het Hof overwoog daarbij echter dat Murray niet gedwongen kon worden om een verklaring af te leggen, waardoor het verbinden van consequenties aan het zwijgen van de verdachte, niet doorslaggevend kan zijn voor een schending van het nemo tenetur-beginsel.¹¹⁵ De daarop volgende vraag was of het oneerlijk of onredelijk was om conclusies te verbinden aan het zwijgen van de verdachte.¹¹⁶ Het slachtoffer had Murray als enige van alle zeven de verdachten herkent. De herkenning door het slachtoffer vroeg om tekst en uitleg, maar een verklaring bleef achterwege. Het was dan ook aannemelijk dat de rechter hier conclusies uit zou trekken.¹¹⁷ Daarnaast bestond er voldoende ander bewijs waartegen Murray zich ook niet verzette. Hierdoor kon het niet anders dan dat de rechter met het bewijsmateriaal tot een veroordeling zou komen.¹¹⁸ Dat Murray weigerde de verklaring af te leggen en dat het weigeren tegen hem werd gebruikt om tot een veroordeling te komen, kon volgens het Hof niet als oneerlijk of onredelijk worden gezien.¹¹⁹

¹⁰⁸ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke/Frankrijk), r.o. 44.

¹⁰⁹ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485, m.nt. G. Knigge (Funke/Frankrijk), onder 4.

¹¹⁰ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485, m.nt. G. Knigge (Funke/Frankrijk), onder 1.

¹¹¹ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 11 (vertaald).

¹¹² EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 11.

¹¹³ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 13 en 20.

¹¹⁴ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. G. Knigge (John Murray/Verenigd Koninkrijk).

¹¹⁵ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 50.

¹¹⁶ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 50.

¹¹⁷ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 26 en 51.

¹¹⁸ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 22-25.

¹¹⁹ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 54.

Het verschil met het Funke-arrest is dat bij Funke door middel van het instellen van een strafvervolgning gepoogd werd dat hij bewijs tegen zichzelf leverde, wat een schending van het nemo tenetur-beginsel opleverde.¹²⁰ In het Murray-arrest lag er echter al zoveel bewijsmateriaal tegen hem, dat een verklaring niet achterwege kon blijven. Indien deze verklaring toch uitblijft, is het niet oneerlijk of onredelijk is om het zwijgen van de verdachte in zijn nadeel te gebruiken.

Saunders vs. Verenigd Koninkrijk

In 1986 was Guinness samen met een ander bedrijf verwickeld in een strijd om de overname van het bedrijf Distillers.¹²¹ Beide bedrijven hebben aan de aandeelhouders van Distillers een aanbod gedaan om hun aandelen in te ruilen voor aandelen in het bedrijf dat het aanbod deed. Guinness heeft daarbij de meeste aandelen van Distillers bemachtigd en heeft de strijd om de overname van het bedrijf daarmee gewonnen. Al snel ontstond het vermoeden dat Guinness de aandelenkoers had gemanipuleerd om de overname te kunnen winnen. Naar aanleiding van dat vermoeden is er vanuit de overheid een onderzoek ingesteld naar het handelen van Guinness.¹²²

Tijdens het onderzoek is het ministerie op de hoogte gesteld van mogelijke strafbare feiten die gepleegd zijn. In overleg met het Openbaar Ministerie werd besloten dat het onderzoek werd voortgezet en dat de uiteindelijke onderzoeksresultaten doorgespeeld zouden worden naar het Openbaar Ministerie.¹²³ In het kader van het onderzoek is Saunders, directeur van Guinness, negen keer verhoord.¹²⁴ Alle ondervraagden hadden de wettelijke plicht om te antwoorden. In mei 1987 begon de politie formeel met een strafrechtelijk onderzoek. De onderzoeksresultaten werden overgedragen.¹²⁵ Saunders werd strafrechtelijk vervolgd en uiteindelijk ook veroordeeld voor verschillende feiten, zoals samenzwering, het opmaken van een valse boekhouding en diefstal met betrekking tot de overname van Distillers.¹²⁶ Tijdens de behandeling van zijn zaak, gaf Saunders aan dat hij van niets wist, maar de verklaringen van het eerste onderzoek werden daar tegenin gebracht. Saunders klaagde bij het Hof dat het gebruiken van de verklaringen uit het eerste onderzoek bij het strafrechtelijke onderzoek in strijd is met artikel 6 EVRM.¹²⁷ Het Hof bepaalde dat verklaringen die een burger gedwongen heeft afgelegd, niet in een strafproces tegen hem mogen worden gebruikt. Hier voegt het Hof aan toe dat het aan de vervolgende instantie is om bewijs te verzamelen tegen de verdachte, zonder dat daarbij bewijs wordt gebruikt dat tegen de zin van de verdachte in is verkregen door dwang uit te oefenen. Het recht om geen bewijs tegen zichzelf te leveren geldt volgens het Hof niet als het gaat om wilsonafhankelijk materiaal, zoals adem, bloed- en urinetesten en DNA-materiaal.¹²⁸

In de zaak van Saunders is gebruik gemaakt van verklaringen die hij verplicht heeft moeten afleggen. Een verklaring wordt gezien als wilsonafhankelijk materiaal en mag dus niet voor het bewijs worden gebruikt. Het Hof komt tot de conclusie dat er in deze zaak een inbreuk op artikel 6 EVRM is gemaakt.¹²⁹

Uit bovenstaande zaak kan geconcludeerd worden dat bewijsmateriaal dat met tegenzin van de verdachte is verkregen, niet in strafrechtelijke procedures gebruikt mag worden. Het is aan de vervolgende instantie om bewijs aan te leveren. In het geval dat het gaat om wilsonafhankelijk materiaal, mag dat wel gebruikt worden voor de strafvervolgning.

¹²⁰ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk), r.o. 49.

¹²¹ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 15.

¹²² EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 14-18.

¹²³ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 19-24.

¹²⁴ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 25.

¹²⁵ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 26.

¹²⁶ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 30-34.

¹²⁷ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 59, 60.

¹²⁸ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 68-76.

¹²⁹ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), r.o. 68-76.

J.B. vs. Zwitserland

De Belastingdienst had een procedure wegens Belastingontduiking tegen J.B. gestart en vroeg bepaalde documenten bij J.B. op met betrekking tot bepaalde investeringen.¹³⁰ J.B. gaf toe investeringen te hebben gedaan en dat hij zijn belastingaangifte met betrekking tot zijn inkomsten onjuist had gedaan. Ondanks herhaalde verzoeken, werden de opgevraagde documenten niet overgelegd.¹³¹ Als gevolg daarvan werden aan J.B. drie administratieve boetes opgelegd.¹³² J.B. stelde zich op het standpunt dat, nu aan hem een navorderingsaanslag was opgelegd, hij niet meer verplicht was de gevraagde documenten te overleggen en dat artikel 6 EVRM geschonden was.¹³³ Het gerechtshof overwoog dat het genoemde artikel wel van toepassing was in deze zaak, maar kwam na een vergelijking met het Funke-arrest niet tot een schending daarvan. Bij Funke waren de instanties niet zeker van het feit dat de documenten bestonden, terwijl dat in de zaak van J.B. wel het geval was.¹³⁴ Naar aanleiding van de uitspraak van het gerechtshof is er tussen de Zwitserse Belastingdienst en J.B. een schikking getroffen waar een aanzienlijke boete ook onderdeel van was.¹³⁵ Bij het Hof klaagde J.B. vervolgens dat zijn recht op een eerlijk proces was geschonden door de verplichting om de documenten te overleggen. Ook klaagde hij erover dat de boetes disproportioneel hoog waren en dat deze boetes werden gebruikt als dwangmiddel. Daarnaast was J.B. ervan overtuigd dat de Belastingdienst het informatieverzoek had gedaan op basis van een zogenoemde “fishing expedition”, het vissen naar informatie zonder exact te weten over welke informatie de partij beschikt.¹³⁶

Het Hof beantwoorde in deze zaak de vraag of het opleggen van een boete als gevolg van het niet verstrekken van bepaalde informatie in strijd is met artikel 6 EVRM.¹³⁷ Het Hof geeft aan dat het niet aan haar is om te speculeren over de aard van de informatie, maar dat niet kon worden uitgesloten dat de informatie die J.B. moest verstrekken hem in verband kon brengen met belastingontduiking.¹³⁸ Het Hof maakt een vergelijking met het Saunders-arrest waarin gedwongen afgestaan wilsonafhankelijk materiaal gebruikt mag worden voor bewijs, maar gedwongen wilsafhankelijk materiaal niet.¹³⁹ Het Hof was van mening dat het in deze zaak om wilsafhankelijk materiaal ging. Gelet op de wijze waarop de Zwitserse Belastingdienst de documenten wilde verkrijgen, kwam het Hof tot de conclusie dat J.B. daarmee zichzelf had moeten belasten en dat daarmee sprake is van een schending van artikel 6 EVRM.¹⁴⁰

Het materiaal waar de Belastingdienst naar op zoek was bestond niet onafhankelijk van de wil van de verdachte en was gebaseerd op een “fishing expedition”, waardoor J.B. niet mocht worden gedwongen om het gevraagde materiaal te verschaffen.

Over het nemo tenetur-beginsel kan op grond van bovenstaande jurisprudentie geconcludeerd worden dat onder bepaalde omstandigheden een verklaring van de verdachte mag worden verwacht. Deze omstandigheid is dat het Openbaar Ministerie een vermoeden van witwassen op tafel heeft gelegd, dat schreeuwt om uitleg van de verdachte. De verdachte mag echter niet gedwongen worden om zichzelf te belasten. Het is daarbij wel van belang om onderscheid te maken in wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. De verdachte mag niet worden gedwongen om wilsafhankelijk materiaal af te staan. Wilsonafhankelijk materiaal mag wel te allen tijde worden gebruikt. Komt er echter geen

¹³⁰ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 9.

¹³¹ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 10-17.

¹³² EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 15, 18 19, 21.

¹³³ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 17.

¹³⁴ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 20 en 30.

¹³⁵ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 33-34.

¹³⁶ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 42, 54-56.

¹³⁷ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 64.

¹³⁸ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 66.

¹³⁹ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 68.

¹⁴⁰ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland), r.o. 69 – 71.

verklaring van de verdachte, dan mag dit in het nadeel van de verdachte worden gebruikt, zonder dat er sprake zal zijn van een schending van het nemo tenetur-beginsel.

4.1.3 HET EQUALITY OF ARMS BEGINSEL

Nu blijkt dat het verlangen van een verklaring van de verdachte (in beginsel) geen schending van het recht op een eerlijk proces oplevert, is het de vraag of het verwachten van die verklaring niet in strijd is met het beginsel van equality of arms. Voordat een antwoord op die vraag kan worden gezocht, zal eerst aan de hand van relevante jurisprudentie worden toegelicht wat de genoemde rechten inhouden.

In het arrest van *Dombo Beheer* (hierna: *Dombo*) tegen Nederland klaagde *Dombo* bij het Hof over een schending van artikel 6 EVRM.¹⁴¹ Er werd geklaagd over het feit dat artikel 6 EVRM aan iedereen een eerlijke behandeling van zijn zaak garandeert, terwijl dat in de zaak van *Dombo* niet het geval was. Hieruit volgt onder andere dat partijen elkaar met gelijke middelen moeten kunnen bestrijden, het equality of arms beginsel.

De bank, de wederpartij in deze zaak, wilde het bestaan van een kredietovereenkomst bewijzen die niet op schrift stond. Hiervoor wilde *Dombo* haar oud-directeur laten getuigen. De bank stelde dat diegene niet kon getuigen omdat hij een partij in het proces was en enkel was ontslagen om te kunnen getuigen. Het gerechtshof ging hierin mee. De bank wilde een werknemer laten getuigen en dit werd toegestaan. Volgens *Dombo* was artikel 6 EVRM geschonden nu haar getuige niet werd gehoord, maar de getuige van de bank wel.¹⁴² Het Hof overwoog dat verschillende beginselen met betrekking tot een eerlijk proces al eerder in de jurisprudentie zijn ontstaan. Een andere overweging was dat het beginsel van equality of arms geldt in zowel civielrechtelijke als strafrechtelijke procedures. Het equality of arms beginsel houdt dan in dat iedere partij een redelijke kans moet krijgen om zijn zaak, inclusief bewijs, voor te kunnen dragen. Nu in deze zaak geen duidelijke reden gegeven was waarom de ene getuige wel gehoord mocht worden en de andere getuige niet, was er sprake van ongelijkheid in de verdedigingsmogelijkheden van partijen. Het Hof kwam tot de conclusie dat het equality of arms beginsel was geschonden.¹⁴³

In het *Chambaz*-arrest kwam – naast het zwijgrecht en nemo tenetur-beginsel – het equality of arms beginsel aan de orde.¹⁴⁴ Uit dat arrest volgt dat een verdachte toegang moet krijgen tot alle gegevens op grond waarvan hem boeten worden opgelegd of dit nu ten nadele van hem is of niet, tenzij daardoor vitale nationale belangen of fundamentele rechten van derden beschadigd zouden worden.¹⁴⁵ Worden de documenten toch geweigerd, dan moet de procedure erin voorzien dat deze beperking voor de verdediging wordt gecompenseerd. Door het weigeren van inzage in het dossier dat tegen *Chambaz* was opgebouwd, was er sprake van een schending van het equality of arms beginsel. De belastingplichtige heeft het recht op volledige openbaarmaking van alle documenten van het dossier dat tegen diegene is opgebouwd, ongeacht of die documenten belastend of ontlastend zijn voor de verdachte. Als er een strafrechtelijke vervolging in het vooruitzicht is en het verstrekken van documenten uit het dossier wordt geweigerd op basis van de vertrouwelijkheid voor een derde, is het onwaarschijnlijk dat de rechter daarmee akkoord gaat.

In de zaak *Edwards en Lewis* tegen het Verenigd Koninkrijk werden de verdachten ten gevolge van een undercoveroperatie betrapd bij het plegen van drugsmisdriven.¹⁴⁶ Via een aparte rechtelijke procedure verzocht het Openbaar Ministerie om de geheimhouding van een aantal stukken met betrekking tot de undercoveroperatie en de rechter is daarmee akkoord gegaan. De verdachten werden veroordeeld zonder de achtergehouden stukken te kunnen inzien. De rechter had wel kennis kunnen nemen van de stukken en zich daarmee

¹⁴¹ EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 (*Dombo/Nederland*).

¹⁴² Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2013:CA1396, onder 7.4, bij HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1042.

¹⁴³ EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 (*Dombo/Nederland*).

¹⁴⁴ EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*).

¹⁴⁵ EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*), r.o. 61.

¹⁴⁶ EHRM 27 oktober 2004, nrs. 39647/98 en 40461/98 (*Edward en Lewis/Verenigd Koninkrijk*).

over de rechtsvraag moeten buigen of er sprake was geweest van provocatie, zoals de verdachten beweerden. Het recht op tegenspraak was geschonden doordat de verdachten de informatie niet kon inzien terwijl de rechter de stukken wel in zijn oordeel heeft kunnen betrekken.

Bij de zaak van Edward tegen het Verenigd Koninkrijk werd ook geklaagd over een schending van het recht op een eerlijk proces.¹⁴⁷ Voor zowel de rechter als de verdediging was ontlastende informatie achtergehouden. In hoger beroep werd dit wel rechtgetrokken. Het Hof overwoog dat de verdachte in zijn verdedigingsmogelijkheden was geschaad door het achterhouden van de ontlastende informatie, maar dat doordat dit in hoger beroep is rechtgetrokken, er geen sprake (meer) was van een schending van het recht op een eerlijk proces.

In de zaak Vidgen tegen Nederland klaagde Vidgen over een schending van het recht op een eerlijk proces bij zijn veroordeling voor smokkel van XTC.¹⁴⁸ Zijn veroordeling beruste in grote mate op één getuigenverklaring. De verdachte kon de getuige niet ondervragen omdat diegene zich, na het afleggen van zijn verklaring bij de politie, beriep op zijn zwijgrecht om zichzelf niet te belasten. Dat de getuige hierdoor niet ondervraagd kon worden, leverde een schending van artikel 6 EVRM op. Een uitzondering hierop zijn de gevallen waarbij voldoende compenserende maatregelen zijn genomen waardoor van een schending geen sprake (meer) is. Uit daarop volgende uitspraken blijkt dat, indien de rechter de betrouwbaarheid van de getuige heeft kunnen beoordelen, er sprake is van een compenserende maatregel.¹⁴⁹

In een ander arrest van het Hof, wordt gemarkeerd welke verdedigingsrechten de verdachte toekomen in het vooronderzoek.¹⁵⁰ Het Hof geeft aan dat het recht op een eerlijk proces ook inhoudt dat de verdachte de mogelijkheid moet krijgen om ontlastend bewijs te verzamelen, tenzij dwingende reden zijn die zich daartegen verzetten.

De Hoge Raad heeft in 1993 overwogen dat het recht op een eerlijk proces met zich mee kan brengen dat het verzoek van de verdediging tot contra-expertise gehonoreerd moet worden.¹⁵¹

Geconcludeerd kan worden dat het equality of arms beginsel voortvloeit uit het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM. Aan het recht op voldoende tijd voor de voorbereiding van een effectieve verdediging en het recht getuigen te (doen) ondervragen ligt ook het equality of arms beginsel ten grondslag. Dit beginsel is van toepassing bij een strafvervolging en houdt in dat iedereen een redelijke kans moet krijgen om zijn zaak, inclusief bewijs, voor te kunnen dragen. De verdachte heeft recht op inzage in het gehele procesdossier, zowel voor het belastende als ontlastende materiaal. De verdachte moet een getuige te allen tijde ook kunnen ondervragen, tenzij er voldoende compenserende maatregelen voor de verdachte zijn. Ook heeft de verdachte het recht op contra-expertise. Schending van het recht op een eerlijk proces in eerste aanleg kan nog wel gerepareerd worden in hoger beroep. De verdachte mag niet in zijn verdedigingsmogelijkheden geschaad worden.

Afgevraagd kan worden of een groot tijdsverloop kan leiden tot een schending van het equality of arms beginsel, aangezien de verdediging door het tijdsverloop grote moeite krijgt om een zaak voor te kunnen dragen. Een dergelijke zaak heeft zich bij het Hof nog niet voorgedaan.

¹⁴⁷ EHRM 16 december 1992, nr. 13071/87 (Edwards/Verenigd Koninkrijk). De uitspraak is te vinden in de HUDOC database van het EHRM. Zie ook: Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2013:CA1396, onder 8.1, bij HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1042.

¹⁴⁸ EHRM 10 juli 2012, NJ 2013, 145 (Vidgen/Nederland).

¹⁴⁹ 'Het ondervragingsrecht volgens het EHRM, een last of een zegen?', *Vaklunch* 17 april 2013, vaklunch.nl.

¹⁵⁰ EHRM 9 april 2015, nr. 30460/13 (A.T./Luxemburg).

¹⁵¹ HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899.

4.1.4 DE BEGINSLEN VAN EEN BEHOORLIJKE PROCESORDE

De beginselen van een behoorlijke procesorde zijn niet met zoveel woorden in de wet genoemd en behoren tot het ongeschreven recht. Het zijn normen die de rechter heeft ontwikkeld om het optreden van de strafrechtelijke overheidsorganen te beoordelen en, binnen de grenzen van de wet, nader te normeren.¹⁵² Het recht op een eerlijk proces kan ook onder deze beginselen geschaard worden.

In het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 1997 is de verdachte door het gerechtshof schuldig bevonden aan het valselijk opmaken van een aangiftebiljet met het oogmerk om dat aangiftebiljet als echt en onvervalst te gebruiken, voor de aangifte verontreinigingsheffing.¹⁵³ Op de vraag wat het aantal vervuilingseenheden over een bepaald jaar was, werd een lager getal ingevuld dan dat het in werkelijkheid was. Zes jaar later heeft de verdachte alsnog vrijwillig een juiste en volledige belastingaangifte gedaan op grond van artikel 68 lid 3 AWR (oud, nu artikel 69 lid 3), de vrijwillige verbetering.

Uit een samenstel van bepalingen, kon worden afgeleid dat het opzettelijk doen van een onjuiste of onvolledige aangifte verontreinigingsheffing strafbaar is op grond van artikel 68 AWR (oud).¹⁵⁴ De Hoge Raad overwoog dat wanneer artikel 68 lid 3 AWR (oud) van toepassing is, geen vervolging ter zake van de belastingfraude uit artikel 68 AWR (oud) kan worden ingesteld. Dit betekent niet dat het ook zonder meer de strafvervolging ter zake van de strafbepaling van artikel 225 WvSr, valsheid in geschrifte, uitsluit.¹⁵⁵ Echter kunnen de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat, indien vervolging van het fiscale misdrijf op grond van artikel 68 lid 3 AWR (oud) is uitgesloten, niet alsnog ter zake van hetzelfde feitencomplex een strafvervolging op grond van artikel 225 WvSr kan worden ingesteld.¹⁵⁶ Dit is het geval indien de vervolging er toe strekt om aan artikel 68 lid 3 AWR (oud) zijn effect te ontnemen en de vervolging in strijd is met de strekking van de genoemde bepaling.

In 1998 is in de wetwijziging van de belastingfraude de vervolgingsuitsluitingsgrond voor artikel 225 WvSr opgenomen.¹⁵⁷

De Hoge Raad heeft in een recente uitspraak in 2016 verwezen naar bovengenoemde uitspraak.¹⁵⁸ Aan de verdachte in deze zaak is onder andere ten laste gelegd en bewezenverklaard dat hij in de periode van 28 oktober 2005 tot en met 14 juli 2007, in Nederland en in Luxemburg, een voorwerp, te weten geldbedragen (te weten 100.000 euro en/of 231.300,83 euro), heeft overgedragen, terwijl hij wist dat beschreven voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig was uit enig misdrijf.¹⁵⁹ De verdachte heeft namens zijn moeder een inkeermelding bij de Belastingdienst gemaakt.

De bepaling van artikel 69 AWR wordt aangehaald. De overheid heeft het de afspraak gemaakt dat geen vervolging ter zake van witwassen wordt ingesteld, indien er sprake is van een juiste en tijdige vrijwillige verbetering van verzwegen legaal vermogen. Zonder deze afspraak, zou niemand meer gebruik maken van de inkeerregeling, omdat het risico bestaat dat diegene voor witwassen wordt vervolgd.¹⁶⁰ Naar aanleiding van de inkeerprocedure van zijn moeder, is de verdachte toch strafrechtelijk vervolgd ter zake van witwassen. Zowel bij de rechtbank als hij het gerechtshof werd overwogen dat de verdachte niet de belastingplichtige c.q. schuldige was, waardoor de inkeerregeling niet op hem van

¹⁵² Mevis 2013, p. 194 en 645.

¹⁵³ HR 18 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0659.

¹⁵⁴ HR 18 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0659, r.o. 5.2.

¹⁵⁵ HR 18 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0659, r.o. 6.5.

¹⁵⁶ HR 18 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0659, r.o. 6.6.

¹⁵⁷ Valkenburg 2007, p. 61.

¹⁵⁸ HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:555.

¹⁵⁹ HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:555, r.o. 3.2.1.

¹⁶⁰ HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:555, r.o. 3.2.2.

toepassing was, terwijl de advocaat stelde dat zonder zijn cliënt, de moeder helemaal niet was ingekeerd.¹⁶¹

De Hoge Raad merkt op dat in beginsel slechts de schuldige aan de gedraging – in de regel is dat de belastingplichtige – van de inkeerregeling kan profiteren. Daarbij werd overwogen dat onder bijzondere omstandigheden beginselen van behoorlijke procesorde met zich meebrengen dat, indien vervolging van belastingfraude op grond van artikel 69 lid 3 AWR is uitgesloten, niet alsnog ter zake van het desbetreffende feitencomplex een op overtreding van 420bis WvSr toegespitste stafvervolging kan worden ingesteld.¹⁶²

De Hoge Raad trekt de benadering van de uitspraak uit 1997 door naar de strafvervolging voor witwassen.

Ook het vertrouwensbeginsel kan in het strafrecht als beginsel van een behoorlijke procesorde een belangrijke rol spelen. Voor het vertrouwensbeginsel geldt dat de verwachtingen die door de overheid worden gewekt, in redelijkheid moeten worden gehonoreerd, behoudens zwaarwichtige belangen die zich daartegen verzetten.¹⁶³ Een schending van het vertrouwensbeginsel leidt tot een schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde en kan bij een ernstige schending zelfs leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

Uit hoofdstuk 2 van dit onderzoek volgt dat tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie een afspraak is gemaakt om geen strafrechtelijke vervolging voor witwassen te starten indien het gaat om een belastingplichtige die zijn aangifte tijdig vrijwillig verbeterd met betrekking tot legaal verkregen vermogen. De verwachting die de belastingplichtige aan deze uitspraak ontleent, is dat er geen strafrechtelijke vervolging volgt, indien de inkeerprocedure bij de Belastingdienst volledig is afgerond. Nu het Openbaar Ministerie bij het geringste vermoeden van witwassen van illegaal vermogen toch een strafrechtelijk onderzoek kan starten, valt de gewekte verwachting al snel in het water. Hierdoor kan een schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde in het verschiet liggen.

Het komt voor dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard, in het geval dat er sprake is van een groot tijdsverloop in combinatie met een inbreuk op een of meer beginselen van een behoorlijke procesorde.¹⁶⁴

4.2 DE VERJARING

Een strafbaar feit kan na het verstrijken van een bepaalde tijd niet meer tot strafvervolging leiden. Het recht op strafvervolging is dan verjaard.¹⁶⁵ De Hoge Raad heeft aangegeven dat de verjaring onder andere steunt op de ervaring dat door tijdsverloop het bewijs kan vervagen.¹⁶⁶

Voor een misdrijf waar een gevangenisstraf op staat van meer dan drie jaar maar minder dan acht jaar geldt een verjaringstermijn van twaalf jaar, op grond van artikel 70 WvSr. Degene die zich schuldig maakt aan witwassen wordt gestraft met een gevangenisstraf van maximaal zes jaar, volgt uit artikel 420bis WvSr. De verjaringstermijn voor witwassen is dus twaalf jaar.

Witwassen is een misdrijf dat blijft voortduren zolang het voorwerp er is. Zolang een belastingplichtige het voorwerp bijvoorbeeld voorhanden, verworven of omgezet heeft en dit ieder jaar opnieuw achterwege laat om het aan te geven bij de Belastingdienst, blijft de belastingplichtige zich schuldig maken aan witwassen.¹⁶⁷ Het Openbaar Ministerie heeft bij het witwassen dan ook weinig problemen met de verjaringstermijn van twaalf jaar. In de

¹⁶¹ HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:555, r.o. 3.2.2 en 3.2.3.

¹⁶² HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:555, r.o. 3.3.3.

¹⁶³ Bleichrodt-Verbaan-Verbeek/Koopmans 2013, p. 28.

¹⁶⁴ Concl. A-G J. Wortel, ECLI:PHR:2013:794, bij HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:703, r.o. 2.3.

¹⁶⁵ Mevis 2013, p. 480.

¹⁶⁶ HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8746, r.o. 3.2.

¹⁶⁷ 'Het risico van voordeelsontneming uit verjaarde (fiscale) misdrijven', *Jaeger Advocaten – Belastingkunde* 9 september 2015, blog.jaeger.nl.

tenlastelegging worden alleen de jaren waarin het misdrijf is gepleegd tot maximaal twaalf jaar terug opgenomen. Ter illustratie het volgende: in het jaar 1990 is het geld, waar de zaak om gaat, verworven en op een buitenlandse bankrekening gezet buiten het zicht van de Nederlandse Belastingdienst. In 2014 heeft de belastingplichtige gebruik gemaakt van de vrijwillige verbetering, maar naar aanleiding daarvan is toch een strafrechtelijk onderzoek naar de verdachte met betrekking tot witwassen gestart. Het Openbaar Ministerie legt dan de periode van 2002 tot en met 2014 ten laste en de jaren daarvoor worden buiten beschouwing gelaten. De jaren die niet in de tenlastelegging zijn opgenomen hoeven door zowel het Openbaar Ministerie als de rechter ook niet bekeken te worden.

4.3 HET BEWIJS

Om een concrete, verifieerbare en niet hoogst onwaarschijnlijke verklaring af te leggen over de legale herkomst van het geld en dus het vermoeden van het Openbaar Ministerie in twijfel te kunnen trekken, kunnen de jaren voorafgaand aan de twaalf jaar die in de tenlastelegging opgelegd kunnen worden in verband met de verjaring, wel degelijk belangrijk zijn voor de verdediging en de verdachte. Voor de verdachte kan het zeer bezwarend zijn om over een lange periode terug te kijken. Dan rijst de vraag hoe een concrete, verifieerbare en niet hoogst onwaarschijnlijke verklaring kan worden afgegeven, als er bijvoorbeeld geen documentatie meer voorhanden is door het grote tijdsverloop.

4.3.1 BEWAARPLICHT DOCUMENTEN

Voor rechtspersonen geldt een administratieplicht van zeven jaar voor het bewaren van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers alsmede de jaarrekening, zo volgt uit artikel 10 van boek 2 van het BW. Na deze periode mogen alle documenten vernietigd worden. Ook artikel 52 AWR geeft een soortgelijke administratieplicht aan rechtspersonen met betrekking tot de vermogenstoestand van de rechtspersoon. Voor burgers geldt een dergelijke administratieplicht niet.

De Belastingdienst mag in beginsel bij iedereen tot vijf jaar terug belasting navorderen.¹⁶⁸ Voor buitenlands vermogen geldt een langere navorderingstermijn, namelijk twaalf jaar. Bij erfbelasting over vermogen uit het buitenland, is de navorderingstermijn zelfs onbeperkt.¹⁶⁹ Het kan dus verstandig zijn om voor in ieder geval vijf jaar lang, maar bij het hebben van buitenlands vermogen zelfs twaalf jaar lang, de persoonlijke administratie te bewaren, maar zoals hiervoor al gezegd, is dit voor burgers dus niet verplicht.

Dat een verdachte geen documentatie meer heeft over de jaren 1980/1990, de jaren waarin het vermogen is opgebouwd, is dan ook niet heel onwaarschijnlijk.

4.3.2 GETUIGEN ALS BEWIJS

Daarnaast is het zo dat, zoals uit paragraaf 4.1.3 is gebleken, de verdachte onder andere op grond van het beginsel van equality of arms het recht heeft om getuigen te (doen) ondervragen. Het is echter algemeen bekend dat het geheugen van de mens in de loop der tijd vervaagd. Het geheugen van een mens kan na het verstrijken van een aantal jaren niet meer als betrouwbaar worden beschouwd.

Door dit grote tijdsverloop in dergelijke zaken tussen het verwerven van het vermogen en de strafrechtelijke vervolging, kunnen getuigen, wel opgeroepen worden, maar hun verklaring over datgene wat twintig tot dertig jaar daarvoor heeft plaatsgevonden kan niet meer als betrouwbaar worden beschouwd. Hoewel de verdachte recht heeft op het (doen) ondervragen van getuigen, kan het in dergelijke zaken zo zijn dat het ondervragen niet meer zinvol is door het grote tijdsverloop.

4.4 DE PRAKTIJK

Ook in deze paragraaf geldt voor de verwijzingen naar de interviews in de bijlage hetzelfde als is toegelicht in paragraaf 2.4. De interviews en de Rode Draad zijn ook in deze paragraaf gekoppeld aan de in dit hoofdstuk besproken theorie.

¹⁶⁸ 'Hoe lang moet ik mijn financiële administratie bewaren?' *Rijksoverheid* geraadpleegd 1 december 2016, rijksoverheid.nl.

¹⁶⁹ 'Navorderingsaanslag', *Belastingdienst*, (online, bijgewerkt 25 november 2016), belastingdienst.nl.

4.4.1 INTERVIEWS

Wat betreft de verjaring heeft het Openbaar Ministerie weinig problemen. Witwassen is namelijk een voortdurend delict. Dat iemand langer dan twaalf jaar geleden, de periode waarin de strafbaarheid voor witwassen verjaard, begonnen is met het witwassen betekent hier dus absoluut niet dat vervolging voor witwassen in dergelijke zaken niet meer mogelijk is. Voor de verdediging wordt het echter wel lastig indien het delict verder in het verleden ligt. Opmerkelijk is ook dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is gebleken dat de verjaring onder andere steunt op de ervaring dat door tijdsverloop het bewijs kan vervagen, maar dat het Openbaar Ministerie toch bewijs verlangd over een periode van meer dan twaalf jaar terug, toen het vermogen is verworven.¹⁷⁰

Het Openbaar Ministerie is van mening dat een verdachte moet kunnen aantonen, dus bewijzen, waar zijn vermogen vandaan komt, als dat vermogen opeens omhoog is geschoten, ongeacht het grote tijdsverloop tussen het verkrijgen van dat vermogen en de vraag naar de herkomst ervan door het Openbaar Ministerie. Er zijn namelijk altijd bepaalde lijnen zichtbaar in het vermogenspatroon van iemand. Op het moment dat het vermogen opeens omhoog schiet, ligt daar iets aan ten grondslag wat iemand ook jaren later nog moet kunnen aantonen, aldus de officier van justitie. Lukt het de verdachte niet om aan te tonen waar het geld vandaan komt, dan is dat het risico waar de verdachte zelf voor heeft gekozen toen hij besloot het vermogen niet bij de Belastingdienst te melden. De rechter sluit zich hierbij aan, in het geval dat de verdachte het geld voor een ander heeft gehouden. Dan moet de verdachte namelijk wel aan kunnen tonen dat het niet zijn geld is. Gaat het wel om zijn eigen geld, dan komt de rechter sowieso niet snel tot een bewezenverklaring van witwassen, omdat daar de kwalificatie-uitsluitingsgrond voor bestaat van de Hoge Raad, tenzij er meerdere handelingen zijn uitgevoerd om de daadwerkelijke herkomst van het geld te verhullen. Is dat het geval, maar komt de verdachte met een verklaring die concreet en niet hoogst onwaarschijnlijk is, dan is het vereiste van de verifieerbaarheid minder van belang. De officier van justitie wordt dan aangekeken om te bewijzen dat het vermoeden gerechtvaardigd is.

Anders dan dat het Openbaar Ministerie misschien denkt, ligt de bewijslast namelijk in zijn geheel bij het Openbaar Ministerie en kan er absoluut geen sprake zijn van omkering van de bewijslast. De advocaat sluit zich aan bij deze opmerking van de rechter en merkt nog het volgende op. Van belang is dat de verklaring van de verdachte plausibel is bij een groot tijdsverloop zoals in deze zaken speelt. De verdachte hoeft alleen maar twijfel te zaaien, de rechter moet namelijk volledig overtuigd zijn van iemands schuld om tot een veroordeling te kunnen komen.

Kijkend naar de jurisprudentie van het Hof mag in de situatie die schreeuwt om uitleg van de verdachte een verklaring niet uitblijven. Echter, indien die verklaring plausibel is, hoeft de verdachte geen bewijzen aan te leveren zoals documenten uit die tijd of door getuigen op te roepen, die zijn verklaring kunnen ondersteunen. De verdachte heeft daarnaast geen bewaarplicht van bescheiden, waardoor ook niet van hem verlangd kan worden dat hij de bescheiden nog heeft. Het is niet aan de verdachte om te bewijzen dat het gaat om legaal verkregen geld of om het vermoeden van illegaal verkregen vermogen te weerleggen. Het is, zoals al eerder gezegd, de taak van het Openbaar Ministerie om te bewijzen dat het geld illegaal verkregen is.¹⁷¹

In het geval dat de verdachte geen legale inkomsten heeft, maar er geen informatie bekend is over de verdachte met betrekking tot het criminele circuit, dan is een plausibele verklaring wel van groot belang.

¹⁷⁰ HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8746, r.o. 3.2.

¹⁷¹ Interview advocaat, bijlage IV.

4.4.2 RODE DRAAD III

Voor de koppeling met dit hoofdstuk is in het bijzonder dossier B interessant.

A: In dossier A schemert naar aanleiding van de verklaring van de betrokkene door dat het Openbaar Ministerie nader onderzoek niet nodig acht. In deze zaak speelt het tijdsverloop een wat minder grote rol doordat de betrokkene in de afgelopen jaren ook de beschikking over geld heeft gehad, dat na het gebruik maken van de inkeerregeling nog steeds niet bij de Belastingdienst bekend is. Toch kan ook de betrokkene uit dossier A moeilijk aantonen waar het geld überhaupt vandaan komt, indien het geld dat hij heeft uitgegeven een erg lange tijd terug is verworven.

B: Zowel vader als zoon hebben een verklaring over de herkomst van het geld afgelegd. Nadere informatie is niet meer beschikbaar.

Over de verklaringen wordt het volgende gezegd. Om een verklaring concreet en verifieerbaar te maken, zullen er van de betrokkene, naast zijn verklaring over het algemeen documenten nodig zijn ter onderbouwing van de verklaring met betrekking tot de herkomst van het geld. Door zowel vader als zoon zijn echter geen documenten ter beschikking gesteld aan de Belastingdienst die de verklaringen over het vermogen ondersteunen. Op de eis van “niet hoogst onwaarschijnlijk” wordt niet nader ingegaan, waardoor kan worden aangenomen dat de verklaring aan deze eis voldoet.

De opsporingsambtenaren merken op dat bij de Belastingdienst geen inkomensgegevens meer beschikbaar zijn van de periode voor 2001. De door de betrokkene afgelegde verklaring geeft geen feitelijke informatie en/of aanwijzingen over de herkomst van het geld, die verificatie mogelijk maken voor het Openbaar Ministerie.

Daarnaast wordt door de verbalisant in het proces-verbaal opgemerkt dat vader in de periode van de aankoop van een pand in 1981 uit eigen middelen heeft kunnen financieren, maar dat gezien het tijdsverloop geen nader onderzoek is ingesteld. In 2002 – 2004 heeft hij ook de bouw van een pand uit eigen middelen heeft kunnen financieren. Ook voor deze periode is geen nader onderzoek ingesteld gezien het tijdsverloop. Het is opmerkelijk dat hierover wordt opgemerkt dat gezien het tijdsverloop geen nader onderzoek heeft plaatsgevonden, terwijl over een langere periode in het verleden wel informatie aangeleverd moet worden. Al het vermogen dat ter discussie staat, van zowel vader en zoon, is in de jaren tachtig en negentig verworven. Nader onderzoek is gezien het tijdsverloop in de ogen van de verbalisant ten aanzien van deze financieringen niet meer mogelijk, maar zou ten aanzien van ander vermogen in dezelfde periode zou wel mogelijk moeten zijn.

De beoordeling van de dossiers en het inzien van de aangiftes inkomstenbelasting vanaf 2001 met de door de betrokkenen aangegeven inkomsten in de jaren 2001 tot en met 2013 geven geen verklaring voor de totale waarde van zijn bezittingen, zo blijkt uit het proces-verbaal. Het is niet onlogisch dat de onderzochte periode geen verklaring geeft voor de totale waarde van de bezittingen van vader en zoon, aangezien een groot deel van hun vermogen al in de jaren tachtig is verworven. De opmerking in het proces-verbaal getuigt niet van een grondig onderzoek naar al het vermogen en lijkt derhalve nietszeggend.

Uit het proces-verbaal blijkt dat de opsporingsambtenaren van mening zijn dat over het algemeen documenten nodig zijn ter onderbouwing van de verklaring. Het wordt wel normaal gevonden dat de Belastingdienst geen documentatie meer heeft van voor 2001 en toch wordt van betrokkenen verlangd dat zij dergelijke gegevens nog wel hebben. Afgevraagd kan worden of de opmerking van de opsporingsambtenaren wel stand kan houden. Zoals in dit hoofdstuk al is beschreven, hebben burgers namelijk geen bewaarplicht.

Uit dit hoofdstuk kan ook het volgende al worden afgeleid. Van de betrokkene mag een verklaring worden verlangd, indien de situatie schreeuwt om een uitleg, zonder dat het nemo tenetur-beginsel geschonden wordt. Of deze situatie schreeuwt om een uitleg valt te betwijfelen, nu de verdenking namelijk gebaseerd is op handelingen die gebruikelijk zijn voor een ieder die inkeert. Voor zoon werd de inkeer voornamelijk verdacht gevonden

doordat hij een aantekening heeft in de justitiële documentatie, voor een overtreding van de Opiumwet. Desondanks zijn er door zowel vader als zoon verklaringen afgelegd. Daarnaast wordt betrokkenen verweten dat zij geen documenten kunnen overleggen met betrekking tot de herkomst van het geld. Door het grote tijdsverloop is het echter logisch dat de gevraagde documentatie niet meer in het bezit is van de betrokkenen. Daarnaast zijn zij ook niet verplicht om hun administratie te bewaren. Het doen ondervragen van getuigen die hun verklaring kracht bij zetten heeft in deze zaak, door het tijdsverloop, geen zin meer. Als de getuigen als op te sporen zijn, zijn zij niet meer betrouwbaar. Dit brengt de verdedigingsmogelijkheden in moeilijkheden.

4.5 TUSSENCONCLUSIE

Op het moment dat het vermoeden van witwassen bestaat en het vermoeden is onderbouwd met feiten en omstandigheden die het vermoeden rechtvaardigen, dan mag er dus, in lijn met de jurisprudentie van zowel het Hof als de Nederlandse rechtsprekende macht, een verklaring van de verdachte verlangd worden. Wanneer deze verklaring niet komt, mag dat tegen de verdachte worden gebruikt, indien er ook genoeg ander bewijs op tafel ligt.

Daarnaast blijkt dat een ieder een redelijke kans moet krijgen om zijn zaak, inclusief bewijs, voor te kunnen dragen. Daarbij hoort onder andere dat de verdediging recht heeft op inzage in het gehele procesdossier, het te allen tijde ondervragen van getuigen en contra-expertise. Het grote tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en de strafrechtelijke vervolging voor witwassen leidt voor de verdediging echter tot problemen. Een bewaarplicht geldt niet voor de verdachte en getuigen uit de tijd dat het vermogen is verworven zijn niet meer betrouwbaar door het tijdsverloop, waardoor de verdediging weinig tot geen verdedigingsmogelijkheden overhoudt. Een schending van het recht op een eerlijk proces kan op de loer liggen, in het geval dat van de verdachte ondanks het grote tijdsverloop toch een verifieerbare verklaring wordt verlangd.

Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie dat de beginselen van een behoorlijke procesorde in bijzondere gevallen met zich mee kunnen brengen dat, in het geval dat vervolging van belastingfraude op grond van artikel 69 lid 3 AWR is uitgesloten, niet alsnog ter zake van het desbetreffende feitencomplex een op overtreding van 420bis WvSr toegespitste stafvervolging kan worden ingesteld.

Interessant is ook dat uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de invoering van de verjaring onder andere steunt op de ervaring dat door het tijdsverloop het bewijs kan vervagen. Ondanks dat het witwassen een doorlopend delict is, onderzoekt het Openbaar Ministerie maar een bepaald aantal jaar terug, terwijl voor een eerlijk proces van de verdachte de periode die het Openbaar Ministerie niet onderzoekt, van groot belang is.

Een dergelijke zaak is echter nog niet voorgelegd aan de rechtbank, waardoor ook geen concrete conclusies kunnen worden getrokken. Toch is het, gelet op het voorgaande, niet onwaarschijnlijk dat er in grote mate rekening gehouden moet worden met het feit dat het vermogen al vele jaren geleden is verworven.

HOOFDSTUK 5 – CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk worden conclusies getrokken naar aanleiding van het onderhavige onderzoek. Vervolgens zullen aanbevelingen aan de opdrachtgever worden gedaan. Er wordt in dit hoofdstuk antwoord gegeven op de centrale vraag:

Welke argumenten ten behoeve van een verdedigingsstrategie in strafzaken waarin de verdachte na een vrijwillige verbetering van zijn onjuiste en/of onvolledige aangifte bij de Belastingdienst alsnog wordt vervolgd ter zake van witwassen, zijn af te leiden uit een onderzoek naar de bewijsconstructie van witwassen en de rol van tijdsverloop tussen het verwerven van het vermogen en het strafrechtelijke onderzoek in dergelijke zaken?

Zoals in het eerste hoofdstuk al is aangegeven, worden de conclusies geformuleerd aan de hand van de vragen van het beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 WvSv.¹⁷²

5.1 CONCLUSIES

De voorvragen uit artikel 348 Sv luiden als volgt:

- I. Is de dagvaarding geldig?
- II. Is de rechter bevoegd?
- III. Is de officier van justitie ontvankelijk?
- IV. Zijn er redenen voor schorsing van de vervolging?

Uit het onderzoek zijn geen verweren gebleken die tegen de geldigheid van de dagvaarding, de bevoegdheid van de rechter en de redenen voor schorsing van de vervolging kunnen worden ingebracht.

III – Ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

Gebleken is dat

- de afspraak die tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie is gemaakt er voor zorgt dat geen strafvervolging voor witwassen wordt ingesteld, indien het gaat om een vrijwillige verbetering van legaal verkregen vermogen. Met de vrijwillige verbetering heeft de betrokkene volledige openheid van zaken moeten geven. De betrokkene gaat er dan ook na het afronden van de inkeerprocedure vanuit dat er geen strafvervolging meer zal volgen. Zonder deze afspraak, zou niemand meer gebruik maken van de inkeerregeling, omdat het risico bestaat dat diegene voor witwassen wordt vervolgd. Het vertrouwensbeginsel kan geschonden worden zodra een strafvervolging plaatsvindt;
- de verjaring over het algemeen geen rol speelt in dergelijke zaken, aangezien witwassen een doorlopend delict is. Door het grote tijdsverloop kan er echter geen sprake meer zijn van een redelijke kans om de zaak van de betrokkene, inclusief bewijs, voor te dragen, waar de betrokkene op grond van het equality of arms beginsel wel recht op heeft. Onderdeel van dit beginsel is dat getuigen ondervraagd moeten kunnen worden, maar door het tijdsverloop zijn de getuigenverklaringen niet meer betrouwbaar, doordat het menselijk geheugen in de loop der tijd vervaagd. Daar komt nog bij dat er geen bewaarplicht van documenten geldt en dat derhalve ook niet van de betrokkene kan worden verlangd dat hij zijn verklaring over het verwerven van het vermogen met documenten onderbouwd. De Hoge Raad heeft niet voor niets opgemerkt dat de verjaring onder andere steunt op de ervaring dat door tijdsverloop het bewijs kan vervagen;¹⁷³
- een verklaring die concreet, verifieerbaar en niet hoogst onwaarschijnlijk is, van de betrokkene verlangd mag worden, maar dat, wederom met het oog op het tijdsverloop en het recht op een eerlijk proces, niet van de betrokkene verlangd kan worden dat een verklaring over het vermogen uit de jaren tachtig nog verifieerbaar is;

¹⁷² Bleichrodt-Verbaan-Verbeek/Koopmans 2013.

¹⁷³ HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8746, r.o. 3.2.

- beginselen van een behoorlijke procesorde in bijzondere gevallen met zich mee kunnen brengen dat, indien vervolging van belastingfraude op grond van artikel 69 lid 3 AWR is uitgesloten, niet alsnog ter zake van het desbetreffende feitencomplex een op overtreding van 420bis WvSr toegespitste stafvervolging kan worden ingesteld. Dit is het geval, als de strafvervolging in strijd is met de strekking van artikel 69 AWR, waardoor belastingplichtige geen gebruik meer zullen maken van de inkeerregeling.

Kijkend naar de praktijk zou een strafrechtelijke vervolging in strijd kunnen zijn met het recht op een eerlijk proces, de verjaring en de beginselen van een behoorlijke procesorde en ligt niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie op de loer.

De hoofdvragen van artikel 350 Sv luiden als volgt:

- V. Is het ten laste gelegde feit bewezen?
- VI. Is het bewezenverklaarde strafbaar?
- VII. Is de verdachte strafbaar?
- VIII. Welke sanctie wordt opgelegd?

Met betrekking tot de hoofdvragen is uit het onderzoek niets gebleken dat tegen de strafbaarheid van de verdachte en de sanctie die opgelegd wordt, ingebracht kan worden.

V – Bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat

- het Openbaar Ministerie met een vermoeden van witwassen moet komen dat onderbouwd is met feiten en omstandigheden. Het kan zijn dat het Openbaar Ministerie het vermoeden voornamelijk met typologieën onderbouwt. Dit rechtvaardigt een vermoeden van witwassen echter niet;
- het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval aan welke eisen van de verklaring voornamelijk waarde wordt gehecht. Indien de betrokkene met een plausibele verklaring is gekomen, is het in veel gevallen aan het Openbaar Ministerie om met bewijzen te komen die de plausibele verklaring ontkrachten. Als dat niet is gelukt, is de plausibele verklaring van de betrokkene voldoende;
- het Openbaar Ministerie van te voren vaststelt of een verklaring van de betrokkene aan de eisen van de verklaring voldoet, zonder dat daar een onderzoek aan ten grondslag ligt, en de verklaring ter zijde kan schuiven, terwijl de verklaring wel degelijk plausibel kan zijn;
- het aan het Openbaar Ministerie is om te bewijzen dat het vermogen afkomstig is van enig misdrijf en dat het niet aan de betrokkene is om te bewijzen dat zijn vermogen een legale herkomst heeft.

Gelet op het bovenstaande zou vrijspraak van de betrokkene kunnen volgen, nu niet tot een bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit kan worden gekomen.

VI – Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Duidelijk is geworden dat

- de Hoge Raad een kwalificatie-uitsluitingsgrond in het leven heeft geroepen om dubbele strafbaarheid voor eenzelfde feitencomplex te voorkomen. Het voorhanden hebben of verwerven van een voorwerp uit enig eigen misdrijf kan niet als witwassen worden gekwalificeerd. Ondanks dat belastingfraude volgens de Hoge Raad onder de reikwijdte van het delict witwassen valt, is het alleen voorhanden hebben van een Zwitserse bankrekening met uit belastingfraude afkomstig vermogen, onvoldoende om als witwassen aangewezen te kunnen worden.

Gelet op de praktijk leidt deze kwalificatie-uitsluitingsgrond tot ontslag van alle rechtsvervolging.

5.2 AANBEVELINGEN

Naar aanleiding van de conclusies kunnen de volgende aanbevelingen worden geformuleerd. De aanbevelingen zullen ook aan de hand van de voor de conclusies gebruikte vragen van het beslissingsmodel worden neergezet.

I – Ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie

Bepleit kan worden dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is, omdat

- de betrokkene met gebruik van de inkeerregeling volledige openheid van zaken heeft willen geven, maar ondanks die openheid en de afspraak van de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie nu toch geconfronteerd wordt met een strafvervolging ter zake van witwassen;
- de betrokkene het vermogen waar het in deze zaak om gaat al in de jaren tachtig heeft verworven en niet meer over documentatie beschikt en ook niet hoeft te beschikken;
- invoering van de verjaring is gebaseerd om de ervaring dat door tijdsverloop het bewijs kan vervagen. Nu daar in het geval van betrokkene sprake van is, kan geen behoorlijke verdediging meer worden gevoerd. Het equality of arms beginsel is geschonden;
- de strafvervolging voor witwassen in strijd is met de beginselen van een behoorlijke procesorde, aangezien deze beginselen met zich meebrengen dat ten aanzien van hetzelfde feitencomplex niet voor witwassen vervolgd mag worden, nu er gebruik is gemaakt van de inkeerregeling. De strafvervolging doet afbreuk aan de strekking van de vrijwillige verbetering.

Het kan verstandig zijn om de jurisprudentie met betrekking tot de inkeerregeling of een groot tijdsverloop in de gaten te houden om erachter te komen hoe over dergelijke zaken wordt geoordeeld.

V – Bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit

Het ten laste gelegde feit kan niet bewezen worden, omdat

- het vermoeden van witwassen met betrekking tot de betrokkenen teveel is gebaseerd op (onjuiste) aannames en omstandigheden die voor iedere persoon die gebruikmaakt van de inkeerregeling geldt en derhalve geen verdenking van witwassen rechtvaardigt;
- betrokkene een plausibele verklaring heeft gegeven. Dat de verklaring niet meer verifieerbaar is door het tijdsverloop mag niet in het nadeel van de betrokkene worden gebruikt;
- het Openbaar Ministerie het heeft nagelaten om nader onderzoek in te stellen en het aan het Openbaar Ministerie is om te bewijzen dat het vermogen afkomstig is van enig misdrijf.

Ook kan het verstandig zijn om, indien het zo ver komt, het strafrechtelijk onderzoek af te wachten en de betrokkene één volledige verklaring af te laten leggen over de herkomst van het geld en niet om in delen te verklaren over het vermogen.

VI – Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Bepleit kan worden dat er sprake is van een kwalificatie-uitsluitingsgrond, omdat

- van een gronddelict geen sprake is. Vervolging voor belastingfraude is op grond van artikel 69 lid 3 AWR namelijk uitgesloten en het is onduidelijk welk ander gronddelict aan het witwassen ten grondslag zou moeten liggen. De rechter hoeft het gronddelict niet te specificeren, maar dat betekent niet dat er geen concrete aanwijzingen voor een gronddelict moeten zijn, die in dit geval ontbreken;
- het verwerven en/of voorhanden hebben van een voorwerp uit enig eigen misdrijf niet als witwassen gekwalificeerd kan worden. Het storten van geld op een eigen

bankrekening is onvoldoende om van meer dan verwerven en/of voorhanden hebben te kunnen spreken, zelfs als dit geld gebruikt is voor reguliere uitgaven.

Bij zaken die pas vanaf 1 januari 2017 spelen kan deze kwalificatie-uitsluitingsgrond wellicht niet meer worden toegepast, nu de kwalificatie-uitsluitingsgrond strafbaar is gesteld met de Aanpassing witwaswetgeving. Geadviseerd wordt dan ook om de jurisprudentie in de witwaszaken in de gaten te houden.

LITERATUURLIJST

Bleichrodt-Verbaan-Verbeek/Koopmans 2013

F.W. Bleichrodt – J.H.J. Verbaan – R.J. Verbeek / F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2013.

Bogers DD 2013/33

M.J. Bogers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen', DD 2013/33.

Gerards AA 2010/10

J.H. Gerards, 'Het EHRM', *Ars Aequi* oktober 2016

Harteveld 2004

A.E. Harteveld, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Hullu, de, 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Kooijmans AA 2016/02

T. Kooijmans, 'Witwassen van voorwerpen uit eigen misdrijf', *Ars Aequi* februari 2016.

Kooijmans DD 2014/39

T. Kooijmans, 'Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?', DD 2014/39.

Leeuwen, van, DD 2011/23

D.J. van Leeuwen, 'Witwassen naar Nederlands recht. Over het voorhanden hebben en het bewijs van witwassen', DD 2011/23.

Mevis 2013

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

V. Mul, in: Tekst & Commentaar Strafrecht, Deventer: Kluwer 2016, artikel 420bis Sr.

V. Mul, 'Commentaar op artikel 420bis Sr', in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

Schaaijk, van, 2011

G.A.F.M. Van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Smidt en Smidt 1981

H.J. Smidt & J.W. Smidt, 'Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (I)', Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Valkenburg 2007

W.E.C.A. Valkenburg, *Inleiding fiscaalstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Vocht, de, in: T&C Strafvordering 2016, artikel 6 EVRM.

D. de Vocht, 'commentaar op artikel 6 EVRM', in: *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2016.

JURISPRUDENTIELIJST

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. Alkem (Golder/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 16 december 1992, nr. 13071/87 (Edwards/Verenigd Koninkrijk). De uitspraak is te vinden in de HUDOC database van het EHRM.
EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485 (Funke/Frankrijk).
EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485, m.nt. G. Knigge (Funke/Frankrijk).
EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534 (Dombo/Nederland).
EHRM 23 februari 1994, A 282-A (Stanford/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, (John Murray/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 669 (Saunders/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B./Zwitserland).
EHRM 27 oktober 2004, nrs. 39647/98 en 40461/98 (Edward en Lewis/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04 (Chambaz/Zwitserland).
EHRM 10 juli 2012, *NJ* 2013, 145 (Vidgen/Nederland).
EHRM 9 april 2015, nr. 30460/13 (A.T./Luxemburg).

Hoge Raad

Concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2013:CA3302, bij HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:898.
Concl. A-G J. Wortel, ECLI:PHR:2013:794, bij HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:703.
Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2013:CA1396, bij HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1042.
HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899.
HR 18 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0659.
HR 15 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9639.
HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124.
HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094.
HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712.
HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774.
HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787.
HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471.
HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440.
HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578.
HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8746.
HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910.
HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4449.
HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164.

HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1237.

HR 7 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2913.

HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1655.

HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:555.

HR 11 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2294.

HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842 (overzichtsarrest witwassen).

Gerechtshof

Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481 (zes-stappen-arrest).

Hof Amsterdam 25 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3979.

Hof Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3295.

Rechtbank

Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Haarlem) 16 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:976.

Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 14 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5081.

Rb. Midden Nederland (zittingsplaats Utrecht) 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5689.

Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 8 december 2016 (niet gepubliceerd).

OVERIGE BRONNEN

Elektronische bronnen

'Boete bij vrijwillige verbetering', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Bom onder de inkeerregeling onschadelijk gemaakt', *Taxlive* 18 februari 2016, Taxlive.nl.

'Buitenlands vermogen alsnog aangeven (Inkeerregeling)', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Concreet', *Van Dale* (geraadpleegd 4 november 2016), vandale.nl.

'Een gewaarschuwd OM telt voor twee?', *Vaklunch* 4 januari 2017, vaklunch.nl.

'Het risico van voordeelsontneming uit verjaarde (fiscale) misdrijven', *Jaeger Advocaten – Belastingkundige* 9 september 2015, blog.jaeger.nl.

'Het ondervragingsrecht volgens het EHRM, een last of een zegen?', *Vaklunch* 17 april 2013, vaklunch.nl.

'Hoe lang moet ik mijn financiële administratie bewaren?' *Rijksoverheid*, rijksoverheid.nl.

'Hoe werkt vrijwillige verbetering?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Inkeerregeling', *Financieel Onderzoeksbureau Apeldoorn* geraadpleegd op 22 september 2016, Inkeer.nl.

'Inkeerregeling boete', *Inkeerregeling-belastingdienst* geraadpleegd op 22 september 2016, Inkeerregeling-belastingdienst.nl.

'Inkeerregeling: vrijwillig alsnog aangifte doen of uw aangifte verbeteren', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Maximumbedragen en aanslaggrenzen', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Navorderingsaanslag', *Belastingdienst*, belastingdienst.nl

Nikki Vreede, 'Beperking van de strafbaarstelling van witwassen', *Blog Van Bavel Advocaten* 20 juni 2013, businesscrimedefence.nl.

'Onwaarschijnlijk', *Van Dale* (geraadpleegd 4 november 2016), vandale.nl.

'Ruim 12.000 mensen biechten vermogen op aan Belastingdienst', *Rijksoverheid* 15 juli 2014, rijksoverheid.nl.

'UBS inkeerders: verweert u tegen hoge boetes en strafvervolgning', *Jaeger Advocaten – Belastingkundige* 27 juli 2016, blog.jaeger.nl.

'Verifiëren', *Van Dale* (geraadpleegd 4 november 2016), vandale.nl.

'Wanneer kunt u gebruikmaken van vrijwillige verbetering?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Wanneer moet u aangifte doen?', *Belastingdienst* (online, bijgewerkt 25 november 2016), Belastingdienst.nl.

'Weekers versoepelt tijdelijk inkeerregeling voor zwartsparenders', *Rijksoverheid* 03 september 2013, Rijksoverheid.nl.

'Witwas typologieën', *Financial Intelligence Unit – Nederland* (geraadpleegd 13 oktober 2016), fui-nederland.nl.

Parlementaire stukken

Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 959.

Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 2064.

Kamerstukken II 1954/55, 4080, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1999/00, 27 159, nr. 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 294 nr. 2.

Kamerstukken II 2015/16, 34 294, nr. 3.

Stb. 1997, 738.

Stb. 2001, 606.

Stb. 2016, 313.