

MASTER'S THESIS

Artikel 19 lid 1 Wwft: de vrijwaring die niet vrijwaart Het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM als vangnet bij zelfincriminatie als gevolg van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft

Ploeg, R.

Award date:

2024

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

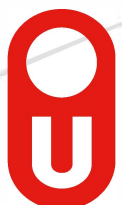
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 06. Dec. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Artikel 19 lid 1 Wwft: de vrijwaring die niet vrijwaart

Het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM als vangnet bij zelfincriminatie als gevolg van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft

Naam:	R. Ploeg
Studentnummer:	852038991
Cursuscode:	RM9906
Begeleider:	dhr. mr. J.W. Mensink
Examinator:	mw. prof. mr. dr. W.H.B. Dreissen
Aantal woorden:	13.941
Inleverdatum:	14-5-2024

Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
1.1	Inleiding.....	5
1.2	Probleemstelling en deelvragen	6
1.3	Methodologie.....	7
1.4	Relevantie	8
2	Zelfincriminatie als gevolg van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft	11
2.1	Inleiding.....	11
2.2	Het doel en de reikwijdte van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft	11
2.2.1	Doel.....	11
2.2.2	Reikwijdte	12
2.3	De reikwijdtes van heling en witwassen	15
2.3.1	Waarom heling en witwassen?	15
2.3.2	Achtergrond van de huidige wetgeving.....	16
2.3.3	De reikwijdtes	16
2.3.4	Tussenconclusie: witwassen overlapt heling en reikt verder	20
2.4	Hoe leidt de meldingsplicht van artikel 16 Wwft tot zelfincriminatie?	20
3	Strafrechtelijke vrijwaring	23
3.1	Inleiding.....	23
3.2	Het doel van een strafrechtelijke vrijwaring.....	23
3.3	Geen vrijwaring bij heling	24
3.4	Te goeder trouw.....	25
3.4.1	De aanleiding	25
3.4.2	Waarom ‘te goeder trouw’ artikel 19 lid 1 Wwft?	26
3.4.3	De uitwerking	27
4	Het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM	29
4.1	Inleiding.....	29
4.2	Het nemo tenetur-beginsel.....	29
4.2.1	De rechtsgronden	29
4.2.2	Hoe het nemo tenetur-beginsel volgt uit artikel 6 EVRM	30
4.2.3	Rechtspersonen en het nemo tenetur-beginsel.....	31
4.3	Het nemo tenetur-beginsel bij meldingsplichten	32
4.4	Het toetsingskader van De Legé tegen Nederland	34
4.4.1	Enige dwang of druk.....	34
4.4.2	‘Criminal charge’	35
4.4.3	Wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk?.....	37
4.4.4	‘Very essence’	38
5	Samenvattende conclusie.....	43
5.1	Inleiding.....	43

5.2	Zelfincriminatie als gevolg van artikel 16 Wwft	43
5.3	Het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 16 Wwft	44
	Aangehaalde literatuur	47
	Aangehaalde jurisprudentie	50

1 Inleiding

1.1 Inleiding

‘Financiële instellingen die overeenkomstig artikel 9 van het wetsvoorstel een ongebruikelijke transactie melden, zouden, zonder nadere voorziening, het risico lopen dat zij gegevens verschaffen op basis waarvan zij zelf wegens opzet- of schuldheiling¹ kunnen worden vervolgd. Het is namelijk niet uitgesloten dat uit deze gegevens blijkt dat de meldende financiële instelling geld heeft aangenomen, terwijl zij wist of redelijkerwijs kon vermoeden dat het geld van misdrijf afkomstig is.’²

Uit dit citaat blijkt dat de wetgever zich reeds in 1993, toen de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) werd voorgesteld, bewust was van het probleem dat in dit onderzoek centraal staat. Namelijk dat een plicht om transacties te melden aan een overheidsinstantie, terwijl die melding incriminerende informatie kan bevatten over de melder zelf, op gespannen voet staat met het nemo tenetur-beginsel (‘het recht van een verdachte om niet mee te hoeven werken aan zijn eigen veroordeling’³). Daar had de wetgever ook een oplossing voor: strafrechtelijke vrijwaring voor de meldingsplichtige. In artikel 12 lid 1 Wet MOT was bepaald dat een melding op grond van de Wet MOT niet kon dienen als grondslag voor een opsporingsonderzoek wegens heling tegen de meldende instelling en ook niet als bewijs kon dienen in een strafzaak wegens heling tegen die instelling.⁴

Sinds de introductie van de Wet MOT hebben een aantal ontwikkelingen plaatsgevonden die de verhouding tussen voorgenoemde meldingsplicht en het nemo tenetur-beginsel beïnvloeden. Zo is de reikwijdte van de strafrechtelijke vrijwaring – nu artikel 19 lid 1 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)⁵ – sterk afgezwakt: eerst door het delict ‘heling’ uit het artikel te schrappen en later door artikel 19 lid 1 Wwft enkel nog van toepassing te laten zijn op melders die ‘te goeder trouw’ zijn. Een andere belangrijke ontwikkeling was de introductie van een zelfstandige strafbaarstelling van witwassen in 2001 en de groeiende reikwijdte van deze strafbaarstelling.⁶ Een laatste ontwikkeling die hier van belang is betreft de toegenomen betekenis van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) als gevolg van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).⁷

1. Ten tijde van de introductie van de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) werd witwassen nog onder het delict ‘heling’ geschaard. Zie par. 2.3.2 voor een korte achtergrondschets.

2. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT).*

3. Nan 2021, p. 116.

4. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 4 (MvT).*

5. De Wet MOT is in augustus 2008 samen met de Wet identificatie bij dienstverlening opgegaan in de Wwft.

6. Diepenmaat 2016, p. 53 en p. 89-91.

7. Zie onder andere EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*); EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ 1997/699*, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, *NJ 2007/226*, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, *EHRC 2007/104*, m.nt. K. Albers (*O’Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

1.2 Probleemstelling en deelvragen

Door deze ontwikkelingen is heden ten dage niet duidelijk hoe de meldingsplicht van artikel 16 Wwft zich verhoudt tot het nemo tenetur-beginsel. Er is ook nauwelijks over geschreven. Waar in 1993 de vrijwaring in de Wet MOT in een enkel artikel nog uitgebreid werd besproken,⁸ lijkt hier sinds de introductie van de Wwft niet meer dan een vrij algemene alinea in enkele boeken en artikelen over te zijn geschreven.⁹ Om nog maar niet te spreken van het in de literatuur haast onbesproken spanningsveld tussen artikel 16 Wwft en artikel 6 EVRM.¹⁰ Dit terwijl over een vergelijkbaar probleem, de spanning tussen het nemo tenetur-beginsel en de suppletieplicht in het belastingrecht, verscheidene publicaties zijn verschenen.¹¹ Overigens is dit niet onbegrijpelijk, nu dit probleem recent aan de orde is geweest in een arrest van de Hoge Raad.¹² De beperkte jurisprudentie die ingaat op de spanning tussen de meldingsplicht van artikel 16 Wwft en het nemo tenetur-beginsel is afkomstig van rechtbanken, raakt eveneens slechts kort aan het onderwerp, en biedt geen eenduidig beeld.¹³ Zo lijkt de rechtbank Den Haag te suggereren dat een verdachte die transacties heeft gemeld conform de Wwft, ten aanzien van die transacties op grond van artikel 19 lid 1 Wwft zonder meer gevrijwaard is van strafvervolging wegens witwassen.¹⁴ De rechtbank Rotterdam daarentegen benoemt artikel 19 lid 1 Wwft kort zonder het toe te passen, om vervolgens onder verwijzing naar het hierboven genoemde arrest over de suppletieplicht tot de conclusie te komen dat de Wwft-meldingen (meldingen op basis van artikel 16 Wwft) in die zaak niet gebruikt zouden mogen worden bij het bewijs wegens strijd met artikel 6 EVRM.¹⁵ Gelet op de huidige leemte in het juridisch discours is het relevant om onderzoek te doen naar de verhouding tussen de meldingsplicht van artikel 16 Wwft en het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM en de rol die de vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft in die verhouding speelt. Daarom is in dit onderzoek de volgende probleemstelling gehanteerd:

Is de meldingsplicht van artikel 16 Wwft in strijd met het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM, de vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft in acht nemend?

Deze probleemstelling is uitgewerkt aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Wat is de reikwijdte van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft en op welke wijze kan deze plicht leiden tot zelfincriminatie?
2. Wat is de reikwijdte van de vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft?

8. Keulen 1993, par. 6.

9. Zie bijv. Snijder-Kuipers & Tilleman 2019, p. 242; Kan 2023, p. 13.

10. Kan gaat hier wel kort op in (Kan 2023, p. 13).

11. Zie o.a. Nent-Vroomen 2022 en Jeronimus & Janssen 2021.

12. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351.

13. Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12353; Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017; Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3301.

14. Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12353.

15. Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017.

3. Welke rechtsgronden liggen aan het nemo tenetur-beginsel ten grondslag en welke invulling heeft dit beginsel gekregen in artikel 6 EVRM?
4. Hoe verhoudt de meldingsplicht van artikel 16 Wwft zich tot de uitleg die het EHRM geeft aan het nemo tenetur-beginsel in artikel 6 EVRM?

De probleemstelling en deelvragen worden in drie hoofdstukken beantwoord. In hoofdstuk 2 zullen de reikwijdtes van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft en de strafbepalingen heling en witwassen (de voornaamste delicten waarover een Wwft-melding informatie bevat) uitgebreid worden besproken, waarna wordt uitgelegd hoe een transactie die gemeld moet worden kan leiden tot incriminatie van de meldende instelling. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de achtergrond, ontwikkeling en reikwijdte van artikel 19 lid 1 Wwft. Er wordt uitgelegd hoe de vrijwaring eerst is beperkt tot enkel het delict witwassen en vervolgens vrijwel betekenisloos is gemaakt door toevoeging van de woorden 'te goeder trouw'. Hoofdstuk 4 begint met een bespreking van de rechtsgronden die aan het nemo tenetur-beginsel ten grondslag liggen, hoe dit beginsel door het EHRM is ingelezen in artikel 6 EVRM en in hoeverre het beginsel van toepassing is op rechtspersonen. Vervolgens wordt besproken hoe het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM zich verhoudt tot meldingsplichten en of de meldingsplicht van artikel 16 Wwft op zichzelf strijdig is met artikel 6 EVRM. Het hoofdstuk wordt afgesloten met het uiteenzetten van de huidige invulling van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM aan de hand van het toetsingskader dat volgt uit het De Legé-arrest en het toetsen van artikel 16 Wwft aan elk onderdeel van dat toetsingskader. In de samenvattende conclusie wordt de hoofdvraag beantwoord en wordt afgesloten met een aanbeveling om artikel 19 lid 1 Wwft te wijzigen.

1.3 Methodologie

Om tot een beantwoording van de probleemstelling te komen is gebruik gemaakt van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode. In beperkte mate is tevens de methode van interne rechtsvergelijking toegepast omdat een vergelijking is gemaakt met de suppletieplicht in het belastingrecht. De bronnen zijn gezocht in databases door gebruikmaking van (combinaties van) de volgende zoektermen: 'nemo tenetur', '19 Wwft', '12 Wet MOT', 'vrijwaring', 'witwassen', 'heling', '6 EVRM', '6 ECHR', 'goeder trouw', en 'suppletieplicht'. Tevens werd de sneeuwbal methode toegepast. Gelet op het onderwerp van het onderzoek zijn met name artikelen geselecteerd die rond of na invoering van de Wet MOT zijn geschreven. De belangrijkste arresten ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel in artikel 6 EVRM zijn geselecteerd aan de hand van literatuur, de gids van het EHRM, en het overzichtsarrest De Legé tegen Nederland.¹⁶ Jurisprudentie waarin artikel 12 lid 1 Wet MOT dan wel artikel 19 lid 1 Wwft een rol van

16. De Haas & Vissers 2014, par. 2; Ashworth 2008; Wijsman 2017, hoofdstuk 4; EHRM Registry 2023, p. 41-44; EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, FED 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

belang speelt bleek zeldzaam, dus alle gevonden uitspraken en arresten zijn onderzocht.¹⁷ Deze jurisprudentie is gezocht op rechtspraak.nl middels de volgende zoektermen: '12 Wet MOT', '19 Wwft', 'nemo tenetur' EN 'Wwft', en 'artikel 19' EN 'Wwft'. De relevantie van deze jurisprudentie voor dit onderzoek bleek helaas beperkt.

1.4 Relevantie

Het spreekt voor zich dat het van belang is om te weten of een wetsartikel in strijd is met artikel 6 EVRM. Volgens artikel 94 van de Grondwet vinden wetten immers geen toepassing als die toepassing niet verenigbaar is met verdragen, zoals het EVRM. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het onwenselijk om wetsartikelen te laten bestaan die als gevolg van strijd met een verdrag, al dan niet deels, geen toepassing vinden.

Daarnaast is dit onderzoek relevant omdat de reikwijdte van de bescherming die uitgaat van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM en de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft voor meldingsplichtige instellingen niet inzichtelijk is. Het primaire doel van de Wet MOT, nu dus de Wwft, is niet het aanmerken van meldingsplichtige instellingen als witwassers, maar het achterhalen van de identiteit van degene die misdrijfgeden aan deze instellingen aanbiedt.¹⁸ Daarvoor is van belang dat meldingsplichtige instellingen ook melden als die melding mogelijk incriminerende informatie over henzelf bevat. Om dat te bewerkstelligen moeten meldingsplichtige instellingen erop kunnen vertrouwen dat hun meldingen niet (vooral) tegen henzelf worden gebruikt.¹⁹ Een functionerende strafrechtelijke vrijwaring is daarvoor noodzakelijk. Nu de tekst van artikel 19 lid 1 Wwft sterk lijkt te zijn afgezwakt en met enige regelmaat een grote meldingsplichtige instelling wordt beboet, onder andere wegens (schuld)witwassen,²⁰ dreigt het gevaar dat meldingsplichtige instellingen minder bereid zijn om een Wwft-melding te doen, met name wanneer die melding incriminerende informatie over henzelf bevat. Nu zou daar tegenin kunnen worden gebracht dat enige bescherming uitgaat van het opportuniteitsbeginsel. Immers, voornamelijk is niet of nauwelijks sprake van vervolgingen wegens heling, witwassen, of terrorismefinanciering waarin een melding van een instelling tegen die instelling wordt gebruikt.²¹ Met andere woorden: mogelijk staat de wet het Openbaar Ministerie (OM) toe om te vervolgen op basis van

17. Het gaat om 5 uitspraken en arresten: HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:253; HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:264; Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12353; Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017; Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3301.

18. *Kamerstukken II* 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/8, 31238, nr. 3, p. 1-3 (MvT). Dit primaire doel werd in 2021 overigens nog steeds onvoldoende bereikt. De juiste randvoorwaarden om de gemelde ongebruikelijke transacties te verwerken zijn niet aanwezig en er is geen 'garantie dat de FIU-NL de meest risicovolle ongebruikelijke transacties onderzoekt en dat opsporingsdiensten de meest risicovolle verdachte transacties selecteren, beoordelen en waar daar aanleiding voor is een passend vervolg bepalen onder leiding van het OM', zie Algemene Rekenkamer 2021, p. 47-50.

19. Terlouw & Aron 1996, p. 22; *Kamerstukken I* 2012/13, 33238, D, p. 1 (Nota naar aanleiding van het verslag).

20. Zie bijv. Openbaar Ministerie 2018; Openbaar Ministerie 2021; 'Openbaar Ministerie start strafrechtelijk onderzoek Rabobank', om.nl, 7 december 2022.

21. Een zoektocht op rechtspraak.nl leverde geen resultaten op.

een Wwft-melding, maar tot op heden heeft het OM dat niet opportuun gevonden en hebben meldingsplichtige instellingen dus niets te vrezen. Het is maar zeer de vraag of dit voldoende geruststelling biedt aan instellingen die twijfels hebben over hun bescherming bij het doen van een melding. De wetgever dacht in ieder geval dat aanvullende zekerheid nodig zou zijn, dat is immers de bestaansreden van artikel 19 lid 1 Wwft.²² Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de redenen voor het niet vervolgen op basis van Wwft-meldingen door het OM. Het OM heeft zich immers op het standpunt gesteld dat toevoeging van de woorden 'te goeder trouw' aan artikel 19 lid 1 Wwft geen invloed zou hebben op de mogelijkheden tot vervolging, terwijl die wijziging ervoor zorgde dat de vrijwaring niet langer zou gelden voor instellingen die zich schuldig hebben gemaakt aan witwassen of terrorismefinanciering, precies de instellingen die baat zouden hebben bij een vrijwaring.²³ Het is dus goed mogelijk dat het OM niet vervolgt op basis van Wwft-meldingen omdat het denkt dat dat niet mag, terwijl de tekst van artikel 19 lid 1 Wwft iets heel anders lijkt te suggereren. Dit zou gelet op de rechtszekerheid onacceptabel zijn en maakt een uitgebreid onderzoek naar deze vrijwaring en de mogelijkheid van artikel 6 EVRM als vangnet van belang.

22. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT); Kamerstukken I 2012/13, 33238, D, p. 1 (Nota naar aanleiding van het verslag).*

23. *Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18 (MvT); Kamerstukken I 2012/13, 33238, D, p. 2 (Nota naar aanleiding van het verslag).*

2 Zelfincriminatie als gevolg van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk heeft tot doel de reikwijdte van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft uiteen te zetten en de wijze waarop die plicht kan leiden tot zelfincriminatie. Het doel en de reikwijdte van de meldingsplicht worden eerst besproken (par. 2.2). Vervolgens wordt ingegaan op de reikwijdte van de witwas- en helingdelicten, omdat als een Wwft-melding incriminerende informatie over de melder bevat, dit meestal zal gaan over deze delicten (par. 2.3). Tot slot wordt gekeken hoe de meldingsplicht en voorgenoemde strafbaarstellingen zich tot elkaar verhouden, ofwel in welke gevallen een instelling verplicht is incriminerende informatie aan te leveren over zichzelf in een Wwft-melding (par. 2.4).

2.2 Het doel en de reikwijdte van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft

2.2.1 Doel

Het doel van de meldingsplicht is sinds invoering in de Wet MOT ongewijzigd. Het meldingssysteem van de Wet MOT diende een tweeledig doel: 'Het voorkomen van het misbruiken van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en het bestrijden van het witwassen zelf'.²⁴ Als misbruik van het financiële stelsel kon worden voorkomen, zo was de gedachte, zou dit de integriteit van de financiële dienstverlening verbeteren en 'het daarmee samenhangende, en voor een goed functioneren essentiële, vertrouwen van het publiek in de ondernemingen en instellingen die de financiële dienstverlening verzorgen'.²⁵ Daarnaast moest analyse van de als gevolg van de meldingsplicht verstrekte gegevens gaan zorgen voor het ontdekken van feiten die voor de opsporing en vervolging van belang kunnen zijn.²⁶ Onderdeel van het meldingssysteem vormde het indicatorensysteem: aan de hand van indicatoren zou moeten worden bepaald of een transactie ongebruikelijk was. Met die indicatoren wilde men het begrip 'ongebruikelijk' zoveel mogelijk objectiveren.²⁷ De overgang van Wet MOT naar Wwft bracht geen veranderingen in het doel en de systematiek van het meldingssysteem, behalve dat het systeem nu ook gericht is op het bestrijden van terrorismefinanciering.²⁸ Tevens is het aantal instellingen waarop de wet van toepassing is steeds verder toegenomen en is de reikwijdte van de indicatoren verruimd.²⁹

24. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 2 (MvT).*

25. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 2-3 (MvT).*

26. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 3 (MvT).*

27. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 6-7 (MvT).*

28. *Kamerstukken II 2007/8, 31238, nr. 3, p. 4 (MvT).*

29. Zie bijv. *Kamerstukken II 2007/8, 31238, nr. 3, p. 4 (MvT); Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 8 (MvT); Stb. 2018, 241, par. 2.5 van de NvT.*

2.2.2 Reikwijdte

De tekst van artikel 16 lid 1 Wwft luidt als volgt: ‘Een instelling meldt een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan de Financiële inlichtingen eenheid’. In lid 2 wordt vervolgens opgesomd welke gegevens de instelling in de melding dient te verstrekken. Het gaat onder andere om informatie over de identiteit van de cliënt, de transactie (aard, tijdstip, plaats), gelden die met de transactie gemoeid zijn (omvang, bestemming, herkomst), en de omstandigheden die maakten dat de transactie als ongebruikelijk wordt aangemerkt. Om de reikwijdte van artikel 16 lid 1 Wwft goed in beeld te krijgen worden de bestanddelen hierna besproken.

2.2.2.1 Instelling

In artikel 1 lid 1 Wwft is bepaald dat met ‘instelling’ wordt bedoeld een ‘bank, andere financiële onderneming, of natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap handelend in het kader van zijn beroepsactiviteiten, waarop deze wet ingevolge artikel 1a van toepassing is’. In artikel 1a Wwft is een lange lijst opgenomen van personen en organisaties waarop de Wwft van toepassing is. Het is niet zinvol die hier allemaal op te sommen, maar in het kort gaat het onder andere om banken, beleggingsinstellingen, notarissen en kopers of verkopers van goederen.

2.2.2.2 Aan de Financiële inlichtingen eenheid

De Financiële inlichtingen eenheid (FIE) is de Financial Intelligence Unit-Nederland (FIU-NL), een zelfstandige publieke organisatie die zijn bestaansrecht ontleent aan artikel 12 Wwft. Op grond van artikel 13 Wwft is de FIU-NL verantwoordelijk voor het verzamelen van Wwft-meldingen, het analyseren of de gemelde ongebruikelijke transacties verdacht zijn, en zo ja, het delen daarvan met opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten.³⁰

2.2.2.3 Melden

Volgens artikel 18 Wwft bepaalt de FIE de wijze waarop melding moet worden gedaan. Bij de FIU-NL wordt gemeld via een online meldportaal.³¹ Melden is verplicht: een instelling die dit niet doet pleegt een misdrijf op grond van artikel 1 onderdeel 2° in samenhang met artikel 2 lid 1 van de Wet op de economische delicten (WED) en kan dus strafrechtelijk vervolgd worden. In plaats van de strafrechtelijke route kan ook worden gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving. Op grond van artikel 29 Wwft kan een last onder dwangsom worden opgelegd en op grond van artikel 30 Wwft een bestuurlijke boete.

30. ‘Over FIU-Nederland’, fiu-nederland.nl, 12 februari 2024.

31. Zie meldportaal.fiu-nederland.nl.

2.2.2.4 Verrichte of voorgenomen

Het idee dat ook voorgenomen transacties onder de meldingsplicht vallen is reeds in de Wet MOT geïntroduceerd. Melding van een voorgenomen transactie moet worden gedaan ‘in geval van een duidelijke wilsuïting van een cliënt om een ongebruikelijke transactie te verrichten (...), ook indien die (nog) niet tot uitvoering komt’.³²

2.2.2.5 Transactie

Artikel 1 lid 1 Wwft definieert ‘transactie’ als ‘handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt waarvan de instelling ten behoeve van haar dienstverlening aan die cliënt heeft kennisgenomen’. Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat de Wwft ziet op de professionele dienstverlening van een instelling aan een cliënt en dus niet op haar andere handelingen.³³

2.2.2.6 Ongebruikelijke

De keuze voor een plicht tot het melden van ‘ongebruikelijke’ transacties – en niet ‘verdachte’ transacties, zoals voorgeschreven door de Financial Action Task Force (FATF³⁴) en de Europese Unie³⁵ – kwam voort uit de wens om te streven naar het objectiveren van de meldingsplicht.³⁶ Opvallend is dat toen de Nederlandse Vereniging van Banken aangaf de voorkeur te geven aan de term ‘verdachte’ transacties, daarop in de memorie van toelichting werd gereageerd met de stelling dat de terminologie vooral een kwestie van semantiek is.³⁷ Die stelling valt in de huidige Wwft-systematiek moeilijk vol te houden, zo volgt uit het feit dat instellingen ‘ongebruikelijke’ transacties melden aan de FIU-NL en laatstgenoemde vervolgens beoordeelt of die transacties ook als ‘verdacht’ worden aangemerkt.³⁸ De reden om bij de introductie van de Wwft toch een meldingsplicht van ‘ongebruikelijke’ transacties te behouden was dezelfde als bij de introductie van de Wet MOT: ‘de wens om te komen tot een bepaalde mate van objectivering van de meldingsplicht’.³⁹ Tevens acht de wetgever de FIU-NL beter in staat om te beoordelen of een transactie als verdacht moet worden aangemerkt dan de meldingsplichtige instellingen.⁴⁰ Het nadeel van een meldingsplicht van ‘ongebruikelijke’ transacties in vergelijking met ‘verdachte’ ligt voor de hand: er moet meer worden gemeld en de kwaliteit van die meldingen is lager.⁴¹

32. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 6 (MvT).*

33. *Snijder-Kuipers & Tilleman 2019, p. 238.*

34. FATF 2023. De FATF wordt in par. 3.4 uitgebreid besproken.

35. Richtlijn (EU) 2015/849, geamendeerd in Richtlijn (EU) 2018/843 en Richtlijn (EU) 2019/2177.

36. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 4-5 (MvT).*

37. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 21 (MvT).*

38. *Kamerstukken II 2007/8, 31238, nr. 3, p. 4 (MvT); Beekhuis & De Zanger 2019, p. 851-852; Snijder-Kuipers & Tilleman 2019, p. 242-243.*

39. *Kamerstukken II 2007/8, 31238, nr. 3, p. 15 (MvT).*

40. *Kamerstukken II 2007/8, 31238, nr. 3, p. 28 (MvT).*

41. *Brits e.a. 2022, p. 5-6 en 36-37; Kamerstukken II 2022/23, 31477, nr. 80, p. 16-17 (Advies Van der Vlist).*

Een ongebruikelijke transactie is op grond van artikel 1 lid 1 Wwft in samenhang met artikel 15 lid 1 Wwft een transactie die als zodanig kwalificeert aan de hand van de indicatoren in bijlage 1 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. Als sprake is van één van de aldaar opgesomde indicatoren, dan wordt de transactie als ongebruikelijk aangemerkt. De indicatoren zijn onder te verdelen in objectieve indicatoren en een subjectieve indicator.⁴² De objectieve indicatoren worden zo genoemd omdat geen beoordeling vereist is van de instelling.⁴³ Er is steeds sprake van een bepaalde drempelwaarde en een omschrijving van het type transactie waarvoor die drempelwaarde geldt. Transacties die voldoen aan de omschrijving en boven de drempelwaarde uitkomen moeten worden gemeld. De objectieve indicatoren verschillen per instelling; op sommige instellingen, bijvoorbeeld beleggingsinstellingen, zijn zelfs helemaal geen objectieve indicatoren van toepassing. Voor hen geldt enkel de subjectieve indicator. Voorbeelden van objectieve indicatoren zijn:

- 'Een transactie voor een bedrag van € 10.000,- of meer, waarbij contante omwisseling in een andere valuta of van kleine naar grote coupures plaatsvindt.'
- 'Het in depot nemen van munten, bankbiljetten of andere waarden voor een bedrag van € 10.000,- of meer.'
- 'Een transactie waarbij een of meerdere voertuigen, schepen, kunstvoorwerpen, antiquiteiten, edelstenen, edele metalen, sieraden of juwelen verkocht worden tegen geheel of gedeeltelijke contante betaling, waarbij het contant te betalen bedrag € 20.000,- of meer bedraagt.'

De subjectieve indicator is voor elke instelling hetzelfde en luidt als volgt: 'Een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme.' Deze indicator vereist dat een instelling zelf een afweging maakt, op basis van alle omstandigheden van het geval.⁴⁴ Een belangrijk hulpmiddel bij die afweging is bijlage I bij de leidraden naleving Wwft van het Bureau Financieel Toezicht, waar ook door toezichthouders en rechters veel naar wordt gerefereerd in hun beoordelingen van de afwegingen van instellingen.⁴⁵ Instellingen zijn namelijk niet vrij in hun beoordeling of sprake is van een subjectieve indicator: een toezichthouder of rechter kan achteraf toetsen of een instelling aanleiding had om te veronderstellen dat een bepaalde transactie verband hield met witwassen of terrorismefinanciering en kan die instelling sanctioneren als ten onrechte niet is gemeld.⁴⁶

42. Snijder-Kuipers & Tilleman 2019, p. 246.

43. Snijder-Kuipers & Tilleman 2019, p. 246.

44. Snijder-Kuipers & Tilleman 2019, p. 246; *Kamerstukken II* 2007/8, 31238, nr. 3, p. 4 (MvT).

45. BFT 2018. Zie bijv. Rb. Rotterdam 18 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12466, r.o. 12.2-12.3; Cbb 5 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:58, r.o. 5.3-5.5; Rb. Amsterdam 8 november 2022; ECLI:NL:RBAMS:2022:6495, r.o. 7.

46. Rb. Rotterdam 18 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12466, r.o. 13.2; Hof Den Haag 1 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:187; Cbb 5 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:58, r.o. 5.1-5.5.

2.2.2.7 Onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden

Met 'onverwijld' wordt volgens de memorie van toelichting bij de Wet MOT bedoeld 'op het moment dat de ongebruikelijke aard van de transactie aan de financiële [sic] instelling kenbaar is geworden'.⁴⁷ Dit is sindsdien niet gewijzigd, de vierde Anti-Money Laundering Directive (AMLD4) laat geen ruimte voor een langere termijn.⁴⁸ In de praktijk wordt met onverwijld bedoeld zo snel mogelijk, maar uiterlijk binnen veertien dagen.⁴⁹

Nu alle bestanddelen van artikel 16 lid 1 Wwft zijn besproken, is de reikwijdte van dit artikel voldoende in beeld gebracht. In de paragraaf hierna zal eenzelfde bespreking volgen over de reikwijdtes van heling en witwassen.

2.3 De reikwijdtes van heling en witwassen

2.3.1 Waarom heling en witwassen?

Voordat de reikwijdtes van heling en witwassen worden besproken is het van belang om eerst uitgebreider stil te staan bij de vraag waarom in dit onderzoek gefocust wordt op deze specifieke strafbepalingen. Zoals in de volgende paragrafen zal blijken gaat het bij deze strafbepalingen om handelingen ten aanzien van goederen, persoonlijke dan wel zakelijke rechten, of voorwerpen⁵⁰ die afkomstig zijn uit een misdrijf. Er is een overlap tussen de strafbaarstelling van handelingen ten aanzien van voorwerpen met een criminele herkomst (waaronder de verwerving ervan) en een meldingsplicht ten aanzien van transacties waar die handelingen onderdeel van uit maken.

Hoewel de meldingsplicht ook ziet op terrorismefinanciering, wordt daar in dit onderzoek niet op ingegaan. De aard van dat delict verschilt teveel van heling en witwassen en het zou passender zijn hier een zelfstandig onderzoek aan te wijden. Immers gaat het bij terrorismefinanciering niet om de strafbaarheid van de herkomst van voorwerpen, maar om het opzettelijk geldelijke steun verlenen aan bepaalde (terroristische) misdrijven. Die aard maakt ook dat de meldingsplicht zelden van toepassing zal zijn op transacties waarbij de instelling zelf is betrokken, aangezien 'transactie' in de Wwft is gedefinieerd als handeling of samenstel van handelingen *van of ten behoeve van een cliënt*.

Er zijn situaties denkbaar waarin de Wwft-meldingsplicht dwingt tot zelfincriminatie van andere delicten. Keulen noemt artikel 189 Sr ('het opzettelijk verbergen of wegmaken van voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen of om wederrechtelijk verkregen voordeel aan te

47. Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 6.

48. Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 26 (MvT); Richtlijn (EU) 2015/849.

49. Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 17-18 (MvT); Kamerstukken II 2007/8, 31238, nr. 3, p. 27-28 (MvT).

50. De helingbepalingen zien op goederen en persoonlijke dan wel zakelijke rechten, de witwasbepalingen op voorwerpen, waar alle zaken en alle vermogensrechten onder worden verstaan. In tekst die refereert naar zowel heling als witwassen zal hierna 'voorwerpen' worden gebruikt.

tonen') als voorbeeld.⁵¹ Hoewel dit onderzoek niet op deze situaties focust, kunnen hoofdstukken die zien op het nemo tenetur-beginsel wellicht ook relevant zijn voor die situaties.

2.3.2 Achtergrond van de huidige wetgeving

Tot 2001 was witwassen in Nederland niet zelfstandig strafbaar gesteld; de helingbepalingen hadden een dusdanig ruim bereik dat witwashandelingen onder die strafbepalingen konden worden vervolgd.⁵² Om een aantal redenen werd toch een separate strafbaarstelling van witwassen geïntroduceerd in 2001. Zo zouden de helingbepalingen niet toereikend zijn om de ontwikkelingen van criminaliteit met een financiële component bij te benen en lacunes vertonen in vergelijking met internationale witwasomschrijvingen. Daarnaast zorgde de heler-steler regel (de pleger van het gronddelict kan zich niet tevens schuldig maken aan heling van de uit dat delict verkregen goederen) ervoor dat criminele opbrengsten die de witwasser zelf had gegenereerd, niet met de helingbepalingen vervolgd konden worden.⁵³ Een laatste reden was dat het beschermde rechtsgoed van witwassen afwijkt van die van heling. Heling is strafbaar omdat iemand profiteert van andermans misdrijf door als gevolg van misdrijven verkregen goederen over te nemen en/of te verhandelen, waardoor wordt bevorderd dat die ander dergelijke misdrijven blijft plegen. Het verwijt bij witwassen is daarentegen primair dat daardoor de integriteit van het financiële en economische verkeer wordt aangetast en de openbare orde wordt bedreigd.⁵⁴ Hoewel de redenen voor strafbaarstelling dus verschillen, zijn de handelingen die strafbaar zijn gesteld voor een groot deel dezelfde. Als beide bepalingen toepasbaar zijn in een bepaalde zaak, mag de officier van justitie kiezen welke hij ten laste legt of beide bepalingen alternatief ten laste leggen.⁵⁵ In de memorie van toelichting bij de introductie van de witwasbepalingen werd uitgelegd dat deze keuze geen gevolgen zou hebben voor het strafmaximum.⁵⁶ Dat is inmiddels gewijzigd: voor opzetheling kan nu maximaal vier jaar gevangenisstraf worden opgelegd en voor opzetwitwassen zes jaren.

2.3.3 De reikwijdtes

De helingdelicten worden onderscheiden in opzetheling (artikel 416 Sr), gewoonteheling (artikel 417 Sr), en schuldheling (artikel 417bis Sr). Iemand maakt zich schuldig aan opzetheling als hij (artikel 416 lid 1 Sr):

- a. 'een goed verwerft, voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk recht op of een zakelijk recht ten aanzien van een goed vestigt of overdraagt, terwijl hij ten tijde van de

51. Keulen 1993, par. 6.

52. Diepenmaat 2016, p. 51-52.

53. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27159, nr. 3, p. 2 (MvT); Diepenmaat 2016, p. 53-54; Kooijmans 2014, par. 1. Zie o.a. HR 7 februari 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AB7391, NJ 1978/661 en HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, NJ 1995/65 voor jurisprudentie inzake de heler-steler regel.

54. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27159, nr. 3, p. 5 (MvT).

55. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27159, nr. 3, p. 5 (MvT).

56. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27159, nr. 3, p. 5.

verwerving of het voorhanden krijgen van het goed dan wel het vestigen van het recht wist dat het een door misdrijf verkregen goed betrof;’ of

- b. ‘opzettelijk uit winstbejag een door misdrijf verkregen goed voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk recht op of zakelijk recht ten aanzien van een door misdrijf verkregen goed overdraagt.’

De witwasdelicten kennen eveneens een onderscheid in een opzet- gewoonte- en schuldvariant, neergelegd in respectievelijk artikel 420bis Sr, 420ter Sr, en 420quater Sr. Witwassen kent daarnaast een vierde en vijfde variant, in de vorm van eenvoudig witwassen (artikel 420bis.1 Sr) en eenvoudig schuldwitwassen (artikel 420quater.1 Sr). Iemand maakt zich schuldig aan opzetwitwassen als hij (artikel 420bis lid 1 Sr):

- a. ‘van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf;’ of
- b. ‘een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf.’

Omdat de bestanddelen van beide delicten sterk overeenkomen worden deze hierna gezamenlijk besproken. Waar (delen van een) bestanddeel specifiek ziet/zien op heling dan wel witwassen, wordt dit aangegeven.

2.3.3.1 Goed (heling), zakelijk of persoonlijk recht (heling), voorwerp (witwassen)

Met ‘goed’ is aangesloten bij de terminologie van andere vermogensdelicten en dus bij de strafrechtelijke invulling van die term.⁵⁷ De zakelijke en persoonlijke rechten zien op de juridische zeggenschap over een goed.⁵⁸ Zakelijke rechten gelden tegen een ieder, persoonlijke rechten tegen één persoon of enkele bepaalde personen.⁵⁹ Lid 2 van artikel 420bis Sr verklaart wat wordt verstaan onder ‘voorwerpen’: ‘alle zaken en alle vermogensrechten’. Hiermee heeft de wetgever willen aansluiten bij de civielrechtelijke definitie van het begrip ‘goed’, neergelegd in artikel 3:1 van het Burgerlijk Wetboek, in afwijking dus van de eerdergenoemde strafrechtelijke definitie van ‘goed’.⁶⁰

57. *Kamerstukken II 1989/90*, 21565, nr. 3, p. 5 (MvT). Zie voor die strafrechtelijke invulling o.a. HR 23 mei 1921, ECLI:NL:HR:1921:186, *NJ 1921/564*, m.nt. B.M. Taverne (*Elektriciteit*) en HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, *NJB 2012/486 (Runescape)*.

58. *Kamerstukken II 1989/90*, 21565, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

59. Rodrigues Lopes 2017, p. 14.

60. Diepenmaat 2016, p. 82.

2.3.3.2 *Verwerven, voorhanden hebben, overdragen, vestigen (heling), omzetten (witwassen), gebruik maken (witwassen)*

Er zijn maar weinig handelingen denkbaar die niet onder een van de hierboven opgesomde handelingen kunnen worden geschaard.⁶¹ De wetgever heeft hiermee bewerkstelligd dat bijna elke handeling ten aanzien van een voorwerp met criminele herkomst binnen het bereik van de heling- dan wel witwasbepalingen valt.

2.3.3.3 *Verbergen of verhullen (witwassen)*

Alle handelingen die tot doel hebben en geschikt zijn om van een voorwerp afkomstig uit enig misdrijf de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding te verbergen of verhullen dan wel te verbergen of verhullen wie de rechthebbende op een dergelijk voorwerp is of het voorhanden heeft, worden strafbaar gesteld.⁶² Het kan hier ook gaan om een reeks van handelingen die tezamen dat doel hebben en bereiken.⁶³

2.3.3.4 *Onmiddellijk of middellijk (witwassen)*

Met dit bestanddeel wordt benadrukt dat ook de hiervoor beschreven handelingen ten aanzien van voorwerpen die indirect afkomstig zijn uit enig misdrijf strafbaar zijn.⁶⁴ Voor een effectieve aanpak van witwassen is dit van belang. Vaak is immers sprake van vele verbergings- en verhullingshandelingen die tot doel hebben de verkrijging van een voorwerp zo ver mogelijk af te laten staan van het delict waaruit dat voorwerp afkomstig is. Hier is sprake van een belangrijk verschil met heling: aangenomen wordt dat 'door misdrijf verkregen' betekent dat daaronder geen indirect uit misdrijf afkomstige goederen worden verstaan.⁶⁵

2.3.3.5 *Door misdrijf verkregen (heling) of afkomstig uit enig misdrijf (witwassen)*

Als een goed door een misdrijf (dus geen overtreding) aan de rechthebbende is onttrokken, op welke manier dan ook, is het 'door misdrijf verkregen'.⁶⁶ Het misdrijf hoeft niet nader te worden aangeduid of omschreven, wel moet worden nagegaan of de bestanddelen van een misdrijf zijn vervuld.⁶⁷

Bij 'afkomstig uit enig misdrijf' gaat het er eveneens om dat het voorwerp (deels) afkomstig is uit enig misdrijf, welk misdrijf dan ook en op welke manier dan ook.⁶⁸ Er moet sprake zijn van een causaal

61. Diepenmaat 2016, p. 65.

62. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 14-15 (MvT).

63. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 14 (MvT).

64. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 17 (MvT); Diepenmaat 2016, p. 83.

65. Diepenmaat 2016, p. 83.

66. *Kamerstukken II* 1989/90, nr. 3, p. 5 (MvT).

67. HR 3 november 1959, NJ 1960/44; Hof Den Haag 8 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2918.

68. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 16 (MvT); *Kamerstukken I* 2000/01, 27159, nr. 288a, p. 8 (MvA I).

verband met enig misdrijf, maar de rechter hoeft niet noodzakelijkerwijs een specifiek gronddelict te identificeren.⁶⁹ In geval van een onbekend gronddelict kan het causale verband met enig misdrijf worden vastgesteld aan de hand van de volgende stappen uit het zogeheten Zes-stappen-arrest:

1. Er is geen bewijs voor een specifiek gronddelict.
2. Op basis van de feiten en omstandigheden is zonder meer sprake van een vermoeden van witwassen.
3. Van de verdachte mag worden verwacht dat hij een verklaring geeft voor de herkomst van het voorwerp waarop de verdenking betrekking heeft.
4. Die verklaring dient concreet, min of meer verifieerbaar en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijk te zijn.
5. Als de verklaring van de verdachte daartoe aanleiding geeft ligt het op de weg van het OM om onderzoek te doen naar de uit de verklaring van de verdachte volgende alternatieve herkomst van het voorwerp.
6. Uit de resultaten van dat onderzoek blijkt dat met voldoende zekerheid kan worden uitgesloten dat het voorwerp een legale herkomst heeft en dat derhalve een criminele herkomst als enige aanvaardbare verklaring kan gelden.⁷⁰

Dit stappenplan, in combinatie met een grote rol voor feiten van algemene bekendheid ten aanzien van het vermoeden in stap 2, maakt dat ook in geval van een onbekend gronddelict in veel gevallen toch een causaal verband met enig misdrijf kan worden aangetoond.⁷¹

2.3.3.6 Opzet, gewoonte, schuld, eenvoudig (witwassen)

Er is sprake van opzetheling dan wel opzetwitwassen als iemand een van de handelingen in paragraaf 2.3.3.2 of 2.3.3.3 verricht ten aanzien van een voorwerp terwijl hij wist dat dat voorwerp door misdrijf verkregen is of daaruit afkomstig is. De ondergrens hiervan ligt bij voorwaardelijk opzet: het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans dat een voorwerp door misdrijf verkregen is of daaruit afkomstig is.⁷² Degene die van heling of witwassen een gewoonte maakt wordt (zwaarder) gestraft wegens gewoonteheling of -witwassen. Als iemand niet wist dat het een door misdrijf verkregen of uit misdrijf afkomstig goed betrof maar dit redelijkerwijs wel had moeten vermoeden, wordt hij (lichter) gestraft voor schuldheling of -witwassen. Met 'redelijkerwijs moet vermoeden' wordt aangeduid dat sprake moet zijn van culpa: 'een min of meer grove of aanmerkelijke schuld'.⁷³ Volgens De Hullu lijkt het er dan vooral om te gaan of sprake was van 'verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid'.⁷⁴

69. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 16 (MvT); Klaasse & De Boer 2020, p. 729-730; Braakman & Van der Voort 2021, p. 447; Diepenmaat 2016, p. 84-87.

70. Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481; Braakman & Van der Voort 2021, p. 447.

71. Stevens 2012, par. 3; Van der Rijst, Stevens & Hola 2022, par. 6.1.2.

72. De Hullu 2021, p. 228.

73. De Hullu 2021, p. 251; HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5630.

74. De Hullu 2021, p. 251-252.

Met eenvoudig witwassen (artikel 420bis.1 Sr) wordt strafbaar gesteld wat als gevolg van de heler-steler jurisprudentie juist niet onder heling valt: het voorhanden hebben van uit eigen misdrijf verkregen voorwerpen. Artikel 420quater.1 Sr (eenvoudig schuldwitwassen) voorziet in een bijzonder uitzonderingsgeval, namelijk de situatie waarin 'een dader van een grondmisdrijf niet weet dat hij voorwerpen voorhanden heeft die afkomstig zijn van een door hemzelf gepleegd misdrijf'.⁷⁵

2.3.3.7 Uit winstbejag (heling)

Dit bestanddeel dient de verkrijger te goeder trouw die op enig moment na verkrijging bekend wordt met de criminele herkomst van het goed, te beschermen. Hij is alleen strafbaar wegens het voorhanden hebben of overdragen van dat goed als hij dat deed 'uit winstbejag'.⁷⁶

2.3.4 Tussenconclusie: witwassen overlapt heling en reikt verder

Uit de bespreking hiervoor blijkt dat de gedragingen die onder de helingdelicten strafbaar zijn tevens strafbaar zijn gesteld als witwassen, maar dat de reikwijdte van witwassen nog verder gaat dan dat. Zo is de heler-steler regel niet van toepassing en is ook sprake van strafbaarheid bij voorwerpen die onmiddellijk afkomstig zijn uit enig misdrijf. Daarnaast lijkt de definitie van 'afkomstig uit enig misdrijf' verder te reiken dan 'door misdrijf verkregen' en zijn 'omzetten' en 'gebruik maken' handelingen die niet in de helingdelicten zijn opgenomen. Tot slot is het niet zo dat een verkrijger te goeder trouw enkel strafbaar is als sprake was van voorhanden hebben of overdragen 'uit winstbejag'. De ruime reikwijdte van de witwasbepalingen maakt dat deze wel worden aangeduid als 'catch-all-bepalingen', die door het OM als vangnet worden ingezet wanneer het bewijzen van het gronddelict of het opsporen van de dader daarvan lastig of onmogelijk is.⁷⁷ De meldingsplichtige instelling die zich niet schuldig wil maken aan een van beide delicten moet dus vooral de grenzen van de witwasbepalingen in het oog houden. Als die niet overschreden worden, is ook geen sprake van heling.

2.4 Hoe leidt de meldingsplicht van artikel 16 Wwft tot zelfincriminatie?

De wetgever verwacht van instellingen die op grond van artikel 16 Wwft verplicht zijn ongebruikelijke transacties te melden dat zij bijzonder oplettend zijn bij het accepteren van een transactie: men moet zich bewust zijn van de objectieve indicatoren, beoordelen of er een aanleiding is om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of terrorismefinanciering (subjectieve indicator), en beoordelen of men redelijkerwijs moet vermoeden dat een voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf, om te bepalen of enige handeling ten aanzien daarvan zou leiden tot schuld aan (schuld)heling of (schuld)witwassen. Niet alleen moet de meldingsplichtige instelling zich hiervan

75. *Kamerstukken II 2015/16*, 34294, nr. 3, p. 10 (MvT).

76. *Kamerstukken II 1989/90*, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

77. Borgers 2006, nr. 2; Dorant & Verbruggen 2020, par. 1-2 en 4.

bewust zijn: van haar wordt verwacht dat zij het verschil tussen ‘aanleiding om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden’ en ‘redelijkerwijs moet vermoeden dat het (...) afkomstig is uit enig misdrijf’ begrijpt en dit in de praktijk kan toepassen. Als aan de eerste kwalificatie is voldaan maar niet aan de tweede, moet men de transactie melden maar maakt de melder zich nog niet schuldig aan schuldheiling of -witwassen als die transactie doorgang vindt. Als tevens aan de tweede kwalificatie is voldaan moet men de voorgenomen transactie melden maar mag men die niet laten doorgaan, tenzij daarvoor akkoord is ontvangen van opsporingsautoriteiten.⁷⁸ Het bepalen of de ondergrens van culpa is bereikt is voor juristen al geen eenvoudige materie⁷⁹ en het ligt dan ook niet in de lijn der verwachting dat dit door de vele Wwft-instellingen (instellingen in de zin van artikel 1 Wwft) in Nederland steeds correct wordt beoordeeld. Evenmin ligt voor de hand dat instellingen de ruime invulling van ‘afkomstig uit enig misdrijf’ kennen en weten toe te passen. Het is niet ondenkbaar dat een instelling die hierin een (grote) fout maakt, verplicht is een transactie te melden die men heeft laten doorgaan, terwijl uit die melding blijkt dat de instelling door het door laten gaan van die transactie zich schuldig heeft gemaakt aan (schuld)heling of (schuld)witwassen. Uiteraard is ook denkbaar dat instellingen die welbewust mee hebben gewerkt aan witwassen op deze manier verplicht zijn de autoriteiten in te lichten over hun misdrijven.

Waar niet elke ongebruikelijke transactie dusdanig ongebruikelijk is dat het accepteren ervan zou leiden tot schuld aan heling dan wel witwassen, is elke transactie die tot schuld aan heling dan wel witwassen leidt wél ongebruikelijk. Als een instelling een transactie accepteert terwijl zij wist of had moeten weten dat de uit die transactie verworven voorwerpen (bijvoorbeeld geld) afkomstig zijn uit enig misdrijf, moet zij die transactie ook melden bij de FIU-NL omdat dan logischerwijs sprake is van een transactie die verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme (en dus sprake is van een subjectieve indicator). In die gevallen leidt de meldingsplicht van artikel 16 Wwft dus (in beginsel) tot zelfincriminatie.

Nu de reikwijdtes van de Wwft-meldingsplicht en de relevante strafbepalingen zijn uiteengezet en is besproken hoe de meldingsplicht kan leiden tot zelfincriminatie, is het van belang in te gaan op de door de wetgever gegeven oplossing voor dit probleem: strafrechtelijke vrijwaring.

78. *Kamerstukken II 1992/93*, 23009, nr. 3, p. 5 (MvT).

79. De Hullu 2021, p. 251-252.

3 Strafrechtelijke vrijwaring

3.1 Inleiding

Artikel 19 lid 1 Wwft:

‘Gegevens of inlichtingen die in overeenstemming met de artikelen 16 of 17 te goeder trouw zijn verstrekt, kunnen niet dienen als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of een vervolging wegens verdenking van, of als bewijs ter zake van een tenlastelegging wegens witwassen of financieren van terrorisme door de instelling die deze gegevens of inlichtingen heeft verstrekt.’

In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de huidige reikwijdte is van de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft. Eerst wordt het oorspronkelijke doel van de strafrechtelijke vrijwaring beschreven (par. 3.2). Daarna worden de twee belangrijkste ontwikkelingen behandeld die de reikwijdte van deze vrijwaring hebben ingeperkt: het schrappen van het delict heling uit artikel 19 lid 1 Wwft (par. 3.3) en het toevoegen van de woorden ‘te goeder trouw’ (par. 3.4).

De civielrechtelijke vrijwaring van artikel 20 Wwft en de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 19 lid 2 Wwft voor instellingen die als gevolg van het moeten doen van een Wwft-melding een plicht tot geheimhouding moeten schenden – wat strafbaar zou zijn op grond van artikel 272 Sr – blijven in dit onderzoek wegens gebrek aan relevantie buiten beschouwing. Ook wordt niet verder ingegaan op lid 3 van artikel 19 Wwft, dat lid 1 en 2 van toepassing verklaart op personen die werkzaam zijn voor een instelling en hebben meegewerkt aan het voldoen aan de meldingsplicht. De focus ligt in dit onderzoek op de instellingen zelf.

3.2 Het doel van een strafrechtelijke vrijwaring

Om ervoor te zorgen dat financiële instellingen zouden willen meewerken aan een meldingsplicht werden in de Wet MOT strafrechtelijke en civielrechtelijke vrijwaringsbepalingen opgenomen.⁸⁰ Zonder strafrechtelijke vrijwaring zouden deze instellingen immers het risico lopen dat zij zelf zouden worden vervolgd wegens heling, op basis van de gegevens die zij in de melding hadden verschaft.⁸¹ De wetgever heeft hier dus een keuze gemaakt om het primaire doel van de Wet MOT te dienen, namelijk het achterhalen van de identiteit van degenen die misdrijfgelden aanbieden, ten koste van mogelijkheden om een meldende instelling te vervolgen.⁸² De tekst van de strafrechtelijke vrijwaring in de in 1994 in werking getreden Wet MOT bepaalde dat gegevens of inlichtingen die werden verstrekt in het kader van de meldingsplicht, niet konden dienen als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of

80. Terlouw & Aron 1996, p. 22.

81. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT).*

82. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT).*

gerechtelijk vooronderzoek⁸³ wegens verdenking van overtreding van de artikelen 416 Sr (heling), 417 Sr (gewoonteheling) of 417bis Sr (schuldheling), tegen degene die deze gegevens of inlichtingen had verstrekt. De gegevens of inlichtingen konden ook niet als bewijs meewerken ter zake van een tenlastelegging wegens overtreding van deze artikelen door de meldende instelling. De meldingsplichtige instellingen bleven wel strafrechtelijk aansprakelijk voor heling, maar de melding mocht dus niet de grondslag vormen voor een opsporingsonderzoek of vervolging daarvoor of gebruikt worden als bewijs.⁸⁴

3.3 Geen vrijwaring bij heling

Op 1 mei 2006 is een gewijzigde Wet MOT in werking getreden (*Stb.* 2006, 211). In het eerste voorstel voor deze wetswijziging werd voorgesteld om in artikel 12 lid 1 Wet MOT niet langer op te sommen voor welke wetsartikelen de vrijwaring zou gelden, maar te verwijzen naar de misdrijven die 'krachtens artikel 3, onderdeel a zijn aangewezen'.⁸⁵ In artikel 3 onderdeel a Wet MOT zou vervolgens worden verwezen naar 'bij algemene maatregel van bestuur aangewezen misdrijven'.⁸⁶ Verwijzing naar een algemene maatregel van bestuur werd echter bij nader inzien te complex en mogelijk verwarrend bevonden.⁸⁷ Daarom werd ervoor gekozen om de bedoelde misdrijven expliciet in de wet op te nemen: 'witwassen, heling van geld of financieren van terrorisme'.⁸⁸ Deze wijziging lijkt een inperking van de reikwijdte van de vrijwaring ten aanzien van heling in te hebben gehouden door de toevoeging 'van geld'. De aanleiding voor deze beperking is niet terug te vinden in de kamerstukken bij het wetsvoorstel. Een mogelijke verklaring voor het gebruik van de term 'heling van geld' kan worden gevonden in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot strafbaarstelling van witwassen, dat in 2001 in werking zou treden.⁸⁹ Daar wordt uitgelegd dat 'heling van geld' tot dan toe werd gebruikt om witwassen aan te duiden. Men wilde die term handhaven in de Wet MOT omdat de officier van justitie er in bepaalde situaties voor kan kiezen om heling ten laste te leggen in plaats van witwassen.⁹⁰ Dat verklaart waarom 'heling van geld' in de rest van de Wet MOT werd gehanteerd. Waarom die term in 2006 is gebruikt om de reikwijdte van artikel 12 Wet MOT in te perken blijft echter onduidelijk.

In 2008 werd de Wet MOT vervangen door de Wwft en werd de strafrechtelijke vrijwaring opgenomen in artikel 19 Wwft. Dit nieuwe artikel bevatte echter niet langer de woorden 'heling van geld' (*Stb.* 2008, 303) en bood dus niet langer bescherming aan de meldingsplichtige instelling die verplicht was

83. Het gerechtelijk vooronderzoek is op 1 januari 2013 vervallen als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet versterking positie rechter-commissaris. In plaats van 'gerechtelijk vooronderzoek' staat in het huidige artikel 19 lid 1 Wwft 'vervolging'.

84. *Kamerstukken II* 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT).

85. *Kamerstukken II* 2004/5, 29990, nr. 2, p. 2-3 (Voorstel van wet).

86. *Kamerstukken II* 2004/5, 29990, nr. 2, p. 1. (Voorstel van wet)

87. *Kamerstukken II* 2004/5, 29990, nr. 7, p. 6-7 (Nota naar aanleiding van het verslag).

88. *Kamerstukken II* 2004/5, 29990, nr. 7, p. 6-7 (Nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken II* 2004/5, 29990, nr. 8, p. 1-3 (Nota van wijziging).

89. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3.

90. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, nr. 3, p. 19-20 (MvT).

om een melding te doen waaruit zou blijken dat die instelling zichzelf schuldig aan heling had gemaakt. Een opvallende keuze, die een nieuw risico op vervolging in het leven riep voor meldingsplichtige instellingen en daarmee afweek van de overwegingen in de memorie van toelichting bij de Wet MOT om meer mogelijkheden te hebben om de aanbieders van misdrijfgelden te vervolgen, ten koste van de mogelijkheden om de meldende instellingen te vervolgen.⁹¹ Nog opvallender is echter dat deze keuze in geen van de parlementaire documenten bij het wetsvoorstel wordt toegelicht, het woord ‘heling’ wordt zelfs niet genoemd.⁹² De onbevredigende conclusie is dan ook dat artikel 19 lid 1 Wwft geen vrijwaring biedt bij heling waar artikel 12 lid 1 Wet MOT dat wel deed en dat onbekend is waarom.

3.4 Te goeder trouw

3.4.1 De aanleiding

De Financial Action Task Force (FATF) is een internationale organisatie die onderzoek doet naar witwassen en terrorismefinanciering, op basis van dat onderzoek beleidsstandaarden ontwikkelt en deelnemende landen aan de hand van die standaarden evalueert.⁹³ Nederland is sinds 1990 lid van de FATF en dient zich als zodanig te houden aan de standaarden die de FATF opstelt, waarvan ‘The FATF Recommendations’ de belangrijkste is.⁹⁴ In 2011 voerde de FATF een evaluatie uit van de Nederlandse anti-witwas- en terrorismefinancieringswet- en regelgeving.⁹⁵ Eén van de commentaren in die evaluatie was: ‘(...) there is no requirement to report in good faith regarding criminal liability. Consequently, it would not be possible to hold a reporting institution criminally liable in relation to the transactions that are reported. It would only be possible to prosecute this institution on the basis of other information.’⁹⁶ Om te voldoen aan aanbeveling 14 van de FATF Recommendations (in de huidige FATF Recommendations is dit aanbeveling 21) was het volgens de FATF noodzakelijk om instellingen enkel strafrechtelijke vrijwaring te bieden als zij hun verdenkingen (ongebruikelijke transacties) ‘in good faith’ rapporteren.⁹⁷ In reactie daarop heeft de wetgever de woorden ‘te goeder trouw’ toegevoegd aan artikel 19 lid 1 Wwft.⁹⁸ Het is echter maar zeer de vraag of de FATF ook op artikel 19 lid 1 Wwft doelde. Immers, aanbeveling 14 (oud) zag enkel op vrijwaring ‘for breach of any restriction on disclosure of information’.⁹⁹ De FATF noemt lid 1 van artikel 19 Wwft ook niet in de evaluatie, enkel de leden 2 en 3 worden expliciet benoemd.¹⁰⁰ Gelet op aanbeveling

91. *Kamerstukken II 1992/93*, 23009, nr. 3, p. 16 (MvT).

92. *Kamerstukken II 2007/8*, 31238, nr. 3 (MvT); *Kamerstukken II 2007/8*, 31238, nr. 4 (Nader rapport); *Kamerstukken II 2007/8*, 31238, nr. 5 (Verslag); *Kamerstukken II 2007/8*, 31238 (Nota van Wijziging).

93. ‘What we do’, fatf-gafi.org.

94. FATF 1991, p.4; FATF 2023.

95. FATF 2011.

96. FATF 2011, p. 178.

97. FATF 2011, p. 183.

98. *Kamerstukken II 2011/12*, 33238, nr. 3, p. 18 (MvT).

99. FATF 2023, p. 19. Deze vrijwaring werd gecreëerd om te voorkomen dat financiële instellingen door het rapporteren van verdachte transacties in overtreding zouden zijn met ‘bank secrecy rules or other privacy laws’ (FATF 1990, p. 20) en heeft dus een heel ander doel dan artikel 19 lid 1 Wwft.

100. FATF 2011, p. 178.

14 (oud) is dit logisch; artikel 19 lid 2 Wwft bevat immers een vrijwaring voor het overtreden van een geheimhoudingsplicht en lid 3 verklaart lid 2 (en lid 1) van overeenkomstige toepassing op personen die werkzaam zijn voor een meldingsplichtige instelling die hebben meegewerkt aan de melding. Deze twee leden van artikel 19 Wwft waren dus relevant ten aanzien van aanbeveling 14 (oud), niet lid 1. In de context van artikel 19 lid 2 Wwft is het ook niet onlogisch om een voorwaarde als ‘te goeder trouw’ op te nemen omdat, in ieder geval in theorie, situaties denkbaar zijn waarin instellingen te kwader trouw hun geheimhoudingsplicht schenden door te melden. De functie van ‘te goeder trouw’ in artikel 19 lid 1 Wwft is echter moeilijker te begrijpen, zie paragraaf 3.4.3.

3.4.2 Waarom ‘te goeder trouw’ artikel 19 lid 1 Wwft?

Het is niet geheel duidelijk hoe de wetgever op basis van de FATF evaluatie tot de conclusie is gekomen dat ‘te goeder trouw’ in artikel 19 lid 1 Wwft zou moeten worden opgenomen. Mogelijk heeft hij gedacht dat de FATF lid 1 moest hebben bedoeld omdat het begrip ‘te goeder trouw’ reeds in artikel 19 lid 2 Wwft was geïmplementeerd middels de woorden ‘in de redelijke veronderstelling’.¹⁰¹ Het valt op dat die implementatie helemaal niet werd besproken in het evaluatierapport van 2011 (zelfs niet in het deel waarin wordt uitgelegd wat de inhoud is van artikel 19 lid 2 Wwft), terwijl een vergelijkbare uitwerking in de civielrechtelijke vrijwaring (artikel 20 Wwft) – ‘gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid’ – werd bekritiseerd omdat dit een strengere maatstaf zou zijn dan ‘te goeder trouw’. De wetgever heeft die uitwerking vervolgens aangepast naar ‘in de redelijke veronderstelling’.¹⁰² Kennelijk leidde de wetgever uit het niet bespreken van ‘in de redelijke veronderstelling’ en het bekritisieren van ‘gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid’ af dat de FATF de eerstgenoemde formulering een goede implementatie van ‘te goeder trouw’ zou vinden. Hij heeft het dan ook niet nodig gevonden om artikel 19 lid 2 Wwft na de evaluatie van de FATF aan te passen. Uit het evaluatierapport van 2022 volgt echter dat de FATF van mening is dat ‘in de redelijke veronderstelling’ een strengere maatstaf is dan ‘te goeder trouw’ en dus minder bescherming zou bieden dan aanbeveling 21 vereist.¹⁰³ Dat de FATF deze kritiek op ‘in de redelijke veronderstelling’ als uitwerking van ‘te goeder trouw’ niet in de evaluatie van 2011 had opgenomen, had als gevolg dat de teksten van de artikelen 19 lid 2 Wwft en 20 lid 1 Wwft in 2022 nog steeds niet helemaal voldeden aan de maatstaf van de FATF aanbevelingen.¹⁰⁴ Maar een misschien nog wel ingrijpendere consequentie – in samenhang met het feit dat in onderdeel 847 van het evaluatierapport van 2011 niet duidelijk werd benoemd op welke artikelen de FATF kritiek had – was dat het niet onlogisch was om te concluderen dat het in paragraaf 3.4.1 geciteerde commentaar over artikel 19 lid 1 Wwft zou gaan. De

101. *Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18 (MvT); Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 26 (MvT); Kamerstukken II 2004/5, 29990, nr. 3, p. 14 (MvT).*

102. FATF 2011, p. 178; *Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18 (MvT).*

103. FATF 2022, p. 246-247.

104. Op het moment van schrijven (maart 2024) zijn die artikelteksten nog ongewijzigd en is dus nog steeds geen sprake van volledige ‘compliance’.

aanbeveling die uit dat commentaar volgde is ook dusdanig breed geformuleerd dat die eveneens van toepassing zou kunnen zijn op artikel 19 lid 1 Wwft: 'Ensure that protection from criminal liability only applies if suspicions are reported in good faith.'¹⁰⁵ Het is niet onbegrijpelijk dat de wetgever die deze teksten leest en van mening is dat 'te goeder trouw' reeds in artikel 19 lid 2 Wwft geïmplementeerd is, concludeert dat het wel over lid 1 zal moeten gaan. Maar zelfs al zou de FATF daadwerkelijk gedoeld hebben op artikel 19 lid 1 Wwft met zijn conclusies en aanbeveling, dan is het nog niet logisch dat die regelrecht door de wetgever zouden worden geïmplementeerd. De FATF toetst immers aan aanbeveling 14 (oud), die een heel ander doel heeft dan artikel 19 lid 1 Wwft. De wetgever had met de vaststelling dat wijziging van artikel 19 lid 1 Wwft niet zou bijdragen aan de naleving van aanbeveling 14 (oud) kunnen volstaan. In plaats daarvan is ervoor gekozen om de term 'te goeder trouw' zonder meer in artikel 19 lid Wwft op te nemen.¹⁰⁶

3.4.3 De uitwerking

In de memorie van toelichting bij de wetwijziging waarin de woorden 'te goeder trouw' zijn toegevoegd aan artikel 19 lid 1 Wwft wordt gesteld dat daarmee gevolg is gegeven aan de hiervoor besproken FATF-evaluatie van 2011.¹⁰⁷ De uitwerking daarvan wordt als volgt toegelicht: 'de vrijwaring tegen – kort gezegd – vervolging wegens witwassen of financieren van terrorisme biedt geen soelaas voor wie zelf schuldig of medeplichtig is aan de desbetreffende feiten'.¹⁰⁸ Wie artikel 19 lid 1 Wwft dan nog wel beoogt te beschermen wordt in de memorie van toelichting niet verder uitgelegd, maar komt wel aan bod in een reactie op vragen van de VVD-fractie: 'de melder met oprechte bedoelingen', ofwel de melder die 'een melding verricht op legitieme gronden, maar niet indien de melder zelf (verwijtbaar) betrokken was bij de witwaspraktijken die hij meldt'.¹⁰⁹ Het is moeilijk voor te stellen hoe een instelling die wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het door haar verworven voorwerp afkomstig was uit enig misdrijf en zich daarmee schuldig heeft gemaakt aan (schuld)witwassen – en daarom baat zou hebben bij een strafrechtelijke vrijwaring – op basis van die definitie te goeder trouw zou kunnen zijn. En als iemand niet (verwijtbaar) betrokken was bij de witwaspraktijken die hij meldt, mag worden aangenomen dat hij ook geen bescherming nodig heeft tegen vervolging voor witwassen op basis van zijn melding. De VVD-fractie merkte iets soortgelijks op door te stellen dat bij constatering van goede trouw bij de verdachte, strafrechtelijke verwijtbaarheid ook moeilijk te bewijzen zal zijn en verwacht mag worden dat het OM dan bijna zeker niet tot vervolging zal overgaan.¹¹⁰ Het OM heeft daarop bevestigd dat de wijziging 'geen enkele invloed heeft op de mogelijkheden tot vervolging' en merkt verder op dat artikel 19 lid 1 Wwft

105. FATF 2011, p. 183.

106. *Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18 (MvT)*

107. *Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18.*

108. *Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18 (MvT).*

109. *Kamerstukken I 2012/13, 33236, C, p. 8-9 (MvA I).*

110. *Kamerstukken I 2012/13, 33238, D, p. 2 (Nota naar aanleiding van het verslag).*

zelden een beletsel voor vervolging vormt omdat 'langs andere weg bewijs van het plegen van witwassen kan worden geleverd'.¹¹¹ Dat de wijziging geen invloed zou hebben op de mogelijkheden tot vervolging van instellingen 'te goeder trouw' klinkt plausibel gelet op het voorgaande, maar er zal toch wel degelijk sprake zijn van een verandering ten aanzien van de instellingen die zelf schuldig of medeplichtig zijn aan de gemelde feiten. Die instellingen kunnen niet langer aanspraak maken op de vrijwaring, terwijl dat bij de introductie van de Wet MOT juist de bedoeling van die bepaling was.¹¹²

De vrijwaringsbepaling van artikel 19 lid 1 Wwft heeft tot doel om bij naleving van de meldingsplicht strijd met het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM te voorkomen.¹¹³ Gelet op het voorgaande is het maar zeer de vraag of dit doel nog bereikt kan worden. Om die vraag te beantwoorden is het van belang om in het volgende hoofdstuk in te gaan op de achtergrond en het doel van het nemo tenetur-beginsel en de invulling die het EVRM daaraan heeft gegeven.

111. *Kamerstukken I 2012/13, 33238, D, p. 2* (Nota naar aanleiding van het verslag).

112. *Kamerstukken II 1992/93, 23009, nr. 3, p. 16* (MvT).

113. *Kamerstukken I 2012/13, 33238, D, p. 1* (Nota naar aanleiding van het verslag).

4 Het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de theorie achter het nemo tenetur-beginsel en de invulling daarvan in de jurisprudentie van het EHRM besproken en wordt de meldingsplicht van artikel 16 Wwft getoetst aan die invulling. Eerst zal worden ingegaan op de bestaansreden van het nemo tenetur-beginsel aan de hand van de rechtsgronden die eraan ten grondslag liggen, hoe het EHRM dit beginsel in artikel 6 EVRM heeft ingelezen en of deze lezing op dezelfde wijze geldt ten aanzien van rechtspersonen (par. 4.2). Vervolgens wordt besproken hoe het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM zich verhoudt tot meldingsplichten en wordt beoordeeld of de meldingsplicht van artikel 16 Wwft op zichzelf in strijd is met artikel 6 EVRM (par. 4.3). In de laatste paragraaf wordt de huidige invulling van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM beschreven aan de hand van het toetsingskader dat volgt uit het De Legé-arrest en wordt aan de hand van dat toetsingskader beoordeeld in hoeverre de meldingsplicht van artikel 16 Wwft kan leiden tot strijd met artikel 6 EVRM (par. 4.4).

4.2 Het nemo tenetur-beginsel

4.2.1 De rechtsgronden

In de literatuur bestaat geen overeenstemming over de rechtsgronden die aan het nemo tenetur-beginsel ten grondslag liggen.¹¹⁴ Van Toor heeft een overzicht gemaakt van de rechtsgronden die door juridische auteurs worden genoemd.¹¹⁵ Een eerste rechtsgrond wordt gevonden in het belang van de materiële waarheidsvinding.¹¹⁶ Een verdachte dwingen om mee te werken aan de eigen veroordeling levert onbetrouwbaar bewijs op, zo is de gedachte.¹¹⁷ Dit is een gedachte die bevestigd wordt door rechtspsychologisch onderzoek, met als bekendste voorbeeld de valse bekentenis.¹¹⁸ Een tweede rechtsgrond wordt gevonden in de procesautonomie van de verdachte: de verdachte moet zelf kunnen bepalen welke positie hij inneemt ten aanzien van de vervolgende autoriteiten en de aanklacht.¹¹⁹ Het uitgangspunt is dat beide procespartijen gelijkwaardig zijn en dat die gelijkwaardigheid wordt ondergraven als de aanklager de verdachte kan dwingen om bewijsmateriaal af te staan.¹²⁰ De derde rechtsgrond is de menselijke waardigheid, de gedachte dat ook een verdachte menswaardig moet worden behandeld.¹²¹ Het nemo tenetur-beginsel zou de menselijke waardigheid van verdachten beschermen door hen niet de instinctieve 'drive' tot zelfbescherming te ontnemen en door te voorkomen dat

114. Van Toor 2017, p. 372; Wijsman 2017, p. 77-78; De Haas & Vissers 2014, p. 78-79.

115. Van Toor 2017, p. 372-390.

116. Van Toor 2017, p. 372.

117. Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 50.

118. Israëls & Horselenberg 2010, p. 765-783.

119. Van Toor 2017, p. 375-377.

120. Van Toor 2017, p. 377; Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 50-53.

121. Van Toor 2017, p. 379.

verdachten moeten kiezen tussen verklaren en veroordeeld worden, of zwijgen en veroordeeld worden wegens zwijgen, het zogeheten 'cruel dilemma'.¹²² De vierde en laatste rechtsgrond die Van Toor noemt is het verbod op ongeoorloofde dwang.¹²³ Het nemo tenetur-beginsel beschermt tegen schending van de onschuldspresumptie en bevordert het uitgangspunt dat het aan de aanklagende overheid is om voldoende bewijs te leveren.¹²⁴ Uit deze rechtsgrond vloeit voort dat de verdachte beschermd moet worden tegen bepaalde methoden van bewijsvergaring, ook als die methoden wel betrouwbaar bewijs opleveren.¹²⁵ Geen van de hiervoor genoemde rechtsgronden kan volgens Van Toor op zichzelf het bestaan en de inhoud van het nemo tenetur-beginsel verklaren. Een combinatie van rechtsgronden kan dit echter volgens hem wel, waarbij het belang van de verschillende rechtsgronden per rechtssysteem zal verschillen.¹²⁶ De jurisprudentie van het EHRM leunt daarom eveneens op een combinatie van de vier hiervoor besproken rechtsgronden.¹²⁷ In de volgende paragraaf wordt besproken hoe het EHRM het nemo tenetur-beginsel in artikel 6 EVRM heeft ingelezen.

4.2.2 Hoe het nemo tenetur-beginsel volgt uit artikel 6 EVRM

In de zaak *Funke tegen Frankrijk* werd het nemo tenetur-beginsel voor het eerst door het EHRM erkend en leverde schending van het recht van een verdachte 'to remain silent and not to contribute to incriminating himself' een schending van artikel 6 EVRM op.¹²⁸ Waarom het nemo tenetur-beginsel uit artikel 6 EVRM zou volgen en wat de strekking ervan zou zijn werd niet verder toegelicht. Een jaar later, in de zaak *Murray tegen het Verenigd Koninkrijk*, ging de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) hier iets dieper op in. De Commissie legde uit dat hoewel het nemo tenetur-beginsel niet specifiek wordt genoemd in artikel 6 EVRM, dit beginsel zonder twijfel onderdeel uitmaakt van 'generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (...). By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6'.¹²⁹ Bijna drie jaar later, in het arrest *Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk*, lichtte het EHRM het nemo tenetur-

122. Van Toor 2017, p. 380 en 382.

123. Van Toor 2017, p. 384.

124. Ashworth 2008, p. 768; Van Toor 2017, p. 384.

125. Van Toor 2017, p. 384-385.

126. Van Toor 2017, p. 386-387.

127. Wijsman 2017, p. 91-92. Volgens Wijsman zijn maar twee rechtsgronden uitdrukkelijk door het Hof erkend, namelijk 'de betrouwbaarheid van het bewijs' (door Van Toor 'belang van de materiële waarheidsvinding' genoemd) en 'de menselijke waardigheid en autonomie van de verdachte'. Echter, in 'de menselijke waardigheid en autonomie van de verdachte' kunnen twee van de door Van Toor opgesomde rechtsgronden worden herkend: de menselijke waardigheid en procesautonomie. De vierde rechtsgrond die Van Toor noemt, 'het verbod op ongeoorloofde dwang', kan worden geïdentificeerd in het citaat uit het *Saunders*-arrest in paragraaf 4.2.2.

128. EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, par. 44 (*Funke/Frankrijk*).

129. ECRM 18 januari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0118DEC001873191, par. 45 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

beginsel in de zin van artikel 6 EVRM nog verder toe.¹³⁰ Het Hof legde uit dat het nemo tenetur-beginsel veronderstelt dat 'the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2). The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent.'¹³¹ De vaststelling dat het nemo tenetur-beginsel primair gericht is op het respecteren van van de wil van de verdachte om te zwijgen leidde het Hof tot een beperking van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel door een onderscheid te maken in wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal, waarbij eerstgenoemde wel beschermd zou worden door het nemo tenetur-beginsel en laatstgenoemde niet (zie paragraaf 4.4.3 voor een verdere bespreking hiervan).¹³² Het Hof heeft de strekking van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM in de jaren na het Saunders-arrest steeds verder ingevuld. Recent heeft het een overzichtsarrest gewezen waarin het alle jurisprudentie ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel heeft gevat in een toetsingskader. Aan de hand van dit arrest, De Legé tegen Nederland, wordt de huidige strekking van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM in paragraaf 4.4 beschreven, waarbij artikel 16 Wwft daaraan wordt getoetst.

4.2.3 Rechtspersonen en het nemo tenetur-beginsel

Maar eerst wordt kort ingegaan op de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van rechtspersonen. Dat is voor dit onderzoek van belang omdat Wwft-instellingen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen zijn, zie paragraaf 2.2.2.1. De tot nu toe besproken jurisprudentie en de jurisprudentie die in de volgende paragrafen nog aan bod komt inzake het nemo tenetur-beginsel gaat echter steeds over natuurlijke personen. Het is handig om bij het lezen daarvan te weten in hoeverre die jurisprudentie relevant is ten aanzien van en/of van toepassing is op rechtspersonen.

Reeds in 1968, in een beslissing inzake de ontvankelijkheid van 'Church X' (Scientology), overwoog de ECRM als volgt over artikel 6 EVRM: '(...) it is clear that the procedural rights guaranteed under this provision may be had and exercised by a legal as well as a natural person (...)'.¹³³ In lijn daarmee overwoog de Hoge Raad in een zaak waarin een BV zich beriep op artikel 6 EVRM 'dat de in art. 6 EVRM neergelegde waarborgen niet alleen voor natuurlijke personen maar ook voor rechtspersonen als de onderhavige hebben te gelden'.¹³⁴ Uit voorgaand citaat mag volgens Finaly worden opgemaakt dat ook

130. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

131. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 68-69, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

132. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

133. ECRM 17 december 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:1217DEC000379868 (*Church of X/Verenigd Koninkrijk*).

134. HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9378, r.o. 5.4., NJ 1994/52.

het nemo tenetur-beginsel volgens de Hoge Raad op rechtspersonen van toepassing is.¹³⁵ Andere auteurs benadrukken dat het EHRM zich nog niet expliciet heeft uitgesproken over de vraag of het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM van toepassing is op rechtspersonen en dat dus niet zonder meer moet worden aangenomen dat het nemo tenetur-beginsel ook (op dezelfde wijze) voor rechtspersonen geldt.¹³⁶ Daarbij kan worden gewezen op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat in het arrest DB/Consob met betrekking tot de reikwijdte van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van natuurlijke personen aansloot bij de rechtspraak van het EHRM over artikel 6 EVRM, terwijl ten aanzien van rechtspersonen werd vastgehouden aan een beperktere reikwijdte die voortvloeide uit de eigen eerdere jurisprudentie.¹³⁷ Totdat het EHRM uitsluitel geeft over de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van rechtspersonen is het van belang om bij het lezen van de hiernavolgende paragrafen in het achterhoofd te houden dat dat de aldaar gegeven argumenten mogelijk niet op dezelfde wijze gelden voor rechtspersonen.

4.3 Het nemo tenetur-beginsel bij meldingsplichten

Op 24 september 2021 wees de Hoge Raad arrest in een (bestuursrechtelijke) zaak over de suppletieplicht van artikel 10a Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) in combinatie met artikel 15 Uitvoeringsbesluit.¹³⁸ Op grond van dit artikel is een belastingplichtige die een onjuiste of onvolledige belastingaangifte heeft gedaan verplicht om in bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen alsnog de juiste en volledige informatie te verschaffen aan de belastinginspecteur. De belanghebbende in deze zaak was beboet wegens het opzettelijk niet voldoen aan de suppletieplicht. Bij het Gerechtshof Den Haag voerde hij zonder succes aan dat daardoor sprake zou zijn van een schending van het nemo tenetur-beginsel.¹³⁹ Zijn cassatiemiddelen waren niet gericht tegen dit oordeel, maar de Hoge Raad ging hier ten overvloede toch op in. De Hoge Raad verwees naar jurisprudentie van het EHRM waarin het Hof bepaalde dat het nemo tenetur-beginsel 'does not per se prohibit the use of compulsory powers to require persons to provide information about their financial or company affairs'.¹⁴⁰ Tevens legde het Hof uit dat een verplichting om informatie over inkomen en vermogen te verschaffen voor belastingdoeleinden een normaal onderdeel is van belastingssystemen en het moeilijk voor te stellen is hoe ze zonder een dergelijke verplichting effectief zouden kunnen functioneren. Op zichzelf is een dergelijke verplichting niet in strijd met artikel 6 EVRM, ook niet als een boete wordt opgelegd als niet is voldaan aan die

135. Finaly 1996, par. 2.1. Finaly benadrukt het feit dat de Hoge Raad het heeft over 'rechtspersonen als de onderhavige' en daarmee mogelijk een beperking heeft willen aanbrengen in het soort rechtspersonen dat aanspraak kan maken op artikel 6 EVRM.

136. Oliver 2015, p. 685-686; Lamberigts 2016, p. 39.

137. Traousis 2021, p. 116-117; HvJ EU 2 februari 2021, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84 (DB/Consob).

138. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351.

139. Hof Den Haag 15 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3882, r.o. 5.2.

140. EHRM 10 september 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0910DEC007657401, par. 1 (Allen/Verenigd Koninkrijk).

verplichting.¹⁴¹ Er kan wel sprake zijn van strijd met artikel 6 EVRM als de meldingsplicht leidt tot het verplicht verstrekken van belastende informatie of als sprake is van een lopende of een te verwachten vervolging (als sprake is van een ‘criminal charge’, zie paragraaf 4.4.2) wegens het niet verstrekken van mogelijk zelfincriminerende informatie.¹⁴² Per geval moet dan (aan de hand van het De Legé-toetsingskader) worden vastgesteld of er daadwerkelijk sprake is van een schending. In de zaak over artikel 10a AWR was de conclusie dat de mededeling op basis van dat artikel niet gebruikt mocht worden voor het bewijs dat de belanghebbende een strafbaar feit had begaan, waarbij met name van belang was dat het bewijsmateriaal diende te worden aangemerkt als wilsafhankelijk materiaal.¹⁴³

Een ander arrest van de Hoge Raad waarin de spanning tussen een meldingsplicht en het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM centraal stond, ging over een plicht op grond van artikel 8 lid 1 van Verordening (EG) 273/2004 om bevoegde instanties in te lichten over ‘elk voorval, zoals ongewone orders of transacties met geregistreerde stoffen, dat erop kan wijzen dat deze in de handel te brengen stoffen wellicht worden misbruikt om verdovende middelen of psychotrope stoffen op illegale wijze te vervaardigen’.¹⁴⁴ De verdachte in die zaak had 4.000 liter zoutzuur besteld en dit niet conform voorgenoemde plicht gemeld. De Hoge Raad benadrukte het doel dat de meldingsplicht dient: ‘toezicht mogelijk maken en de bevoegde instanties in staat (...) stellen hun controle- en toezichtstaken uit te oefenen’.¹⁴⁵ Hij overwoog vervolgens dat de omstandigheid dat melden kon leiden tot een verdenking jegens de verdachte niet in de weg hoefde te staan aan een vervolging en veroordeling wegens het niet naleven van de meldingsplicht.¹⁴⁶ Er was geen sprake van een schending van artikel 6 EVRM omdat op het moment van melden nog geen sprake was van een ‘criminal charge’ (een voorwaarde waaraan voldaan moet zijn alvorens sprake kan zijn van enig probleem ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM, zie paragraaf 4.4.2).¹⁴⁷

Het doel van artikel 16 Wwft is vergelijkbaar met het doel van de voorgenoemde zaak omdat eveneens toezicht mogelijk wordt gemaakt en instanties in staat worden gesteld controle- en toezichtstaken uit te oefenen.¹⁴⁸ De Wwft-meldingsplicht verplicht tot het verstrekken van informatie over ongebruikelijke transacties van cliënten van meldingsplichtige instellingen en is daarmee gelet op het nemo tenetur-beginsel minder ingrijpend dan een plicht om informatie aan te leveren over de eigen fouten in de belastingaangifte. In vergelijking met de besproken zaken is dan ook geen sprake van een

141. EHRM 10 september 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0910DEC007657401, par. 1 (*Allen/Verenigd Koninkrijk*); HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351, r.o. 4.3.

142. EHRM 10 september 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0910DEC007657401, par. 1 (*Allen/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023DEC002689212, par. 24-25 (*Wanner/Duitsland*).

143. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351, r.o. 4.4.2. Zie paragraaf 4.4.3 voor een bespreking van het verschil tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal.

144. HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, r.o. 2.4, *NJ* 2021/390, m.nt. J.M. Reijntjes.

145. HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, r.o. 2.5.3, *NJ* 2021/390, m.nt. J.M. Reijntjes.

146. HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, r.o. 2.5.3, *NJ* 2021/390, m.nt. J.M. Reijntjes; Nan 2021, par. 5.

147. HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, r.o. 2.5.2-2.5.3, *NJ* 2021/390, m.nt. J.M. Reijntjes.

148. Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017, r.o. 6.8.1.

voor de hand liggende reden om de meldingsplicht van artikel 16 Wwft op zichzelf in strijd te achten met artikel 6 EVRM, terwijl de suppletieplicht van artikel 10a AWR en de meldingsplicht van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 dat niet zijn. Artikel 16 Wwft kan mogelijk wel leiden tot strijd met artikel 6 EVRM in de gevallen waarin instellingen verplicht zijn transacties te melden die hen zelf incrimineren. In de volgende paragraaf wordt getoetst in hoeverre daarvan sprake is aan de hand van het De Legé-toetsingskader.

4.4 Het toetsingskader van De Legé tegen Nederland

In het arrest De Legé tegen Nederland heeft het EHRM een toetsingskader gegeven waarmee kan worden vastgesteld of in een bepaalde zaak sprake is van strijd met het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁴⁹ Dit toetsingskader begint met twee voorwaarden waaraan voldaan moet zijn alvorens sprake kan zijn van enig probleem ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM: er moet sprake zijn van enige dwang of druk ('some form of coercion or compulsion') en van een 'criminal charge'.¹⁵⁰ Vervolgens moet worden bepaald of het onder dwang of druk verkregen materiaal wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk is. Tot slot moet worden bepaald of die dwang of druk heeft geleid tot het teniet doen van de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel. Elk deel van het toetsingskader zal hierna worden uitgewerkt en per deel wordt de meldingsplicht van artikel 16 Wwft daaraan getoetst.

4.4.1 Enige dwang of druk

Waar het in dit deel van het toetsingskader slechts de vraag is of sprake is van *enige* dwang of druk, komt later in het toetsingskader ook de *aard en mate* daarvan aan bod. De aard en mate van dwang of druk zijn door het EHRM vrij uitgebreid toegelicht, maar voor het bepalen of sprake is van enige dwang of druk verwijst het Hof in het De Legé-arrest als voorbeeld naar twee eerdere arresten die indiceren waar de ondergrens ligt.¹⁵¹ In *Serves tegen Frankrijk* stelde het Hof vast dat sprake was van dwang of druk toen een militair door zijn directe leidinggevende werd ondervraagd in een disciplinaire context, ook al was hij op basis van de relevante regelgeving niet verplicht te antwoorden.¹⁵² In de zaak *Bykov tegen Rusland* maakt het Hof een vergelijking met twee andere zaken om uit te leggen wanneer 'trickery and subterfuge' maakt dat sprake is van dwang of druk. Uit dit arrest volgt dat als de verdachte vrij was om te bepalen dat hij de persoon waartegen hij een incriminerende verklaring aflegde wilde zien en vrij was om met hem te praten of dat juist te weigeren, er geen sprake was van dwang of druk.¹⁵³ Hoewel uit deze twee zaken lijkt

149. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 63-78, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

150. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 74, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

151. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 65, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

152. EHRM 4 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0504DEC003864297, par. 25 (*Serves/Frankrijk*).

153. EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 99-102 (*Bykov/Rusland*).

te volgen dat de ondergrens van 'enige dwang of druk' uit een grijs gebied bestaat en vrij casuïstisch kan zijn, zal in de meeste gevallen vrij eenvoudig bepaald kunnen worden of sprake is van enige dwang of druk aan de hand van de betekenis van de woorden 'dwang' en 'druk'. Daarnaast kan de jurisprudentie over de aard en mate van dwang of druk indicatief zijn; immers, als sprake is van een bepaalde mate van dwang of druk, is logischerwijs ook sprake van enige dwang of druk. Hieruit kan worden afgeleid dat bij dwang of druk in ieder geval gedacht moet worden aan verklaringen of informatieverstrekingen onder druk van sancties, als gevolg van fysieke of psychologische druk, of als gevolg van kunstgrepen (bijvoorbeeld undercoveroperaties).¹⁵⁴

De wetgever heeft welbewust gekozen voor het verplichten van Wwft-instellingen tot het melden van ongebruikelijke transacties en niet voor een meldingssysteem op basis van vrijwilligheid.¹⁵⁵ Niet voldoen aan de meldingsplicht kan leiden tot strafrechtelijke vervolging dan wel bestuursrechtelijke handhaving, waarbij de straffen kunnen oplopen tot vier jaar gevangenisstraf (bij het opzettelijk een gewoonte maken van het niet voldoen aan artikel 16 Wwft, zie artikel 6 lid 1 onderdeel 3 WED) of € 10.000.000 boete (voor bepaalde instellingen die binnen 5 jaar na het opleggen van een bestuurlijke boete eenzelfde overtreding begaan, zie artikel 31 Wwft). Dat daarmee sprake is van enige dwang of druk om te voldoen aan de meldingsplicht van artikel 16 Wwft staat buiten kijf; de meldingsplicht leidt tot het verstrekken van al dan niet zelfincriminerende informatie onder druk van sancties.

4.4.2 'Criminal charge'

Uit de voorwaarde dat sprake moet zijn van een 'criminal charge' volgt dat een zaak pas binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel valt als dwang of druk is toegepast met het doel om informatie te bemachtigen waarmee iemand in een lopende of verwachte strafzaak kan worden beschuldigd, of als sprake is van een zaak waarbij dwang of druk is toegepast om zelfincriminerende informatie te bemachtigen buiten de context van een strafzaak, die daarna in een vervolging wordt gebruikt.¹⁵⁶

De zelfstandige betekenis van het woord 'charge' in de zin van het EVRM is niet beperkt tot enkel de formele vervolging. Er is reeds sprake van een 'charge' vanaf het moment dat 'an individual is officially notified by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence, or from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a

154. Zie o.a. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 70-72, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, par. 54-55 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 97 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 50 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

155. *Kamerstukken II* 1992/93, 23009, nr. 3, p. 4 (MvT).

156. EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497, par. 42-43 (*Weh/Oostenrijk*); EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 65, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

result of a suspicion against him'.¹⁵⁷ Of die 'charge' ook 'criminal' is moet worden vastgesteld aan de hand van de volgende criteria:

1. 'classification in domestic law';
2. 'nature of the offence';
3. 'severity of the penalty that the person concerned risks incurring'.¹⁵⁸

De al dan niet strafrechtelijke classificatie van een sanctie vormt het uitgangspunt van de beoordeling of een 'charge' 'criminal' is. Meer dan een uitgangspunt is het echter niet; een te grote rol van dit criterium zou er immers toe kunnen leiden dat verdragsstaten sancties decriminaliseren om ze buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM te brengen.¹⁵⁹ De 'nature of the offence' moet worden vastgesteld aan de hand van verscheidene factoren die volgen uit jurisprudentie van het EHRM, onder andere of een bepaalde norm zich tot alle burgers richt of vooral tot een bepaalde (beroeps)groep, of het delict is ingesteld door een openbaar lichaam met wettelijke handhavingsbevoegdheden en of de sanctie een punitief of afschrikwekkend doel heeft.¹⁶⁰ Ten aanzien van het derde criterium, de 'severity of the penalty', is met name van belang of een delict met een vrijheidsstraf wordt bedreigd; dat valt dan namelijk binnen de 'criminal sphere'.¹⁶¹

In paragraaf 4.3 is reeds benoemd dat de rol van de voorwaarde 'criminal charge' van groot belang is gebleken bij meldingsplichten. In de meeste gevallen is het niet reeds ten tijde van de melding zo dat een Wwft-instelling officieel geïnformeerd is door de opsporingsautoriteiten over een aanklacht en is ook de situatie van de instelling nog niet wezenlijk beïnvloed door enige maatregelen van opsporingsautoriteiten, waardoor dus nog geen sprake van een 'charge'.¹⁶² Die officiële kennisgeving of wezenlijke impact als gevolg van een verdenking is immers veelal juist een gevolg van een zelfincriminerende melding en volgt dus pas daarna. Dit betekent dat instellingen tegen wie niet reeds op het moment van het doen van een Wwft-melding een 'charge' bestaat, niet kunnen weigeren melding te doen op grond van artikel 16 Wwft met een beroep op het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁶³ Instellingen tegen wie al wel een 'charge' bestaat komt een dergelijk beroep in beginsel wel toe, gelet op de uitwerking van de rest van het toetsingskader in de hiernavolgende paragrafen.

157. EHRM 27 februari 1980, ECLI:CE:ECHR:1980:0227JUD000690375, par. 42-46 (*Deweer/België*); EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 249 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

158. EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, par. 82 (*Engel e.a./Nederland*).

159. De Kam 2016, p. 104; EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, par. 82 (*Engel e.a./Nederland*).

160. EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786, par. 47 (*Bendenoun/Frankrijk*); EHRM 10 juni 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092, par. 56 (*Benham/Verenigd Koninkrijk*).

161. EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, par. 82 (*Engel e.a./Nederland*).

162. EHRM 27 februari 1980, ECLI:CE:ECHR:1980:0227JUD000690375, par. 42-46 (*Deweer/België*). EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 249 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*); Wijsman 2017, p. 48.

163. Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017, r.o. 6.8.1; Nan 2021, par. 5; HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, NJ 2021/390, m.nt. J.M. Reijntjes.

Een vervolging wegens heling of witwassen op grond van artikel 416 Sr e.v. en artikel 420 Sr e.v. kwalificeert als ‘criminal’ in de zin van het EVRM. Heling en witwassen zijn immers naar Nederlands recht strafrechtelijk gesanctioneerd, dit geldt voor alle burgers (niet een specifieke groep), de delicten zijn ingesteld door een openbaar lichaam met wettelijke handhavingsbevoegdheden (de wetgever), en de sancties die op de delicten zijn gesteld zijn onder andere punitief en afschrikwekkend bedoeld en kunnen vrijheidsstraffen betreffen. Een vervolging van een instelling wegens heling of witwassen (al dan niet naar aanleiding van een Wwft-melding van die instelling) kwalificeert dus als ‘criminal charge’. Het gebruik van een zelfincriminerende Wwft-melding in een dergelijke vervolging valt alsnog binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM omdat dan sprake is van een zaak waarbij dwang of druk is toegepast om zelfincriminerende informatie te bemachtigen buiten de context van een strafzaak, die daarna in een vervolging wordt gebruikt.¹⁶⁴

4.4.3 Wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk?

De volgende stap in het toetsingskader van het De Legé-arrest betreft een verdere beperking van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM. Het EHRM maakt een onderscheid in wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal.¹⁶⁵ Dwang of druk die wordt uitgeoefend om een verdachte te bewegen tot het afleggen van verbale of geschreven verklaringen – materiaal dat zonder de wil van de verdachte niet tot stand komt – valt binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel.¹⁶⁶ De gedwongen afgifte van wilsonafhankelijk materiaal, dat een bestaan heeft onafhankelijk van de wil van de verdachte, valt daar in principe buiten. Voorbeelden van wilsonafhankelijk materiaal zijn reeds bestaande documenten, adem, bloed, urine, en weefsel waarmee DNA-tests gedaan kunnen worden.¹⁶⁷ Er is sprake van een uitzondering als artikel 3 EVRM wordt geschonden om wilsonafhankelijk materiaal te bemachtigen. Dit valt eveneens binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel.¹⁶⁸

In het De Legé-arrest besteedt het Hof uitgebreid aandacht aan documentair bewijs dat onder druk van boetes in de context van zaken van financieel recht is bemachtigd.¹⁶⁹ Het verschil met zaken die zich buiten de context van financieel recht bevinden is niet geheel duidelijk, maar A-G Keulen verwacht niet dat de normering buiten die context wezenlijk anders ligt.¹⁷⁰ Het Hof legt uit dat als autoriteiten

164. EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497, par. 42-43 (*Weh/Oostenrijk*).

165. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). De reden voor dit onderscheid is dat het nemo tenetur-beginsel volgens het Hof primair gericht is op het beschermen van de wil van een verdachte om te zwijgen.

166. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 75, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

167. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

168. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 109-123 (*Jalloh/Duitsland*).

169. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 69-73 en 76, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

170. Concl. A-G B.F. Keulen 11 juli 2023, ECLI:NL:PHR:2023:676, par. 33-40 en 64.

dwang of druk gebruiken om een verdachte te bewegen om zelfincriminerende documenten te overleggen, dit niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel als de autoriteiten kunnen aantonen dat die dwang of druk gericht is op het bemachtigen van specifieke reeds bestaande documenten en zij ook weten dat die documenten echt bestaan en relevant zijn voor het onderzoek in kwestie.¹⁷¹ De autoriteiten mogen dus niet op ‘fishing expedition’ gaan, waarbij een verdachte gedwongen wordt om zelfincriminerende documenten aan te leveren waarvan de autoriteiten denken dat ze bestaan, maar dit niet zeker weten.¹⁷² Het Hof trekt hierbij een parallel met zelfincriminerende verklaringen omdat de verdachte de autoriteiten tot dan toe onbekende informatie verschaft. Dat is problematisch in het licht van het nemo-tenetur beginsel omdat het aan de openbaar aanklager zou moeten zijn om de tenlastelegging te bewijzen, zonder bewijs van de verdachte af te dwingen.¹⁷³

Een Wwft-melding bestaat op grond van artikel 16 lid 2 Wwft uit verscheidene gegevens ten aanzien van de transactie waarop die melding betrekking heeft, waaronder de omstandigheden die aanleiding gaven voor het melden van die transactie als ongebruikelijk. Het is dus geen kwestie van het aanleveren van reeds bestaande documentatie: zonder de wil van de instelling komt een Wwft-melding niet tot stand. De dwang of druk die uitgaat van artikel 16 lid 1 Wwft maakt dat instellingen een wilsafhankelijke, geschreven verklaring aanleveren bij de FIU-NL. De Wwft-melding is in die zin vergelijkbaar met de suppletie van artikel 10a AWR, waarover de Hoge Raad heeft bepaald dat die moet worden aangemerkt als wilsafhankelijk, ook al kan de suppletie deels gebaseerd zijn op reeds bestaande documentatie.¹⁷⁴ De rechtbank Rotterdam maakte die vergelijking ook en kwam op basis daarvan in de zaak in kwestie tot de conclusie dat de Wwft-melding niet mocht worden gebruikt voor het bewijs omdat dat in strijd zou zijn met artikel 6 EVRM.¹⁷⁵ Het gebruik van de inhoud van een Wwft-melding tegen een meldende instelling moet overigens worden onderscheiden van het gebruik van die melding als bewijs dat niet ‘onverwijld’ is gemeld. De melding houdt immers geen verklaring in dat de melding niet onverwijld is gedaan, zo is de logica.¹⁷⁶

4.4.4 ‘Very essence’

Het laatste deel van het toetsingskader beslaat de vraag of de mate van dwang of druk die is gebruikt om een verdachte ertoe te bewegen om zelfincriminerend materiaal aan te leveren, de ‘very essence’ van het

171. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 76, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

172. EHRM 13 december 1991, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, par. 44 (*Funke/Frankrijk*); EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 76, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

173. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 66 en 76, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

174. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351, r.o. 4.2.2.

175. Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017, r.o. 6.8.1.

176. Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3301, r.o. 3.16.

nemo tenetur-beginsel teniet heeft gedaan.¹⁷⁷ Dit moet worden beoordeeld aan de hand van drie factoren:

1. de aard en mate van de dwang of druk;
2. het bestaan van relevante procedurele waarborgen; en
3. het uiteindelijke gebruik van het afgedwongen materiaal.¹⁷⁸

De aard en mate van geoorloofde dwang of druk zijn volgens Nan niet in algemene regels te vatten omdat dit lijkt af te hangen van het concrete geval. Het draait volgens hem met name om de vraag of weigeren om mee te werken nog een reële optie is voor de verdachte in kwestie.¹⁷⁹ Wijsman komt tot een vergelijkbare invulling: 'dwang waartegen iemand redelijkerwijs geen weerstand kan bieden'.¹⁸⁰ Het EHRM geeft inderdaad geen algemene regels maar onderscheidt drie situaties die aanleiding geven om te vermoeden dat de aard of mate van dwang of druk ongepast is en mogelijk in strijd met artikel 6 EVRM:

1. De verdachte is verplicht te verklaren of informatie te verstrekken onder dreiging van sancties en verklaart om die reden, of hij weigert dit en wordt daarom gesanctioneerd.¹⁸¹
2. Er wordt gebruik gemaakt van fysieke of psychologische druk, vaak in de vorm van een behandeling die in strijd is met artikel 3 EVRM, om wilsonafhankelijk bewijsmateriaal of verklaringen te bemachtigen.¹⁸²
3. De autoriteiten maken gebruik van kunstgrepen om informatie te verkrijgen die zij tijdens het verhoor niet wisten te bemachtigen.¹⁸³

Met relevante procedurele waarborgen doelt het Hof op waarborgen die 'effectively and sufficiently' de mate van dwang of druk zodanig kunnen doen afnemen dat niet langer de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel teniet wordt gedaan.¹⁸⁴ Hierbij moet met name worden gedacht aan toegang tot een advocaat in een vroeg stadium van de procedure.¹⁸⁵ Maar ook de cautieplicht, rechterlijk toezicht op de toelaatbaarheid en betrouwbaarheid van bewijs en bewijsuitsluiting kunnen de 'very essence' van het

177. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 68 en 78, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*); ECRM 18 januari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0118DEC001873191, par. 49 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

178. EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 44 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 68, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*); Nan 2021, p. 118.

179. Nan 2021, p. 118.

180. Wijsman 2017, p. 166.

181. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 70-72, *NJ 1997/699*, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, par. 54-55 (*Heaney en McGuinness/Ierland*).

182. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 97 (*Jalloh/Duitsland*).

183. EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 50 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

184. EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, par. 51 (*Heaney en McGuinness/Ierland*).

185. EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, par. 54-55 (*Salduz/Turkije*); EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108; par. 255 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

nemo tenetur-beginsel beschermen.¹⁸⁶ De twee laatstgenoemde waarborgen hangen samen met de hierna te bespreken derde factor, in de zin dat deze waarborgen de impact van een schending van het nemo tenetur-beginsel op het uiteindelijke oordeel in de zaak waarin die schending een rol speelt kunnen doen afnemen. Ze kunnen een schending echter niet voorkomen.

De laatste factor aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel teniet is gedaan, is hoe het afgedwongen materiaal gebruikt wordt, in het bijzonder de vraag of een veroordeling voor een integraal of significant deel leunde op dit afgedwongen materiaal en hoe sterk de rest van het bewijs was.¹⁸⁷ Hoe minder daarvan sprake is, hoe minder de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel geschonden wordt, en dus hoe minder reden om schending van artikel 6 EVRM aan te nemen.

Als de inhoud van een Wwft-melding wordt gebruikt bij een vervolging wegens heling of witwassen tegen de melder zelf, bestaat al snel het risico dat daarmee de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel teniet wordt gedaan. Er is immers sprake van een verplichting tot het verstrekken van (wilsafhankelijke) informatie onder dreiging van sancties.¹⁸⁸ Gelet op de sancties die in paragraaf 4.4.1 zijn beschreven is weigeren geen reële optie.¹⁸⁹

Het is onwaarschijnlijk dat de huidige procedurele waarborgen kunnen voorkomen dat de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel teniet wordt gedaan. De verplichting tot melden bestaat immers reeds voordat sprake is van een 'criminal charge', waardoor toegang tot een advocaat veelal niet zal kunnen voorkomen dat zelfincriminatie plaatsvindt en een cautieplicht te laat komt.¹⁹⁰ Voordat heling uit artikel 19 lid 1 Wwft werd geschrapt en 'te goeder trouw' eraan werd toegevoegd kon die strafrechtelijke vrijwaring wellicht worden beschouwd als een procedurele waarborg die wel effectief kon voorkomen dat de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel teniet zou worden gedaan doordat de melding niet zou mogen dienen als bewijs. Aanpassing van artikel 19 lid 1 Wwft is dan ook geboden om het een voldoende effectieve procedurele waarborg te laten zijn die het teniet doen van de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel zou kunnen voorkomen.¹⁹¹

186. Wijsman 2017, p. 184-203.

187. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 68, *FED 2022/123*, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*); EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108; par. 274 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

188. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 70-72, *NJ 1997/699*, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, par. 54-55 (*Heaney en McGuinness/Ierland*).

189. Nan 2021, p. 118; Wijsman 2017, p. 165-166.

190. EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, par. 54-55 (*Salduz/Turkije*); EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 255 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

191. Feenstra 2022; Kan 2023, p. 13.

Tot slot moet per casus worden vastgesteld of een eventuele veroordeling voor een integraal of significant deel zou leunen op een zelfincriminerende Wwft-melding.¹⁹² Het spreekt voor zich dat als de zelfincriminerende Wwft-melding niet noodzakelijk is om tot een veroordeling te komen, er minder reden is om schending van het nemo tenetur-beginsel aan te nemen.

192. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, par. 68, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*); EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108; par. 274 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

5 Samenvattende conclusie

5.1 Inleiding

Onderzocht is of de meldingsplicht van artikel 16 Wwft in strijd is met het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM, de vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft in acht nemend. Uit het onderzoek volgt dat dat op zichzelf niet het geval is, maar dat strijd met artikel 6 EVRM wel steeds dreigt als Wwft-meldingen worden gebruikt als bewijs in strafzaken tegen de meldende instellingen.

5.2 Zelfincriminatie als gevolg van artikel 16 Wwft

Wwft-instellingen moeten op grond van artikel 16 Wwft melding doen van ongebruikelijke transacties bij de FIU-NL als sprake is van een van de objectieve indicatoren die in bijlage 1 van het Uitvoeringsbesluit Wwft zijn opgenomen, of als zij aanleiding hebben om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of terrorismefinanciering (de subjectieve indicator). Tegelijkertijd moeten deze instellingen opletten dat transacties ten aanzien van voorwerpen (zaken en vermogensrechten) waarvan redelijkerwijs moet worden vermoed dat die – onmiddellijk of middellijk – afkomstig zijn uit enig misdrijf, zonder toestemming van opsporingsautoriteiten geen doorgang mogen vinden. Het is voor instellingen niet eenvoudig om deze regelgeving en de jurisprudentie waarin die regelgeving is uitgelegd steeds correct toe te passen. Maar als een instelling hierin een (grote) fout maakt (of met opzet dergelijke transacties uitvoert) kan het gevolg zijn dat zij zich schuldig maakt aan (schuld)heling of (schuld)witwassen en is zij vervolgens verplicht zichzelf te incrimineren middels een Wwft-melding.

Om te voorkomen dat instellingen geen Wwft-melding doen als zij zichzelf daarmee mogelijk incrimineren is in artikel 19 lid 1 Wwft een strafrechtelijke vrijwaring opgenomen, die inhoudt dat de Wwft-meldingen niet kunnen ‘dienen als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of een vervolging wegens verdenking van, of als bewijs ter zake van een tenlastelegging wegens witwassen of financieren van terrorisme door de instelling die deze gegevens of inlichtingen heeft verstrekt’. Een eerste probleem met deze bepaling is dat die niet geldt ter zake van een tenlastelegging wegens heling, een bepaling die grote overlap vertoont met witwassen. In sommige situaties zou een officier van justitie dus die bepaling ten laste kunnen leggen om de vrijwaringsbepaling te vermijden. Problematischer is echter dat de vrijwaring van artikel 19 lid 1 Wwft sinds 2013 niet geldt voor Wwft-meldingen die niet ‘te goeder trouw’ zijn gedaan, wat betekent dat de vrijwaring niet geldt voor instellingen die zelf schuldig of medeplichtig zijn aan witwassen of terrorismefinanciering. Daarmee lijkt deze bepaling volledig haar betekenis te hebben verloren. Instellingen die zich niet schuldig hebben gemaakt aan een van de delicten die in de vrijwaring worden genoemd hebben immers ook geen vrijwaring nodig tegen vervolging wegens die delicten. Bescherming tegen zelfincriminatie voor Wwft-instellingen moet dan ook worden gevonden in artikel 6 EVRM.

5.3 Het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 16 Wwft

Hoewel het EHRM in algemene zin heeft geoordeeld dat de waarborgen van artikel 6 EVRM ook gelden voor rechtspersonen, heeft het Hof zich nog niet specifiek uitgelaten over de vraag of het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM (op dezelfde wijze als voor natuurlijke personen) voor rechtspersonen geldt. De hiernavolgende conclusies zijn dan ook niet noodzakelijkerwijs op dezelfde wijze toepasbaar op rechtspersonen.

Uit jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad volgt dat een meldingsplicht als artikel 16 Wwft op zichzelf niet in strijd is met artikel 6 EVRM, maar wel kan leiden tot strijd met dat artikel als die meldingsplicht leidt tot het verplicht verstrekken van zelfincriminerende informatie of als sprake is van een lopende of een te verwachten vervolging wegens het niet verstrekken van mogelijk zelfincriminerende informatie. Dit moet per zaak beoordeeld worden. Het EHRM heeft in het De Legé-arrest een toetsingskader gegeven aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of in een bepaalde zaak sprake is van strijd met het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM. Volgens dit toetsingskader is dat het geval als: sprake is van enige dwang of druk en een 'criminal charge', het aldus verkregen materiaal wilsafhankelijk is (als artikel 3 EVRM is overtreden kan ook wilsonafhankelijk materiaal binnen de reikwijdte vallen) en de dwang of druk heeft geleid tot het teniet doen van de 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel. Toepassing van dit toetsingskader op de meldingsplicht van artikel 16 Wwft leidt tot de volgende conclusies:

1. Wwft-instellingen zijn verplicht te melden onder druk van sancties, waardoor sprake is van enige dwang of druk.
2. Op het moment van melden is vaak nog geen sprake van een 'criminal charge', maar het gebruik van de Wwft-melding in een latere strafzaak valt ook binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM.
3. Een Wwft-melding is wilsafhankelijk: zonder de wil van de instelling komt een Wwft-melding niet tot stand.
4. De aard en mate van druk zijn dusdanig dat weigeren geen reële optie is. Er zijn geen procedurele waarborgen die schending van het nemo tenetur-beginsel kunnen voorkomen. De 'very essence' van het nemo tenetur-beginsel wordt teniet gedaan als een veroordeling voor een integraal of significant deel zou leunen op een zelfincriminerende Wwft-melding. In dat geval zou sprake zijn van een schending van artikel 6 EVRM.

Artikel 6 EVRM biedt dus een zekere bescherming tegen een plicht tot zelfincriminatie op grond van artikel 16 Wwft waar artikel 19 lid 1 Wwft hierin tekort schiet en reikt ten dele zelfs verder. Zo is de bescherming niet gelimiteerd tot enkele delicten en ook niet afhankelijk van de goede trouw van de melder. Van volledige compensatie voor het ontbreken van de bescherming van artikel 19 lid 1 Wwft is echter geen sprake. Artikel 19 lid 1 Wwft beoogde immers ook te voorkomen dat meldingen van

meldingsplichtige instellingen gebruikt zouden kunnen worden als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of een vervolging. Artikel 6 EVRM biedt geen vergelijkbare bescherming omdat op het moment van melden meestal nog geen sprake is van een 'criminal charge'. Gelet op de rechtszekerheid is aanpassing van artikel 19 lid 1 Wwft dan ook wenselijk. De huidige tekst wekt immers de indruk meldende Wwft-instellingen strafrechtelijk te vrijwaren, maar een vrijwaring voor onschuldigen is niks waard. Als de wetgever niet langer bereid is vervolgingsmogelijkheden van Wwft-instellingen op te offeren teneinde het primaire doel van de Wwft (het achterhalen van de identiteit van degene die misdrijfgelden aan deze instellingen aanbiedt) na te streven, dan zou het passend zijn artikel 19 lid 1 Wwft te schrappen en terug te vallen op rechtstreekse toepassing van het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM, of om artikel 19 lid 1 Wwft dezelfde bescherming te laten bieden als artikel 6 EVRM. Is hij hier wel toe bereid, dan is het raadzaam om ook weer te vrijwaren bij heling en om de woorden 'te goeder trouw' uit de bepaling te schrappen, zodat artikel 19 lid 1 Wwft daadwerkelijk strafrechtelijke vrijwaring biedt aan meldende Wwft-instellingen en die bereid blijven te melden, ook wanneer zij zichzelf daarmee incrimineren.

Aangehaalde literatuur

Algemene Rekenkamer 2021

Algemene Rekenkamer, *Bestrijden witwassen deel 3: stand van zaken 2021*, 2021, rekenkamer.nl.

Ashworth 2008

A. Ashworth, 'Self-incrimination in European human rights law – a pregnant pragmatism?', *Cardozo Law Review*, p. 751-774.

Beekhuis & De Zanger 2019

T. Beekhuis & W.S. de Zanger, 'De niet meldende Wwft-plichtige handelaar in het strafrecht', *DD* 2019/65, p. 846-865.

BFT 2018

BFT, *Bijlage 1* (Voorbeelden bij de subjectieve indicator), bureauf.t.nl, 24 oktober 2018.

Borgers 2006

M.J. Borgers, annotatie bij HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, *NJ* 2006/612.

Braakman & Van der Voort 2021

D. Braakman & C. van der Voort, 'Witwassen. Struikelend naar een veroordeling of niet?', *NJB* 2021/427, p. 446-452.

Brits e.a. 2022

H. Brits e.a., *Van herstel naar balans. Een vooruitblik naar een meer risicogerichte aanpak van het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering* (Onderzoek DNB), 2022, dnb.nl.

Diepenmaat 2016

F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr* (Staat en Recht nr. 28) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Dorant & Verbruggen 2020

J.B.S. Dorant & A. Verbruggen, 'Recente ontwikkelingen witwassen', *TBS&H* 2020, p. 23-30.

EHRM Registry 2023

EHRM Registry, *Guide on article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to fair trial (criminal limb)*, ks.echr.coe.int, 28 februari 2023.

FATF 1990

FATF, *Report* (Jaarverslag), 1990, fatf-gafi.org.

FATF 1991

FATF, *Report 1990-1991* (Jaarverslag), Parijs: FATF 1991.

FATF 2011

FATF, *Anti-money laundering and combating the financing of terrorism – The Netherlands* (Derde evaluatierapport), Parijs: FATF 2011.

FATF 2022

FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures. The Netherlands* (Vierde evaluatierapport), Parijs: FATF 2022.

FATF 2023

FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations*, fatf-gafi.org, november 2023.

Feenstra 2022

A.A. Feenstra, 'Mag het een onsje meer zijn? De strafrechtelijke vrijwaring in de Wwft moet worden afgeslankt!', hertoghsadvocaten.nl, 14 maart 2022.

Finaly 1996

R.A.R.S. Finaly, 'Nemo tenetur ... niet voor rechtspersonen?', *De NV* 1996/4, p. 109-119.

Groenhuijsen & Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Afronding en verantwoording* (Onderzoeksproject strafvordering 2001: Eindrapport), Deventer: Wolters Kluwer 2004.

De Haas & Vissers 2014

P. de Haas & A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *TFB* 2014/01, p. 77-113.

De Hullu 2021

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Israëls & Horselenberg 2010

H. Israëls & R. Horselenberg, 'Valse bekentenissen', in: P. van Koppen e.a. (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Jeronimus & Janssen 2021

R. Jeronimus & C.A.M. Janssen, 'Zet een streep door de suppletieplicht', *BTW-bulletin* 2021/79, p. 3-5.

De Kam 2016

B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief* (Staat en Recht nr. 29) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Kan 2023

A.A. Kan, 'De Wwft-meldplicht voor belastingadviseurs: aanpassingen zijn gewenst!', *WFR* 2023/89, p. 10-14.

Keulen 1993

B.F. Keulen, 'MOT met de strafrechter. Enige opmerkingen over de strafrechtelijke positie van financiële dienstverleners', *TVVS* 1993, p. 281-285.

Klaasse & De Boer 2020

A.C.M. Klaasse & J.N. de Boer, 'Een onvervalst causaal verband? Over het causaliteitsvereiste bij witwassen in relatie tot valsheden', *DD* 2020/52, p. 728-739.

Kooijmans 2014

T. Kooijmans, 'Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?', *DD* 2014/39, p. 407-419.

Lamberigts 2016

S. Lamberigts, 'The directive on the presumption of innocence. A missed opportunity for legal persons?', *Eucrim* 2016/1, p. 36-42.

Nan 2021

J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel?', *Boom Strafbblad* 2021, afl. 4, p. 116-128.

Nent-Vroomen 2022

W.E. Nent-Vroomen, 'Een decennium 10a AWR, een beschouwing op de suppletieplicht voor de omzetbelasting', *BtwBrief* 2022/16, p. 3-7.

Oliver 2015

P. Oliver, 'Companies and their fundamental rights: a comparative perspective', *The International and Comparative Law Quarterly* 2015, p. 661-696.

Openbaar Ministerie 2018

Openbaar Ministerie, *Onderzoek Houston. Het strafrechtelijk onderzoek naar ING Bank N.V.* (Feitenrelaas en beoordeling), 2018, om.nl.

Openbaar Ministerie 2021

Openbaar Ministerie, *Onderzoek Guardian. Het strafrechtelijk onderzoek naar ABN AMRO Bank N.V.* (Feitenrelaas en beoordeling), 2021, om.nl.

Van der Rijst, Stevens & Hola 2022

T.J. van der Rijst, L. Stevens & B. Hola, 'Zwijgen als bewijs in witwaszaken. De rol van het zwijgen van de verdachte in de bewijsconstructie van witwassen', *DD* 2022/2, p. 14-40.

Rodrigues Lopes 2017

D.L. Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten* (Recht en Praktijk nr. VG5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Snijder-Kuipers & Tilleman 2019

B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman, *Handboek WWFT* (Onderneming en recht nr. 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Stevens 2012

L. Stevens, 'De verleiding van feiten van algemene bekendheid', *DD* 2012/7, p. 69-82.

Terlouw & Aron 1996

G.J. Terlouw & U. Aron, *Twee jaar MOT. Een evaluatie van de uitvoering van de Wet melding ongebruikelijke transacties* (Onderzoek en beleid nr. 158), Den Haag: WODC 1996.

Van Toor 2017

D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (Staat en Recht nr. 32) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Traousis 2021

M.A.A. Traousis, 'Hof van Justitie sluit zich voor het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel voor natuurlijke personen aan bij het EHRM', *NtEr* 2021, afl. 5/6, p. 110-117.

Wijsman 2017

L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (Fiscale Monografieën nr. 150) (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Aangehaalde jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a./Nederland*).

EHRM 27 februari 1980, ECLI:CE:ECHR:1980:0227JUD000690375 (*Deweert/België*).

EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*).

EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786 (*Bendenoun/Frankrijk*).

EHRM 10 juni 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0610JUD001938092 (*Benham/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 4 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0504DEC003864297 (*Serves/Frankrijk*).

EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*).

EHRM 10 september 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0910DEC007657401 (*Allen/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*).

EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, NJ 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh/Duitsland*).

EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, EHRC 2007/104, m.nt. K. Albers (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102 (*Salduz/Turkije*).

EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*).

EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023DEC002689212 (*Wanner/Duitsland*).

EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, FED 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé/Nederland*).

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM 17 december 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:1217DEC000379868 (*Church of X/Verenigd Koninkrijk*).

ECRM 18 januari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0118DEC001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 2 februari 2021, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84 (*DB/Consob*).

Hoge Raad

HR 23 mei 1921, ECLI:NL:HR:1921:186, *NJ* 1921/564, m.nt. B.M. Taverne (*Elektriciteit*).

HR 3 november 1959, *NJ* 1960/44.

HR 7 februari 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AB7391, *NJ* 1978/661.

HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9378, *NJ* 1994/52.

HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, *NJ* 1995/65.

HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5630.

HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, *NJB* 2012/486 (*Runescape*).

HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:253.

HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:264.

HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, *NJ* 2021/390, m.nt. J.M. Reijntjes.

HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351.

Parket bij de Hoge Raad

Concl. A-G B.F. Keulen 11 juli 2023, ECLI:NL:PHR:2023:676.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 5 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:58.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481.

Hof Den Haag 1 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:187.

Hof Den Haag 15 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3882.

Hof Den Haag 8 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2918.

Rechtbanken

Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12353.

Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5017.

Rb. Amsterdam 8 november 2022; ECLI:NL:RBAMS:2022:6495.

Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3301.

Rb. Rotterdam 18 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12466.