

Nieuwsbrief SR Updates

Nummer 11, 2022

Redactie: prof. mr. J.S. Nan en mr. C.L. van der Vis.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:466](#) 29-03-2022

Tussenarrest gewoontewitwassen en getuigenverzoeken.

RECHTSPRAAK

Tussenarrest gewoontewitwassen en getuigenverzoeken.

Tussenarrest gewoontewitwassen en getuigenverzoeken.

Wenk

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie medeplegen voorbereidingshandelingen, bedoeld in artikel 10 lid 4 Opiumwet, deelneming aan een criminele organisatie, voorhanden hebben van een vals reisdocument en opzettelijk gebruik maken van een niet op naam gesteld reisdocument en medeplegen gewoontewitwassen, is bewezen verklaard, onder meer over het oordeel van het hof dat niet aannemelijk is dat de getuigen [1], [2], [3], [4], [5] en [6] binnen een aanvaardbare termijn zullen kunnen worden gehoord en over de bewezenverklaring dat de verdachte tezamen en in vereniging contante geldbedragen heeft 'omgezet' als bedoeld in artikel 420ter lid 1 Sr jo. artikel 420bis lid 1 Sr.

Het hof heeft ten aanzien van laatstgenoemde klacht overwogen dat ten aanzien van de ten laste gelegde feiten de verdediging – zakelijk weergegeven – bepleit heeft dat omzetten en overdragen van door eigen misdrijf verkregen geld niet onder alle omstandigheden automatisch kan worden beschouwd als het witwassen van dat geld. Het standpunt van de verdediging komt erop neer dat niet alleen in de gevallen waarin sprake is van 'verwerven' en 'voorhanden hebben' van crimineel geld, maar ook in het onderhavige geval waarin 'omzetten door cashgeld over te dragen' ten laste is gelegd, uit de motivering van de uitspraak moet kunnen worden afgeleid dat de gedragingen van de verdachte gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het geld. In deze zaak is sprake van een bijzonder geval waarin de verdachte hasj heeft gekocht in consignatie en dit moest afrekenen door het geld aan iemand van de 'groothandel' te geven. Deze situatie verschilt niet wezenlijk van gevallen waarin een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die daarmee het door dat misdrijf verkregen voorwerp verwerft of voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig zou maken aan het witwassen van die voorwerpen. Er is in dit geval geen sprake van het daadwerkelijk verbergen of verhullen, aldus de raadsman van de verdachte.

Het hof overweegt dat het verweer tweeledig wordt opgevat. Allereerst betreft dit het bewijs

van betrokkenheid van de verdachte bij de ten laste gelegde transacties. Het hof verwerpt dit verweer, gelet op de inhoud van de bewijsmiddelen. Ook voor zover de verdediging aan zijn betoog de conclusie heeft willen verbinden dat in dit specifieke geval het opzet op witwassen ontbreekt dan wel dat sprake is van een kwalificatie-uitsluitingsgrond, omdat de wijze van omzetten géén witwassen zou opleveren, wordt dit verweer verworpen.

De verdachte heeft op de zitting in hoger beroep – voor zover hier relevant – verklaard:

U vraagt naar de transacties die ten laste zijn gelegd. Ik kan het u in het algemeen uitleggen. Als ik naar de Albert Heijn ga, dan zegt de Albert Heijn naar welke kassa ik moet. Als kassa 1 open is dan moet ik daar afrekenen. Ik verkoop hasj, ik krijg geld en dan ben ik klaar. (...) Ik weet (...) dat ik naar 'die kassa' moet om af te rekenen. Ik krijg een telefoonnummer en het nummer van een 5 euro biljet. Dit biljet is de kwitantie en het telefoonnummer is waar ik het geld heen breng. (...) U verwacht toch niet dat ik met mijn creditcard betaal of met een bankrekening? U vraagt naar de broker. Ik weet niet wie of wat de broker is, ik geef hem alleen mijn geld zodat ik de hasj kan afrekenen. U vraagt mij of ik iets gevraagd heb aan degene die het geld van de hasj in ontvangst nam. Ik heb nooit gevraagd aan zo'n broker hoe het bankieren werkt.

Uit deze verklaring – in samenhang met de andere bewijsmiddelen – blijkt dat de verdachte – tezamen met een ander of anderen – betrokken was bij een groot aantal transacties waarbij grote sommen cashgeld – de omzet van de handel in drugs – werden overgedragen aan een derde. De verdachte wist dat het geld afkomstig was van drugshandel. Uit de wijze waarop deze transacties plaatsvonden, leidt het hof af dat sprake was van zogeheten ondergronds (hawala) bankieren. Voor zover in het standpunt van de verdediging besloten ligt dat het opzet van de verdachte op het witwassen ontbreekt, overweegt het hof dat de verdachte onder meer heeft verklaard dat hij een telefoonnummer, en een 'kwitantie' in de vorm van een vijfereobiljet kreeg van de persoon aan wie hij het geld overdroeg en verder over de gang van zaken geen vragen stelde. Ook was hij zich ervan bewust dat hij voor de omzet van hasjhandel geen gewone bankrekening kon gebruiken. De verdachte heeft het geld niet op zijn eigen (bank)rekening gestort. De verdachte heeft door het geld (telkens) onder de door hem genoemde omstandigheden aan een derde over te dragen minst genomen willens, en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat de criminele opbrengsten door zijn handelen – buiten het zicht van de overheid – veilig werden gesteld. Het hof acht daarom ook het opzet op (gewoonte)witwassen bewezen. Van een kwalificatie-uitsluitingsgrond is naar het oordeel van het hof in dit geval van 'omzetten', dat een verhullend karakter heeft, geen sprake (vergelijk: ECLI:NL:HR:2014:2913).

De Hoge Raad haalt artikel 420bis lid 1 Sr en artikel 420ter Sr aan en overweegt dat de

tenlastelegging toegesneden is op artikel 420ter lid 1 Sr jo. artikel 420bis lid 1 Sr en daarom moet worden aangenomen dat de in de tenlastelegging en bewezenverklaring voorkomende term 'omgezet' is gebruikt in de betekenis die het woord 'omzet' heeft in artikel 420bis lid 1 Sr.

De Hoge Raad overweegt dat het hof blijkens de bewijsvoering heeft vastgesteld dat door middel van de in de bewezenverklaring vermelde transacties grote sommen contant geld werden betaald aan een onbekend gebleven derde, dat de verdachte en zijn mededader(s) bij deze transacties gebruikmaakten van zogenoemd ondergronds bankieren, waarbij contante geldbedragen aan een ondergrondse bankier werden afgegeven en veelvuldig een bankbiljet met een specifiek nummer als 'token' werd verkregen, waarna het aan de ondergrondse bankier was het ertoe te leiden dat in het land van bestemming een betaling plaatsvond. De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof dat met het afgeven van de contante geldbedragen aan een derde met als doel dat elders geldbedragen van vergelijkbare omvang worden uitbetaald, de verdachte die contante geldbedragen tezamen en in vereniging met een ander of anderen heeft 'omgezet' als bedoeld in artikel 420bis lid 1 aanhef en onder b Sr, gelet hierop, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Dat (een gedeelte van) die gedragingen mogelijk ook als 'overdragen' zouden kunnen worden beoordeeld, maakt dat niet anders.

Ten aanzien van eerstgenoemde klacht het hof overwogen dat tijdens de regiezitting van 18 december 2015 door het hof is beslist dat een achttal getuigen diende te worden gehoord.

De getuige [8] is op 30 augustus 2016 in het bijzijn van de verdediging gehoord door de raadsheer-commissaris. De getuigen [1], [2] en [3] bevonden zich in Zuid-Afrika. In eerste aanleg is door de rechter-commissaris een rogatoire reis naar Zuid-Afrika gemaakt voor het horen van onder anderen de getuigen [2] en [3]. Deze verhoren hebben op 24 mei 2012 plaatsgevonden en hierbij beriepen de getuigen zich ten aanzien van alle vragen op hun verschoningsrecht. In hoger beroep zijn de getuigen [1], [2] en [3] niet in het bijzijn van de verdediging gehoord. De raadsheer-commissaris heeft ten aanzien van het uitgestuurde rechtshulpverzoek aan Zuid-Afrika een proces-verbaal van bevindingen met bijlagen van 17 april 2018 opgemaakt.

Uit dit proces-verbaal volgt dat op 17 januari 2018 een zitting bij de rechtbank te Johannesburg, Zuid-Afrika heeft plaatsgevonden. Aangehecht aan het proces-verbaal is een transcriptie van hetgeen tijdens deze zitting is gezegd. Tijdens deze zitting waren aanwezig de getuige [1], [3] en diens advocaat. Op deze zitting is een verklaring van de getuige [1], opgesteld op 16 januari 2018, voorgelezen door de officier van justitie. Deze verklaring is aangehecht aan het proces-verbaal van de zitting van de rechtbank te Johannesburg. Uit de schriftelijke verklaring van de getuige [1] blijkt dat de getuige [2] onlangs was vrijgelaten uit

een penitentiare inrichting en sindsdien niet meer traceerbaar was. Voorts is op deze zitting door de advocaat van de getuige [3] betoogd dat aan hem een zwijgrecht toekomt ondanks het feit dat de strafzaak tegen hem was ingetrokken. Door de officier van justitie is ter zitting bevestigd dat aan de getuige een zwijgrecht toekwam en vervolgens heeft de rechtbank besloten dat gelet op deze omstandigheid en de aankondiging dat de getuige inhoudelijk geen verklaring zou afleggen, de zaak als gesloten te beschouwen. De getuige [3] heeft aldus geen verklaring afgelegd aangezien hij, zo begrijpt het hof, een beroep op een verschoningsrecht kon doen en had aangekondigd hiervan gebruik te zullen maken. Hierop heeft de Zuid-Afrikaanse autoriteit het rechtshulpverzoek als gesloten beschouwd en teruggezonden aan de Nederlandse autoriteiten.

De getuigen [4], [5] en [6] bevonden zich in de Verenigde Arabische Emiraten (hierna: VAE). Ten aanzien van deze drie getuigen en de gang van zaken rond het rechtshulpverzoek is door de raadsheer-commissaris een proces-verbaal van bevinden van 12 december 2019 opgemaakt. Hierin wordt vermeld dat het rechtshulpverzoek op 20 september 2016 is aangeboden aan het IRC). Nadat het IRC het verzoek had doorgestuurd aan de AIRS) van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, heeft het IRC van deze afdeling enkele inhoudelijke opmerkingen over de inhoud van het rechtshulpverzoek ontvangen. Ondanks diverse herinneringen vanuit de raadsheer-commissaris aan het IRC heeft de verdere afhandeling van het rechtshulpverzoek vervolgens tot eind januari 2018 stilgelegen. Vervolgens is het rechtshulpverzoek op 6 maart 2018 opnieuw aan het IRC aangeboden en is dit uiteindelijk na inhoudelijke opmerkingen vanuit de AIRS op 20 augustus 2018 ingezonden aan het IRC. Op 20 februari 2019 liet het IRC weten dat op basis van politieke informatie de autoriteiten in de VAE enkel de getuige [4] hadden weten te traceren en dat men aan de slag ging met de uitvoering van het rechtshulpverzoek. Vervolgens ontving de raadsheer-commissaris op 8 mei 2019 stukken van de autoriteiten in de VAE waarin werd verzocht om kopieën van de paspoorten van de andere getuigen. Hierop is door de raadsheer-commissaris gemeld aan het AIRS dat deze informatie zich niet in het strafdossier bevond. Vervolgens is niets meer vernomen van de autoriteiten in de VAE en heeft de raadsheer-commissaris het dossier op 12 december 2019 ter appointering aangeboden.

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de verdediging bij pleidooi bepleit dat zij ten aanzien van voornoemde getuigen met uitzondering van [8], geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft gehad hen te ondervragen. Namens de verdachte is ter terechtzitting gepersisterd bij het horen van deze getuigen.

Ten aanzien van de resterende getuigen wier verhoor eerder was toegewezen, overweegt het hof als volgt. De raadsheer-commissaris heeft ten aanzien van de uitvoering van het rechtshulpverzoek aan de VAE een proces-verbaal van bevindingen opgemaakt waaruit volgt

dat zij het onaannemelijk acht dat de getuigen [4], [5] en [6] door haar kunnen worden gehoord. Eerder had ook de rechter-commissaris in eerste aanleg zonder succes getracht dezelfde getuigen te horen. Nu geen omstandigheden zijn gebleken waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de situatie ten aanzien van deze getuigen nu anders is, wijst het hof het herhaalde verzoek tot horen van de getuigen [4], [5] en [6] thans af. Het is niet aannemelijk dat de gevraagde getuigen binnen een aanvaardbare termijn zullen kunnen worden gehoord.

Ditzelfde geldt voor de getuigen die zich in Zuid-Afrika bevinden ([1], [2] en [3]). Het rechtshulpverzoek tot het horen van deze getuigen is op 20 september 2016 verzonden door de raadsheer-commissaris. Ondanks herhaalde verzoeken en de uitdrukkelijke wens deze getuigen te kunnen horen in het bijzijn van de verdediging, heeft de raadsheer-commissaris op 27 maart 2018 de uitvoeringsstukken ontvangen waaruit volgde dat aan dit verzoek niet tegemoet werd gekomen. Nog daargelaten dat de getuige [2] niet traceerbaar is en de getuige [3] zich op zijn verschoningsrecht beroept, acht het hof het niet aannemelijk dat binnen aanvaardbare termijn thans wel de gelegenheid zou worden geboden om de toegewezen getuigen in het bijzijn van de verdediging en met gelegenheid tot het stellen van vragen zouden kunnen worden gehoord. Ook dit herhaalde verzoek tot het horen van deze getuigen wordt aldus afgewezen.

De Hoge Raad haalt artikel 288 lid 1 aanhef en onder a Sv aan en overweegt dat ter onderbouwing van de klacht in de schriftuur onder meer naar voren wordt gebracht dat het hof bij de afwijzing van de verzoeken de genoemde getuigen te horen op de grond dat het niet aannemelijk is dat de getuigen binnen een aanvaardbare termijn in het bijzijn van de verdediging en met gelegenheid tot het stellen van vragen kunnen worden gehoord, niet blijkt heeft gegeven van een belangenafweging, zoals vereist op grond van artikel 288 lid 1 aanhef en onder a Sv. Daarbij wordt gewezen op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot – de voorganger van – die bepaling, waarin is opgemerkt dat het voorgestelde artikel 282 lid 2 onder a bepaalt dat de rechter het onaannemelijk moet achten dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn ter terechtzitting zal verschijnen. De woorden ‘binnen een aanvaardbare termijn’ veronderstellen dat de rechter in zijn afweging dient te betrekken de periode waarbinnen de getuige eventueel ter terechtzitting zal kunnen verschijnen, de aard van de zaak en het belang van de getuigenverklaring voor de door de rechter te nemen beslissing (*Kamerstukken II 1988/89, 21241, nr. 3, p. 25*).

De Hoge Raad overweegt dat anders dan mogelijk uit deze wetsgeschiedenis zou kunnen worden afgeleid, artikel 288 lid 1 Sv niet de verplichting voor de rechter inhoudt, als hij afziet van het oproepen van een getuige op de grond dat het onaannemelijk is dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn ter terechtzitting zal verschijnen, ervan blijkt te geven in die

beslissing de aard van de zaak en – in het bijzonder – het belang van de getuigenverklaring te hebben betrokken. Bij de toepassing van artikel 288 lid 1 aanhef en onder a Sv staat de vraag voorop of het mogelijk is de getuige binnen afzienbare termijn te (doen) horen. Op het moment dat zo'n beslissing moet worden genomen, zal ook niet steeds vaststaan wat de betekenis en het gewicht van de verklaring van de getuige zijn of kunnen zijn voor onder meer de beantwoording van de bewijsvraag en daarmee wat het concrete belang van de verdachte is om die getuige te (doen) ondervragen.

Toepassing van artikel 288 lid 1 aanhef en onder a Sv kan onder meer aan de orde zijn als het gaat om een getuige die niet traceerbaar is of als te verwachten valt dat de getuige pas na verloop van lange tijd kan worden gehoord. De mogelijkheid om op grond van die bepaling af te zien van het oproepen van de getuige laat echter onverlet dat de rechter, voordat hij uitspraak doet, zich ervan dient te vergewissen dat de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Dit volgt onder meer uit de jurisprudentie van het EHRM over het door artikel 6 lid 3, aanhef en onder d, EVRM gewaarborgde ondervragingsrecht.

Deze rechtspraak van het EHRM houdt, kort gezegd en voor zover hier van belang, in dat waar het gaat om zogenoemde 'prosecution witnesses', in bepaalde gevallen het belang bij het oproepen en horen van de getuige moet worden voorondersteld. Dat betekent echter niet dat elk (herhaald) verzoek tot het oproepen en horen van een getuige die al een belastende verklaring heeft afgelegd, door de rechter zonder meer moet worden toegewezen. Er kan een 'good reason for the witness's non-attendance' bestaan. Zo'n goede reden kan zijn gelegen in 'the witness's absence owing to unreachability'. Het bestaan van deze laatstgenoemde reden is niet afhankelijk van het belang van de verklaring, maar wordt bepaald door – kort gezegd – de inspanningen van de autoriteiten om een ondervragingsgelegenheid te realiseren.

De Hoge Raad haalt de overwegingen onder 120 en 121 uit ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410 (*Schatschaschwili/Duitsland*) aan en overweegt dat als de rechter een door een getuige al afgelegde belastende verklaring voor het bewijs wil gebruiken, terwijl de verdediging ondanks het nodige initiatief niet het ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen, hij moet nagaan of de procedure in haar geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Van belang hierbij zijn, naast (i) het bestaan van een goede reden dat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend, (ii) het gewicht van de verklaring van de getuige, binnen het geheel van de resultaten van het strafvorderlijke onderzoek, voor de bewezenverklaring van het feit, en (iii) het bestaan van compenserende factoren, waaronder ook procedurele waarborgen, die compensatie bieden voor het ontbreken van een ondervragings-gelegenheid. (Vgl. ECLI:NL:HR:2021:576, r.o. 2.12.2.)

Waar het gaat om zogenoemde ‘defence witnesses’ moet, als een toereikend gemotiveerd verzoek wordt gedaan om een getuige te horen, de relevantie van een verklaring van die getuige worden betrokken bij de beslissing of de getuige wordt gehoord. Dat staat er echter niet aan in de weg dat, als erop zichzelf toereikende gronden zijn om de getuige te horen, het oproepen van de getuige toch achterwege blijft vanwege ‘the witness’s unreachability’. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt niet dat daarbij andere maatstaven zouden gelden dan zijn geciteerd. Wel zal de rechter in dat geval moeten beoordelen of, gegeven het ontbreken van de mogelijkheid om die getuige te (doen) ondervragen, de procedure als geheel voldoet aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces (zie onder meer ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, par. 42-43 (*Keskin/Nederland*) en ECLI:NL:HR:2021:1931).

De Hoge Raad overweegt dat het hof de eerder toegewezen en door de verdediging gehandhaafde verzoeken [1], [2] en [3] als getuigen te doen horen, alsnog heeft afgewezen op de grond dat het niet aannemelijk is dat de getuigen binnen een aanvaardbare termijn in het bijzijn van de verdediging en met gelegenheid tot het stellen van vragen kunnen worden gehoord. Het hof heeft bij zijn oordeel betrokken dat (i) deze getuigen zich in Zuid-Afrika bevonden; (ii) de rechter-commissaris in eerste aanleg een rogatoire reis naar Zuid-Afrika heeft gemaakt teneinde onder anderen [2] en [3] als getuigen te horen, waarbij de getuigen zich ten aanzien van alle vragen beriepen op een verschoningsrecht; (iii) de raadsheer-commissaris op 20 september 2016 een rechtshulpverzoek tot het horen van deze getuigen heeft verzonden; (iv) de raadsheer-commissaris aan de Zuid-Afrikaanse autoriteiten vervolgens herhaaldelijk en uitdrukkelijk heeft verzocht de getuigen te kunnen horen in het bijzijn van de verdediging; (v) de raadsheer-commissaris desondanks op 27 maart 2018 de uitvoeringsstukken heeft ontvangen waaruit volgt dat aan dit laatste verzoek niet tegemoet wordt gekomen; (vi) uit die uitvoeringsstukken blijkt dat [2] niet traceerbaar is; en (vii) aan de getuige [3] in Zuid-Afrika een verschoningsrecht toekomt waarop hij zich beroept.

Ook de eerder toegewezen en door de verdediging gehandhaafde verzoeken [4], [5] en [6] als getuigen te doen horen, heeft het hof alsnog afgewezen op de grond dat het niet aannemelijk is dat de getuigen binnen een aanvaardbare termijn kunnen worden gehoord. Bij dit oordeel heeft het hof betrokken dat (i) deze getuigen zich bevonden in de VAE; (ii) ten tijde van de berechting in eerste aanleg reeds tevergeefs is gepoogd hen als getuigen te doen horen; (iii) een rechtshulpverzoek op 20 september 2016 is aangeboden aan het IRC; (iv) de verdere afhandeling van het rechtshulpverzoek ondanks diverse rappels van de raadsheer-commissaris aan het IRC tot eind januari 2018 heeft stilgelegen, waarna het rechtshulpverzoek uiteindelijk op 20 augustus 2018 opnieuw is ingezonden aan het IRC; (v) het IRC op 20 februari 2019 liet weten dat de autoriteiten van de VAE enkel getuige [4] hadden weten te

traceren en dat men aan de slag ging met de uitvoering van het rechtshulpverzoek; (vi) nadat de raadsheer-commissaris op het verzoek om kopieën van de paspoorten van de andere getuigen had gereageerd, niets meer is vernomen van de autoriteiten van de VAE; en (vii) geen omstandigheden zijn gebleken waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de situatie ten aanzien van de getuigen nu anders is dan ten tijde van de berechting in eerste aanleg.

De Hoge Raad oordeelt dat deze afwijzende beslissingen van het hof niet onbegrijpelijk zijn. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het gaat om getuigen die zich bevonden in Zuid-Afrika, respectievelijk de VAE, dat rechtshulpverzoeken aan de Zuid-Afrikaanse autoriteiten en de autoriteiten van de VAE er niet toe hebben geleid dat de getuigen door de raadsheer-commissaris in het bijzijn van de verdediging konden worden gehoord, terwijl de verdediging geen informatie heeft verschaft en ook anderszins geen informatie naar voren is gekomen waaruit zou kunnen blijken dat een nieuw rechtshulpverzoek ertoe zou leiden dat de betreffende getuigen binnen afzienbare tijd wel zouden kunnen worden gehoord, en dat sinds het hof de getuigenverzoeken had toegewezen een aanzienlijke tijd was verstreken.

J.H.J. Verbaan, april 2022

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 29-03-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:466

Zaaknummer: 21/02883

Rechters: J. de Hullu, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers, C. Caminada en T. Kooijmans

Advocaten: J. Kuijper

Wetsartikelen: 140 sr, 420ter Sr en 288 Sv