

Naar een modernere eenvoudiger regeling voor witwassen in een nieuw Strafwetboek?

Patrick Waeterinckx^{1 2 3}

“Change is the law of life, and those who look only to the past or present are certain to miss the future.”

J.F. Kennedy

| | |
|--|-----|
| I. Inleiding | 974 |
| II. Analyse | 975 |
| § 1. Het materieel bestanddeel | 975 |
| <i>A. De geïndiceerde handelingen en de aard ervan</i> | 975 |
| 1. Artikel 505 Sw. | 975 |
| 2. Het voorontwerp. | 976 |
| <i>B. Het voorwerp van de geïndiceerde handelingen</i> | 977 |
| 1. Algemeen | 977 |
| 2. Artikel 505 Sw. | 979 |
| 3. Het voorontwerp. | 981 |
| § 2. De dader | 981 |
| <i>A. Het principe – Artikel 505 Sw. en het voorontwerp</i> | 981 |
| <i>B. Bijzonderheden i.v.m. het daderschap</i> | 982 |
| 1. Steler-heler/Autowitwassen? | 982 |
| 2. Exoneratie voor derden bij fiscaal basismisdrijf? | 982 |
| 3. Exoneratie voor derden bij “slapende kapitalen”? | 983 |
| § 3. Het moreel bestanddeel | 984 |
| <i>A. Artikel 505 Sw.</i> | 984 |
| 1. Het 1ste en het 3de witwasmisdrijf | 984 |
| 2. Het 2de witwasmisdrijf | 985 |
| <i>B. Het voorontwerp</i> | 985 |
| 1. Het principe | 985 |
| 2. Opmerkingen | 985 |
| § 4. De bestraffing | 986 |
| <i>A. Hoofdstaffen</i> | 986 |
| 1. Artikel 505 Sw. | 986 |
| 2. Het voorontwerp. | 986 |
| <i>B. Verbeurdverklaring</i> | 988 |
| 1. Artikel 505 en 42, 3° Sw. | 988 |
| 2. Het voorontwerp (art. 470, laatste lid jo. art. 54) | 989 |
| <i>C. Andere bijkomende straffen</i> | 991 |
| 1. Artikel 505 Sw. | 991 |
| 2. Het voorontwerp. | 991 |
| <i>D. Verzwarende omstandigheden in overweging te nemen bij de keuze van de straf of de maatregel en de zwaarte ervan (art. 471)</i> | 996 |
| <i>E. De wettelijke herhaling</i> | 996 |
| 1. Artikel 505 Sw. | 996 |
| 2. Het voorontwerp (art. 472 jo. 63) | 996 |

¹ Bij het ter perse gaan van deze tekst werd het wetsvoorstel ingediend door de volksvertegenwoordigers Raf Terwingen en Sonja Becq (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001) op 31 juli 2019 opnieuw ingediend door de volksvertegenwoordigers Philippe Goffin, Koen Geens, Servais Verherstraeten en Katja Gabriëls. De *memorie van toelichting* is terug te vinden in *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 55-0417/001. Waar in deze bijdrage wordt gerefereerd aan het voorstel Terwingen-Becq, kan dit worden gelezen als het voorstel Goffin, Geens, Verherstraeten en Gabriëls.

² Advocaat balie Antwerpen, praktijklector strafprocesrecht VUB, geregistreerd fraudeauditor.

³ Deze bijdrage is de geschreven neerslag van een presentatie op 3 mei 2019 op de studiedag “Naar een nieuw Strafwetboek? – Un nouveau Code pénal pour le futur?” te Brussel.

| | |
|---|------|
| <i>F. De strafbare deelneming</i> | 997 |
| 1. Artikel 505 Sw. | 997 |
| 2. Het voorontwerp. | 997 |
| <i>G. Recapitulatieve tabel</i> | 997 |
| § 5. De toepassing van de strafwet in de tijd – Artikel 2 voorontwerp | 997 |
| <i>A. Principe</i> | 997 |
| <i>B. Toepassing</i> | 998 |
| 1. Hypothese 1 – Witwasmisdrijf bestaande in een omzetting van het illegaal vermogensvoordeel. | 998 |
| 2. Hypothese 2 – Witwashandeling bestaande in het beheer van illegale vermogensvoordelen voortkomend uit een gewone fiscale fraude door een derde | 999 |
| § 6. Besluit | 1000 |

SAMENVATTING

Deze bijdrage heeft tot doel de huidige regeling i.v.m. witwassen, zoals vervat in artikel 505 Sw., uiteen te zetten en te vergelijken met de regeling in het voorontwerp, zoals uitgewerkt door de Commissie tot hervorming van het strafrecht, onder de artikelen 470-472 op het vlak van het materieel bestanddeel, de dader, het moreel bestanddeel, de bestraffing en de toepassing van de strafwet in de tijd. Daartoe wordt ook de vergelijking gemaakt met het inmiddels vervallen wetsvoorstel Terwingen-Becq dat bij het ter perse gaan van deze bijdrage in de huidige legislatuur integraal werd hernomen door de volksvertegenwoordigers Philippe Goffin, Koen Geens, Servais Verherstraeten en Katja Gabriëls. Het wetsvoorstel Terwingen-Becq is m.a.w. gelijk aan het wetsvoorstel Goffin-Geens-Verherstraeten-Gabriëls.

De regeling m.b.t. witwassen zal vooral als gevolg van enkele wijzigingen van Boek I van het Strafwetboek die in het voorontwerp en het wetsvoorstel worden geregeld, strenger worden op het niveau van de bestraffing. De verstrenging vloeit o.a. voort uit de invoering van een nieuwe geldstraf op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel, bovenop de verbeurdverklaring. Daarnaast wordt het onderscheid tussen mededader of medeplichtige (auteur, coauteur of complice) afgeschaft en kan de deelnemer worden gestraft zoals de dader.

Specifiek wat betreft de wijzigingen i.v.m. het witwassen wordt een nieuwe indeling voorgesteld gebaseerd op de al dan niet subrogatoire werking van de handeling.

Op het niveau van het daderschap kan de afschaffing van twee “exoneraties” worden vastgesteld, nl. het verlaten van steler-heler-principe en van de exoneratie voor derden in het geval de witwas verband houdt met vermogensvoordelen uit gewone fiscale fraude (fraude fiscale simple). Die laatste werd wel terug opgenomen in de wetsvoorstellen. Anderzijds voorziet het voorontwerp in een exoneratieregeling voor derden (dikwijls erfgenamen) die geconfronteerd worden met slapende kapitalen. Die regeling werd vanwege felle kritiek vanuit de hoek van de vervolging niet meer opgenomen in het wetsvoorstel.

Wat betreft het moreel bestanddeel is het opvallend dat dit wordt geuniformiseerd en herleid tot een gewoon opzet voor de drie witwasmisdrijven; een verstrenging dus.

Op het niveau van de bestraffing worden er een specifiek herhalingsregime en nieuwe straffen die ingrijpen op de bedrijfsvoering ingevoerd.

Wat betreft de toepassing van de regeling ratione temporis voorzien voorontwerp en voorstel in een zgn. distributieve toepassing van de strafwet in de tijd, waarbij de mildere elementen van de oude en nieuwe regelgeving worden gecombineerd, indien hierdoor de bedoeling van de wetgever niet wordt ondergraven.

RÉSUMÉ

La présente contribution a pour objectif d’expliquer la réglementation actuelle en matière de blanchiment, telle que contenue à l’article 505 C. pén., et de la comparer à la réglementation dans l’avant-projet telle qu’élaborée par la Commission de la réforme du droit pénal, sous les articles 470-472 en matière de l’élément matériel, de l’agent, de l’élément moral, de la punition et de l’application de la loi pénale dans le temps. A cette fin, la comparaison est effectuée avec la proposition de loi « Terwingen-Becq » qui entretemps est expirée mais qui, lors de l’impression de la présente contribution fut reprise intégralement par les représentants Philippe Goffin, Koen Geens, Servais Verherstraeten et Katja Gabriëls. En d’autres termes, la proposition de loi Terwingen-Becq est égale à la proposition de loi Goffin-Geens-Verherstraeten-Gabriëls.

La réglementation en matière de blanchiment deviendra plus sévère au niveau de la punition, principalement suite à certaines modifications du Livre I du Code pénal qui sont réglées dans l'avant-projet et la proposition de loi. Cette sévèrisation découle notamment de l'introduction d'une nouvelle sanction pécuniaire sur base de l'avantage escompté ou obtenu de l'infraction, en plus de la confiscation. A côté de cela, la distinction entre le coauteur ou le complice est annulée et le participant peut être puni comme l'auteur.

Spécifiquement en ce qui concerne les modifications en matière de blanchiment, une nouvelle catégorisation est proposée basée sur l'effet ou non subrogatoire de l'acte.

Au niveau de l'auteur, l'annulation de deux "exonérations" est à constater, c'est-à-dire l'abandon du principe de l'autoblanchiment et de l'exonération pour tiers en cas de blanchiment lié à des avantages patrimoniaux suite à la fraude fiscale simple. Cette dernière fut cependant reprise dans les propositions de loi. D'autre part, le projet de loi prévoit en un règlement d'exonération pour tiers (souvent des héritiers) confrontés à des capitaux dormants. Cette réglementation ne fut plus reprise dans la proposition de loi suite à une critique violente du point de vue de la poursuite.

En ce qui concerne l'élément moral, il est à noter que celui-ci est uniformisé et réduit à un dol général pour les trois infractions de blanchiment, ce qui constitue dès lors une sévèrisation.

Au niveau de la punition, un régime de récidive spécifique et de nouvelles peines qui interviennent sur la gestion de l'entreprise, sont introduits.

En ce qui concerne l'application du règlement ratiōne temporis, l'avant-projet et la proposition prévoient une so-disante application distributive de loi pénale dans le temps, combinant des éléments plus doux de la loi ancienne et nouvelle, pour autant que – en se faisant – l'intention du législateur n'est pas sapé.

I. INLEIDING

1. Bij ministerieel besluit (MB) van 30 oktober 2015⁴ werd de Commissie tot hervorming van het strafrecht opgericht. Artikel 1 van voormeld MB bepaalt dat de Commissie wordt belast met het uitwerken van een oriëntatienota die de hervorming van het Strafwetboek voorbereidt en een voorstel van hervorming van het Strafwetboek. Werden benoemd tot lid van de Commissie: de heer Damien VANDERMEERSCH, advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, hoogleraar aan de Universiteit catholique de Louvain en aan de Universiteit Saint-Louis Bruxelles en mevrouw Joëlle ROZIE, hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen.

2. In 2016-2017 leverden de werkzaamheden van deze twee experten een voorstel van voorontwerp op van het Boek I van het Strafwetboek dat de algemene beginselen van het Belgisch strafrecht omvat. De bouwstenen van dit voorstel zijn *accuraatheid*, *coherentie* en *eenvoud*⁵. In 2018-2019 volgde al snel een volledig afgewerkt Boek II⁶.

3. In het licht van de eindmeet, op 23 augustus 2018

namen de twee experten echter ontslag. Zij waren van mening dat zij gefaald hadden in hun missie omdat ze er niet waren in geslaagd de Regering te overtuigen van een aantal voor hen fundamentele uitgangspunten steunend op wetenschappelijke literatuur⁷.

4. Op 13 maart 2019 dienden volksvertegenwoordigers Raf Terwingen en Sonja Becq een wetsvoorstel in tot invoering van een nieuw Strafwetboek (verder "wetsvoorstel Terwingen-Becq")⁸. Hoewel deze tekst is gebaseerd op de werkzaamheden van de Commissie voor de hervorming van het Strafwetboek, verschilt hij toch op diverse punten.

5. Op 3 mei 2019 organiseerden de experten een studiedag "Naar een nieuw Strafwetboek? – Un nouveau Code pénal pour le futur?" te Brussel. Eén van de onderwerpen was de regeling in het voorontwerp zoals uitgewerkt door de Commissie tot hervorming van het strafrecht voor het misdrijf witwassen⁹. Enige dagen later onderwierpen collegae Bart Spriet en Ruben Van Herpe de witwasbepalingen zoals

⁴ Houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht (BS 29 december 2015).

⁵ J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 32-38.

⁶ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 591 p.

⁷ Voor de bijzonderheden, cf. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, "Kanttekening. Ontslag van de twee leden van de Commissie tot hervorming van het Strafwetboek", *NC*, 2018/5, 522-524. Cf. ook J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, "Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek I van het Strafwetboek" in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 1-2.

⁸ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001.

⁹ Deze bijdrage is de geschreven neerslag van de presentatie die ondergetekende gaf samen met collega Michaël Fernandez-Bertier.

uitgewerkt in het “wetsvoorstel Terwingen-Becq” aan kritische analyse¹⁰.

6. In deze bijdrage wordt de huidige regeling onder artikel 505 van het Strafwetboek (Sw.) vergeleken met de regeling in het voorontwerp onder de artikelen 470 tot 472. Waar nodig wordt ook de vergelijking gemaakt met het inmiddels vervallen “wetsvoorstel Terwingen-Becq”.

7. Een accurate, coherente en eenvoudige regeling uitwerken voor het misdrijf witwassen is een hele uitdaging. De huidige regeling is immers complex. Zij kent een preventief¹¹ en een repressief¹² luik die beide al het voorwerp uitmaakten van grondige, frequente en soms complexe wijzigingen¹³, en zij moet ook rekening houden met tal van internationale normen zoals Europese wetgeving, internationale verdragen en aanbevelingen van de FAG^{14,15}.

8. Het uitgangspunt voor de ontworpen regeling die hierna wordt geanalyseerd en vergeleken met de huidige regeling onder artikel 505 Sw., was om het witwasmisdrijf te concipiëren als een autonoom misdrijf en los van de heling. Voor de experts omvat heling de inbezitneming van de goederen die rechtstreeks voortkomen uit het misdrijf en heeft

witwassen betrekking op de latere verrichtingen die verband houden met die goederen en met de goederen die daarvan in de plaats zijn gesteld¹⁶.

9. Uiteindelijk werden de vruchten van het prachtige werk van de experts J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH niet geplukt. Evenmin heeft het – weliswaar op sommige punten (grondig) gewijzigde – wetsvoorstel Terwingen-Becq het gehaald. Hopelijk zullen in een nieuwe legislatuur de bestaande teksten opnieuw worden gebruikt om effectief een stilaan broodnodig overzichtelijk en modern nieuw Strafwetboek te realiseren¹⁷.

10. Hieronder vindt de lezer alvast hoe de nieuwe regeling inzake witwassen er dan zou kunnen uitzien. Deze regeling is, met enige schroom en in alle nederigheid, al voorzien van kritische bedenkingen. Als auteur kan je alleen maar hopen dat ze iets zouden kunnen bijdragen aan het verdere debat dat ongetwijfeld rond een aantal hete hangijzers zal worden gevoerd.

11. Aangezien de tekst voortkomt uit een presentatie is de vormgeving eerder didactisch dan zuiver redactioneel.

II. ANALYSE

§ 1. Het materieel bestanddeel

A. De geïndiceerde handelingen en de aard ervan

1. Artikel 505 Sw.

12. Huidig artikel 505 Sw. omvat drie witwasmisdrijven

waarvan de indeling enigszins werd bepaald door de fases die een witwasproces (kunnen) doorlopen: inbreng (*placement*), circulatie (*layering*) en integratie (*integration*)¹⁸.

13. Het *Iste witwasmisdrijf* (art. 505, eerste lid, 2° Sw.) bestraft het kopen, ruilen of om niet ontvangen, bezitten, bewaren of beheren van illegale vermogensvoordelen.

¹⁰. B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 86-103.

¹¹. Wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contentanten (BS 6 oktober 2017). Deze wet verving de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (BS 28 januari 1993 met wijzigende publicatie op 9 februari 1993).

¹². Art. 505 Sw.

¹³. Wat betreft het repressieve luik dat het voorwerp is van deze bijdrage wordt verwezen naar:
– de wet van 17 juli 1990 voerde een eerste versie van het misdrijf “witwassen” in onder art. 505 Sw. en breidde het arsenaal aan bijzondere verbeurdverklaring ter beschikking van de strafrechter gevoelig uit in de vorm van art. 43bis Sw. (wet 17 juli 1990 tot wijziging van de art. 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoering van een art. 43bis in hetzelfde wetboek (BS 15 augustus 1990));
– de wet van 7 april 1995 verving art. 505 Sw. Integraal, voerde ook verschillende wijzigingen doorvoerde in de preventieve witwaswetgeving (wet 7 april 1995 tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (BS 10 mei 1995));
– de wet van 10 mei 2007 die via art. 505 Sw. de invulling van de witwasmisdrijven verfijnde en de verbeurdverklaring bij equivalent voor witwassen invoerde (wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake de heling en inbeslagneming (BS 22 augustus 2007)).

¹⁴. Nederlandse vertaling van de F(inancial) A(ction) T(ask) F(orce).

¹⁵. Voor een overzicht cf. de website van de Cel voor Financiële Informatieverwerking: www.ctif-cfi.be/website/index.php?option=com_content&view=article&id=78&Itemid=103&lang=nl.

¹⁶. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 476.

¹⁷. Een wens die overigens ook J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN koesteren (J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek 1 van het Strafwetboek” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 54).

¹⁸. P. WAETERINCKX, “De verwatering van het basismisdrijf als constitutief bestanddeel van het witwasmisdrijf” in A. DE NAUW (ed.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 31-32.

Kopen, ruilen en om niet ontvangen omvatten in wezen overdrachten of omzettingen en zijn aflopende handelingen. Uiteraard kunnen deze handelingen, wanneer ze elkaar opvolgen en verbonden zijn door een eenheid van opzet, een voortgezet misdrijf uitmaken.

Bezitten, bewaren en beheren zijn voortdurende handelingen.

14. Het *2de witwasmisdrijf* (art. 505, eerste lid, 3° Sw.) bestraft het omzetten of het overdragen van illegale vermogensvoordelen. Deze handelingen zijn aflopend van aard, maar ook hier kan er natuurlijk sprake zijn van een voortgezet misdrijf als verschillende van deze handelingen elkaar opvolgen in de tijd en verbonden zijn door een eenheid van opzet.

15. Het *3de witwasmisdrijf* (art. 505, eerste lid, 4° Sw.) bestraft het verhehlen of verhullen (lees: verbergen) van de aard, oorsprong, vindplaats, vervreemding, verplaatsing of eigendom van de illegale vermogensvoordelen.

Deze *catch all*-bepaling is in belangrijke mate verstrengeld met het 2de witwasmisdrijf, dermate dat het ene in de praktijk altijd het andere impliceert.

2. Het voorontwerp

a. Principes

16. Artikel 470 van het voorontwerp omvat ook drie witwasmisdrijven maar deze zijn niet meer ingedeeld volgens het mogelijk verloop van het witwasproces, maar naargelang de geviseerde witwashandeling al dan niet leidt tot de subrogatie van het witgewassen vermogensvoordeel:

- het 1ste witwasmisdrijf (art. 470, eerste lid, 1°) omvat het bewaar- en beheermisdrijf (geen subrogatie) en verwijst naar de gedragingen: bewaren, beheren of overdragen van illegale vermogensvoordelen;
- het 2de witwasmisdrijf (art. 470, eerste lid, 2°) is het “subrogatiemisdrijf” en verwijst naar de gedragingen: kopen, ruilen of om niet ontvangen, of omzetten van illegale vermogensvoordelen;

- het 3de witwasmisdrijf (art. 470, eerste lid, 3°) is het verbergingsmisdrijf en de *catch all*-bepaling die verwijst naar de gedragingen: verhehlen of verhullen (lees: verbergen) van de aard, de oorsprong, de vindplaats, de beschikking¹⁹, de verplaatsing of de eigendom.

17. De handelingen onder de drie misdrijven worden beschouwd als voortdurend.

b. Opmerkingen

i. Betreffende de indeling van de handelingen

18. Het voorontwerp hanteert als onderscheidingscriterium of de witwashandeling een subrogatoire werking heeft of niet. Het voorstel Terwingen-Becq nam deze indeling over. De handelingen onder het eerste ontwerp misdrijf hebben die werking niet, deze onder het tweede ontwerp misdrijf wel. Alhoewel ..., kopen en ruilen zijn omzettingen, maar om niet ontvangen impliceert een overdracht. De logica van de subrogatie stokt hier bij “om niet ontvangen” dat niet tot zaakvervangende leidt.

Het derde misdrijf blijft de *catch all*-bepaling zoals die vandaag ook bestaat.

19. Artikel 3 van de richtlijn (EU) nr. 2018/1673 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018 inzake de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld (verder richtlijn nr. 2018/1673)²⁰, hanteert eerder de indeling van het witwasproces zoals ze thans bestaat onder artikel 505 Sw.²¹ (echter in een andere volgorde):

- omzetting of overdracht;
- verhehlen of verhullen;
- verwerving, bezit of gebruik.

20. Een verstrengeling tussen de misdrijven is natuurlijk mogelijk en zal aanleiding geven tot een eendaadse samenloop²².

ii. Aard: aflopend en/of voortdurend?

21. In de *memorie van toelichting* van het voorontwerp benadrukt men dat het misdrijf aanhoudt “*zolang de witge-*

^{19.} Deze term vervangt de term “vervreemding” die thans voorkomt onder art. 505, eerste lid, 4° Sw. bij het verbergingsmisdrijf (cf. B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 95).

^{20.} *Pb. L.* 284, 12 november 2018, 22, inw. 2 december 2018 en om te zetten tegen 3 december 2020. Dit is de eerste EU-richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding. Het sluit aan op het 17 jaar oude kaderbesluit 2001/500/JBZ van de Raad dat voorschriften bevat inzake de strafbaarstelling van het witwassen van geld. Dat kaderbesluit is echter te beperkt en de huidige strafbaarstelling van het witwassen van geld is niet coherent genoeg om witwassen in de hele Unie te bestrijden, wat zorgt voor handhavinglacunes en belemmeringen voor de samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten in de verschillende lidstaten (overw. 4, *Pb. L.* 284, 12 november 2018, 22). Voor een eerste analyse, cf. M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.entr.*, 2019/2, 95-103.

^{21.} M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.entr.*, 2019/2, 98.

^{22.} Voor een alternatieve visie, cf. C. DE VALKENER en V. TRUILLET, “Blanchiment et confiscation. Enjeux et perspectives”, *Dr.pén.entr.*, 2018/4, 310-311.

wassen gelden niet in beslag worden genomen, teruggegeven of verbeurd verklaard²³. Men benadrukt zelfs dat het misdrijf in zekere zin onverjaarbaar wordt. Het *intussen vervallen* wetsvoorstel Terwingen-Becq neemt dit over²³.

22. Een dergelijk standpunt verbaast met betrekking tot alle handelingen die intrinsiek aflopend zijn zoals omzetting, overdracht, ruil en verkoop. Het valt toch moeilijk in te zien dat een witwashandeling bestaande in een overdracht bestaat in een door de dader (de omzetter of overdrager) bestendige delictuele toestand²⁴. Stelt een persoon verschillende omzetting- en of overdrachtshandelingen, dan kunnen die verschillende intrinsiek aflopende witwashandelingen weliswaar worden verenigd door eenheid van opzet.

23. Het voorontwerp en het voorstel Terwingen-Becq vertrekken met hun zienswijze niet vanuit de materiële uitvoeringswijze van het misdrijf, maar vanuit het (potentiële) gevolg ervan van, nl. het behoud van het illegale vermogensvoordeel. Dit lijkt dus aan te sluiten bij de zgn. bekritiseerde duurformule bij het gebruik van valse stukken; niet het minst in *fiscalibus*²⁵. Net zoals het gebruik van valse stukken in *fiscalibus* wordt de verjaring van de strafvordering een illusie.

Stel dat A illegale vermogensvoordelen onder zich houdt en beheert. Tijdens dat beheer vraagt hij B, een derde, om met de illegale vermogensvoordelen aandelen te kopen. B handelt met kennis van zaken en koopt de aandelen (omzetting) en geeft ze af aan A (overdracht). In de voorgestelde nieuwe regelingen verjaren de nochtans duidelijk aflopende handelingen van B niet zolang de witgewassen gelden niet in beslag worden genomen, teruggegeven of verbeurd verklaard.

B. Het voorwerp van de geïssueerde handelingen

I. Algemeen

24. Witwassen wordt wel eens “*un délit de conséquence*”²⁶ genoemd omdat de handelingen (thans nog) vervat onder artikel 505, eerste lid, 2°, 3° en 4° Sw. intrinsiek niet strafbaar zijn. Om te kunnen witwassen heb je immers vuil goed nodig. De bedoelde handelingen worden dan ook maar strafbaar als zij betrekking hebben op illegale vermogensvoordelen voortkomend uit een strafbare inbreuk, het zgn. basismisdrijf.

25. Volgens vaststaande cassatierechtspraak kan de feitenrechter iemand veroordelen voor de witwasmisdrijven zonder dat vereist is dat de strafrechter het precieze basismisdrijf kent, maar *op voorwaarde* dat hij op grond van feitelijke gegevens elke legale herkomst of oorsprong kan uitsluiten. Sinds het cassatiearrest van 28 november 2006 omvat die vereiste duidelijk een *negatief geformuleerde zekerheid*:

“Voor het witwasmisdrijf van artikel 505, eerste lid, 3° Strafwetboek draagt de vervolgende partij onder meer de bewijslast van de illegale of misdadige herkomst van de in geding zijnde zaken en van de kennis daarvan bij de dader.

*Aan de bewijslast betreffende de illegale of misdadige herkomst is voldaan wanneer op grond van feitelijke gegevens met zekerheid elke legale herkomst van die zaken kan worden uitgesloten. Aan de bewijslast betreffende de kennis bij de dader is voldaan wanneer deze met zekerheid kan afgeleid worden uit de feitelijke omstandigheden. Dergelijke bewijsregeling vergt geen enkel bewijs vanwege de beklagde en dus ook niet het bewijs van zijn onschuld.”*²⁷.

Hierbij dient benadrukt dat een ongekende oorsprong geen synoniem is voor een onwettige/illegale oorsprong. In de praktijk komt het soms voor dat een vervolgende partij een niet gekende oorsprong gelijk tracht te schakelen met een illegale oorsprong. Dit vooral als de te bewijzen illegale oorsprong ver terug ligt in de tijd, m.a.w. bij oude vermogens waarvan de samenstelling en de aangroei al ettelijke decennia teruggaat in de tijd²⁸. Zowel het hof van beroep te Antwerpen als te Brussel onderstreepten dat witwasverrichtingen niet worden bewezen op basis van veronderstellingen, maar dat een Openbaar Ministerie concrete elementen moet aanvoeren op basis waarvan elke legale oorsprong kan worden uitgesloten. Zo oordeelde het hof te Antwerpen in glasheldere termen:

“Alle beweringen vanwege de vervolgende partij omtrent mogelijke onduidelijkheid aangaande de werkelijke kapitaalverschaffers en aandeelhouders van O.F. en E.H., omtrent de verklaringen door de betrokkenen gegeven aangaande de oorsprong van de mee geïnvesteerde gelden mede in verhouding tot hun gekende fiscale inkomsten, omtrent de wijze van verhandeling van de inkomsten en uitgaande betalingen, omtrent de rol van de banken en de afhandeling van de kredietdossiers, zijn samen gelezen niet van aard anders te moeten oordelen; op grond van alle voorliggende gegevens kan niet met zekerheid elke legale herkomst van de gelden worden uitgesloten.”²⁹.

²³. Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 680.

²⁴. Zie ook B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 98.

²⁵. S. VAN DYCK, “Over bootroof, valsheid en een lenterevoluitie”, *NC* 2009, 267-271.

²⁶. A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters-Kluwer, 2018.

²⁷. Cass. 28 november 2006, P.06.1129.P. Recenter *cf.* o.a. Cass. 17 december 2013, P.13.1354.N.

²⁸. Betreffende deze specifieke problematiek, *cf. infra*, randnr. 48-54.

²⁹. Antwerpen (12de k.) 12 juni 2011, nr. C/871/11, *onuit*.

Hiermee gaf dit hof aan dat een behoorlijke bewijsvoering meer vereist dan simpelweg teponeren dat een niet gekende oorsprong synoniem is voor een illegale oorsprong³⁰.

26. Verder maakt het *niet* uit:

- wie – op zeer specifieke uitzonderingen na – het basismisdrijf pleegde;
- waar dit misdrijf werd gepleegd;
- of het is verjaard; en
- of het behoort tot de territoriale bevoegdheid van de Belgische rechter voor zover is voldaan aan de dubbele incriminatie van het basismisdrijf³¹.

27. De voorwaarde van de zekerheid nopens het bestaan van een basismisdrijf impliceert dat *de strafrechtelijke voor-geschiedenis essentieel is* en dat een rechtbank of een hof daaruit wettelijk en zeker moet kunnen afleiden dat de vermogensvoordelen een illegale oorsprong hebben³². Zoals al aangehaald blijkt uit vaste rechtspraak dat het uitsluiten van elke legale oorsprong volstaat en dat het bijgevolg niet vereist is dat de rechter het precieze misdrijf kent waaruit die zaken voortkomen³³.

Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie is in lijn met artikel 3, 3., b) richtlijn nr. 2018/1673 dat bepaalt dat een veroordeling voor witwasfeiten zoals omschreven in de richtlijn mogelijk is, als is aangetoond dat het voorwerp uit een criminele activiteit is verkregen, zonder dat alle feitelijke elementen of alle omstandigheden in verband met die criminele activiteit, waaronder de identiteit van de dader, aangetoond hoeven te worden.

Verder spoort die rechtspraak van het Hof van Cassatie ook met artikel 9, 6. van het verdrag van de Raad van Europa van 16 mei 2005 inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagname en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven en de financiering van terrorisme dat bepaalt:

*“Elke partij bewerkstelligt dat een veroordeling ter zake van het witwassen van geld uit hoofde van dit artikel mogelijk is, indien bewezen is dat de voorwerpen, als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a of b, van dit artikel, afkomstig zijn van een gronddelict, zonder dat nauwkeurig behoeft te worden vastgesteld van welk delict.”*³⁴

28. Niettemin verhindert die rechtspraak niet dat de saisine van de strafrechter beperkt is als de witwastelastelegging

zelf het specifieke basismisdrijf opgeeft waaruit het witwassen vermogensvoordeel voortkomt. In dat geval mag de rechter alleen oordelen over het witwasmisdrijf voor zover dit als voorwerp het vermogensvoordeel heeft dat voortkomt uit het gepreciseerde basismisdrijf. Als het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld vervolgt voor het witwassen van vermogensvoordelen uit een beschreven fiscale fraude, dan kan de rechter het witwasmisdrijf maar beoordelen in de mate het betrekking heeft op vermogensvoordelen voortkomend uit de opgegeven fiscale fraude³⁵.

29. Dat de vervolgte witwasser bij dit alles een zekere aanvoeringslast kan worden opgelegd die erin bestaat een legale oorsprong van de vermogensvoordelen aannemelijk te maken, maakt *op zich* geen schending uit van het zwijgrecht zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM. In het arrest *Zschüschen* oordeelde het Mensenrechtenhof dat de strafrechter per concreet geval dient na te gaan of dit recht al dan niet werd geschonden, bijvoorbeeld via het uitvoeren van dwang op de verdachte/beklaagde. Van belang daarbij is het voorhanden zijn van andere onderzoeksresultaten die de stelling van de illegale oorsprong bevestigen:

“La Cour relève que le requérant a fait des déclarations initiales lors d’un interrogatoire (paragraphe 3, ci-dessus), mais qu’il n’a pas souhaité fournir de plus amples informations sur l’origine de l’argent litigieux et qu’il a pu garder le silence sur ce fait. Son refus de répondre n’a pas constitué une infraction pénale en soi (...).

*S’agissant ensuite du rôle que les déductions ont joué dans la procédure pénale et pour la condamnation du requérant, le fait que le refus du requérant de prouver ses déclarations vagues et peu convaincantes quant à l’origine de l’argent litigieux ait été utilisé, entre autres éléments, par les juridictions du fond pour conclure que toute origine légale de l’argent pouvait être exclue ne constitue pas, en soi, une atteinte à son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La convention n’interdit pas de prendre en compte le silence d’un accusé pour conclure à sa culpabilité, sauf si sa condamnation se fonde exclusivement ou essentiellement sur son silence (...), ce qui n’est manifestement pas le cas en l’espèce.”*³⁶

In de praktijk echter wordt de aanvoeringslast, het geloofwaardig maken van een legale oorsprong al eens verward met het omkeren van de bewijslast³⁷.

³⁰. Antwerpen (12de k.) 12 juni 2011, nr. C/871/11, *onuitg.* Cf. ook Brussel 17 juni 2010, *Dr.pén.entr.* 2011, 147-150, noot A. LECOCQ.

³¹. Vereist echter niet eenzelfde kwalificatie. Cf. A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters-Kluwer, 2018, nr. 1266.

³². Cf. B. LEBAILLY, “La répression du blanchiment en droit français” in X, *Le blanchiment des produits illicites*, Straatsburg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, 132; O. KLEES, “De la présomption d’innocence à la preuve de l’infraction primaire en matière de blanchiment”, *JT* 2003, 660.

³³. Als de door het Openbaar Ministerie voorgehouden in illegale oorsprong in het buitenland gepleegd feiten zou omvatten die naar een min of meer nader te preciseren misdrijf zijn te omschrijven, dan zal dit de invulling van het vereiste van de dubbele incriminatie mogelijks fors bemoeilijken.

³⁴. Ondertekend te Warschau, in werking getreden op 1 januari 2010.

³⁵. Cass. 5 februari 2019, P.18.1010.N.

³⁶. EHRM 2 mei 2017, nr. 23572/07, *Zschüschen / België*, § 28-29. Cf. ook M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.entr.*, 2019/2, 101.

³⁷. P. WAETERINCKX, “De verwatering van het basismisdrijf als constitutief bestanddeel van het witwasmisdrijf” in A. DE NAUW (ed.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 29-58.

2. Artikel 505 Sw.

30. Artikel 505, eerste lid Sw. verwijst bij de drie witwas-misdrijven uitdrukkelijk naar handelingen gesteld met zaken bedoeld in artikel 42, 3° Sw.

Artikel 42, 3° Sw. omvat de vermogensvoordelen *met een relatie tot het vervolgde/bewezen verklaarde misdrijf* (objecten). Dergelijke vermogensvoordelen hebben op één of andere wijze een materiële band met het vervolgde misdrijf; m.a.w. een causaal verband³⁸. Die band wordt echter behoorlijk ruim geïnterpreteerd. Het Hof van Cassatie oordeelde dat een eventueel rechtstreeks causaal verband tussen dit vermogensvoordeel en een latere verrichting het causaal verband niet doet verdwijnen tussen dit vermogensvoordeel en het voorheen gepleegde misdrijf³⁹. Het omvat dus ook vermogensvoordelen waar het causaal verband met het misdrijf onrechtstreeks is⁴⁰.

Artikel 42, 3° Sw. onderscheidt drie soorten vermogensvoordelen. De aard van de voordelen speelt geen rol. Die kunnen roerend, onroerend, lichamenlijk of onlichamelijk zijn. De aard van het misdrijf waaruit ze voortkomen, speelt evenmin een rol; artikel 42, 3° Sw. refereert uitdrukkelijk aan “het misdrijf”⁴¹.

Ten eerste omvat artikel 42, 3° Sw. de zgn. *primaire vermogensvoordelen*. Dit is alles wat een uit het misdrijf *rechtstreeks* verkregen *vermogensvoordeel* schijnt te vormen en dus nog *in natura* in het vermogen van de dader zit, bijvoorbeeld de schadevergoeding uitgekeerd door een verzekeraar na een valse aangifte van een schadegeval.

Ten tweede omvat dit artikel de *vervangingsvermogensvoordelen*. Dit zijn de goederen die in de plaats zijn gekomen van het rechtstreeks verkregen vermogensvoordeel. In het geval van het vervangingsgoed blijft er een *identificeerbare band* met het illegale vermogensvoordeel. Het gaat telkens om *surrogaten* van het illegale vermogensvoordeel. Hierbij kan worden gedacht aan de ruil van een luxewagen gekocht met drugsgelden tegen een kunstwerk. Het kunstwerk is geen equivalent, maar een vervangingsgoed. Hetzelfde geldt bij de verkoop van het kunstwerk. De gelden uit het vervangingsgoed zijn het nieuwe vervangingsgoed. Daarbij dient men het laatste gesubstitueerde voordeel in aanmerking te nemen. Men volgt als het ware de ketting tot de laatste vindbare schakel⁴².

³⁸. Cass. 23 oktober 2018, P.18.0052.N.

³⁹. Cass. 18 oktober 2011, P.11.0201.N.

⁴⁰. A. DE NAUW, “Hoe algemeen is het bijzonder strafrecht? Over de invloed van leerstukken van het algemeen strafrecht op de misdrijven van gemeen recht?”, *NC* 2014, 269, nr. 33; J. ROZIE en P. WAETERINCKX, “Actualia verbeurdverklaring (2010-2015): alles stroomt, niets is blijvend”, *NC* 2015, afl. 5, 397, nr. 24.

⁴¹. G. STESSENS, “De verbeurdverklaring” in X (ed.), *XXXIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Straf- en strafprocesrecht 2005-2006*, Mechelen, Kluwer, 2006, 349; J. ROZIE, *Voordeelsontneming: de wisselwerking tussen de toepassingsvoorwaarden en het rechtskarakter van de verbeurdverklaring van illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 139.

⁴². J. ROZIE, *Voordeelsontneming: de wisselwerking tussen de toepassingsvoorwaarden en het rechtskarakter van de verbeurdverklaring van illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 143-144. Voor een heldere illustratie verwijzen wij de lezer naar Corr. Hasselt 13 februari 2007, *NC* 2007, 447.

⁴³. M. ROZIE en J. ROZIE, “Bestrafing van het milieumisdrijf” in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 168.

⁴⁴. Cass. 3 februari 2015, P.14.1344.N.

Ten derde zijn er nog de *inkomsten uit de belegde vermogensvoordelen* (primaire of vervangingsvoordelen). Dit zijn bijvoorbeeld de dividenden van aandelen of de rente op obligaties gekocht met opbrengsten uit drugshandel, de meerwaarde opgestreken bij de verkoop van onroerende goederen gekocht met gelden afkomstig uit btw-carroussels of de huuropbrengsten van die goederen, enz.

31. Het vermogensvoordeel wordt in principe bruto berekend. De mogelijkheid tot verbeurdverklaring van brutobedragen werd in het leven geroepen om “werkkelijk criminele” activiteiten (bv. drugs, mensen- en wapenhandel, diverse vormen van frauduleus handelen, ...) een halt toe te roepen en de veroordeelde te raken in datgene wat hij in essentie beoogde, een zuiver illegaal vermogen⁴³. De strafrechter beschikt over een quasi onbegrensde appreciatiebevoegdheid bij de raming van de vermogensvoordelen gekoppeld evenwel aan motiveringsplicht in de zin van artikel 195, tweede lid Sv.⁴⁴. Nochtans verhindert de wet de strafrechter niet om een netto confiscatie uit te spreken om billijkheidsredenen (*cf. infra*, randnrs. 76-77).

32. In geval van genuszaken moet het vermogensvoordeel individualiseerbaar/identificeerbaar zijn. Bij fiscale basis-misdrijven is dit mogelijk via berekening aan de hand van de fiscale normering.

Interessant in dit kader zijn de overwegingen van advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH bij een arrest van 23 september 2015 van de Franstalige afdeling van de 2de kamer van het Hof van Cassatie. De advocaat-generaal, daarin uiteindelijk gevolgd door het Hof, overwoog dat een vermogensvoordeel bestaande in een niet betaalde belasting, een besparing dus voor dat vermogen, maar in aanmerking kan komen voor witwassen in de mate het vermogensvoordeel identificeerbaar wordt door “*une opération de sortie du patrimoine*”. Vanuit die optiek heeft het witwassen geen betrekking op het hele inkomen/vermogen, maar enkel op het voordeel dat wordt gehaald uit het basismisdrijf, zijnde de ontdoken belasting of de vervangingsgoederen ervan.

Dus als een vennootschap omzet ontvangt en later niet opneemt in haar aangifte en eenvoudig op haar rekening laat staan, dan kan de ontdoken belasting op dat ogenblik niet het voorwerp uitmaken van een witwas. Zou men echter door de

ontdoken belasting een supplement aan dividenden kunnen uitkeren, dan zou dit uitgekeerde supplement het voorwerp kunnen uitmaken van de witwas⁴⁵. Zolang de vennootschap het oorspronkelijk girale geld passief op zijn rekening laat staan, zou er geen sprake zijn van een witwashandeling.

Volgens die rechtspraak kunnen de ontdoken belastingen niet verbeurd worden verklaard op basis van artikel 505 Sw. omdat er eenvoudigweg geen sprake is van enige witwashandeling met het gegenereerde fiscale vermogensvoordeel. Het heimelijk verworven onrechtmatig belastingvoordeel zit latent vervat in gans het vermogen zonder dat het concreet aanwijsbaar is. In Nederland gaat men er daarentegen vanuit dat door een frauduleuze belastingbesparing het ganse vermogen is besmet, wat een auteur inspireerde tot wat hij cynisch noemt “*enkele vrolijke gedachten over witwassen en voordeelsontneming*”⁴⁶.

33. Het arrest van 23 september 2015 lijkt aan te sluiten bij een arrest van 5 juni 2013⁴⁷ waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat het omzettingsmisdrijf (art. 505, eerste lid, 3° Sw.) inhoudt dat het in omloop brengen van de illegale vermogensvoordelen tot gevolg heeft dat de oorsprong ervan wordt verhuld. Een dergelijk in omloop brengen is volgens de Franstalige afdeling van de 2de kamer van het Hof van Cassatie niet voltrokken wanneer een depositogever alleen maar bedragen stort op en afhaalt van zijn eigen rekening.

In navolging van die stelling is bepaalde rechtsleer van oordeel dat de individualiseerbaarheid van het vermogensvoordeel het gevolg moet zijn van een operatie⁴⁸.

34. Dit arrest werd kritisch onthaald door E. VAN DOOREN⁴⁹ en recent verfiende de Nederlandstalige afdeling van de 2de kamer van het Hof van Cassatie deze rechtspraak. In essentie oordeelde het Hof van Cassatie op 26 oktober 2016 dat het plaatsen van vermogensvoordelen bestaand in chartaal geld op een bankrekening, een omzettingsmisdrijf kan zijn voor zover het natuurlijk wordt gepleegd met het vereiste opzet. Immers wordt hierdoor chartaal geld (i.e. *cash*) omgezet in giraal geld⁵⁰.

Het hof van beroep te Luik was enige maanden voor voor-

meld cassatieoordeel ook al geëvolueerd in die (Nederlandstalige) richting. In een arrest van 14 april 2016 benadrukte dit hof weliswaar dat de loutere detentie van sommen op een bankrekening niet *per se* witwassen uitmaakt, maar dat het overdragen van die fondsen op een andere rekening het volgen van het spoor van de fondsen kan bemoeilijken en dus witwassen kan uitmaken⁵¹.

35. Nochtans zijn de cassatiearresten van 5 juni 2013 en 26 oktober 2016 niet conflicterend. Zoals gezegd verfiendt/preciseert het tweede arrest het eerste. Beide arresten kunnen gerust naast elkaar bestaan. Zo oordeelt het arrest van 2013 dat:

*“De omzetting of overdracht van kapitalen van illegale herkomst, die door de voormelde wetsbepalingen strafbaar worden gesteld, houden in dat het in omloop brengen ervan tot gevolg heeft dat de oorsprong ervan wordt verhuld. Dergelijke in omloopbrenging is niet voltrokken wanneer een depositogever **alleen** maar bedragen stort op en afhaalt van zijn eigen rekening.*

Het arrest wijst erop dat de eiser, op zijn bankrekening, aanzienlijke bedragen van illegale herkomst heeft gestort en daarvan heeft opgenomen.

***Louter** op grond daarvan hebben de appelrechters de eiser niet naar recht schuldig kunnen verklaren aan het in het voormelde artikel 505, eerste lid, 3°, bedoelde misdrijf.”*⁵².

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 26 oktober 2016 oordeelde het Hof als volgt:

*“Uit de tekst van deze bepaling en de wetgeschiedenis ervan volgt dat het plaatsen van door artikel 42, 3° Strafwetboek bedoelde vermogensvoordelen bestaande in cash gelden, cheques of buitenlandse overschrijvingen op een bankrekening van hij die deze gelden plaatst, de cheques incasseert of de buitenlandse overschrijvingen doet, wel degelijk een door artikel 505, eerste lid, 3° Strafwetboek bedoelde verrichting kan zijn, **voor zover zij geschiedt met het door die bepaling vereiste bijzonder opzet.**”*⁵³.

36. Als men de twee arresten naast elkaar legt, kan men concluderen dat het in omloop brengen van illegale vermo-

⁴⁵ Concl. D. VANDERMEERSCH bij Cass. 23 september 2015, P.13.1451.F, *Rev.dr.pén.* 2016, 237-238.

⁴⁶ Voor enkele interessante lezenswaardige opvattingen over het “besmet” vermogen in de Nederlandse doctrine, cf. D.V.A. BROUWER, “7. Enkele vrolijke gedachten over witwassen en voordeelsontneming”, *Strafblad* 2016, afl. 1, 35-43. De Hoge Raad der Nederlanden (HR) oordeelde reeds dat fiscale misdrijven in aanmerking komen als “grondmisdrijf” voor een witwasmisdrijf (HR 7 oktober 2008, ECLI:NL HR:2008:BD2774, *NJ*, 2009/94). D.V.A. BROUWER vraagt zich o.a. af of de belastingheffing tot ontsmetting van het besmette vermogen kan leiden.

⁴⁷ Cass. 5 juni 2013, P.13.0313.F, *Arr.Cass.* 2013, afl. 6-7-8, 1382, *Dr.pén.entr.* 2014, afl. 1, 83, *Pas.* 2013, afl. 6-8, 1243, *RABG* 2014, afl. 14, 956, noot E. VAN DOOREN, *Rev.dr.pén.* 2014, afl. 2, 199 en *T.Strafr.* 2014, afl. 2, 119, noot G. SCHOORENS.

⁴⁸ M.L. CESONI en D. VANDERMEERSCH, “Le recel et le blanchiment” in X, *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2016, 568-570. Cf. ook T. INCALZA, *Witwassen van fiscale vermogensvoordelen. Een compatibiliteitsonderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 453.

⁴⁹ Cass. 5 juni 2013, P.13.0313.F, *Arr.Cass.* 2013, afl. 6-7-8, 1382, *Dr.pén.entr.* 2014, afl. 1, 83, *Pas.* 2013, afl. 6-8, 1243, *RABG* 2014, afl. 14, 956, noot E. VAN DOOREN, *Rev.dr.pén.* 2014, afl. 2, 199 en *T.Strafr.* 2014, afl. 2, 119, noot G. SCHOORENS.

⁵⁰ Cass. 25 oktober 2016, P.15.1312.N, *NC* 2017, 374, noot E. VAN DOOREN, “Actieve witwas noodzaakt geen geldcirculatie”, *NC* 2017, afl. 4, 376-378.

⁵¹ Luik 14 april 2016, *Dr.pén.entr.*, 2017/1, 59.

⁵² Cass. 5 juni 2013, P.13.0313.F, *Arr.Cass.* 2013, afl. 6-7-8, 1382, *Dr.pén.entr.* 2014, afl. 1, 83, *Pas.* 2013, afl. 6-8, 1243, *RABG* 2014, afl. 14, 956, noot E. VAN DOOREN, *Rev.dr.pén.* 2014, afl. 2, 199 en *T.Strafr.* 2014, afl. 2, 119, noot G. SCHOORENS (eigen benadrukking).

⁵³ Cass. 25 oktober 2016, P.15.1312.N, *NC* 2017, 374, noot E. VAN DOOREN, “Actieve witwas noodzaakt geen geldcirculatie”, *NC* 2017, afl. 4, 376-378.

gensvoordelen op een eigen rekening als feitelijke vaststelling niet volstaat om te besluiten tot witwassen. Tot witwassen kan in die hypothese maar worden besloten, als ook het onder artikel 505, eerste lid, 3° Sw. vereiste bijzonder opzet aanwezig is⁵⁴.

37. B. SPRIET en R. VAN HERPE merken in dit verband op dat als het basismisdrijf uitsluitend fiscale fraude omvat waarbij het illegale vermogensvoordeel de ontdoken belasting is, niet elke transactie binnen het vermogen van de fiscale fraudeur aanleiding zal kunnen geven tot een veroordeling voor witwassen. Dit zal het geval zijn als de omvang van de transactie inferieur is aan wat er ook aan legaal vermogen is. Stel iemand heeft een vermogen van 3 miljoen EUR, waarvan 500.000 EUR ontdoken belastingen en 2,5 miljoen EUR legaal vermogen, en hij koopt een exclusieve wagen van 250.000 EUR. In dat geval is niet uit te maken of de wagen werd betaald met legaal dan wel illegaal geld. Volgens voormelde auteurs zal het niet-identificeerbaar zijn van het strafrechtelijk fiscaal vermogensvoordeel de schuldverklaring aan witwassen beletten⁵⁵.

M.i. klopt dit wat betreft de aankooptransactie zelf, nl. de omzetting van geld voor een auto, maar zal dit niet *per se* kunnen verhinderen dat er een veroordeling volgt voor witwassen, bijvoorbeeld omwille van het beheer van 500.000 EUR illegaal vermogen⁵⁶ en/of het verbergen ervan⁵⁷.

3. Het voorontwerp

38. In het voorontwerp volgt men het thans al bestaande pad. Illegale vermogensvoordelen worden gedefinieerd onder artikel 470, eerste lid, 1° als:

- uit een misdrijf verkregen vermogensvoordelen;
- in de plaats gestelde goederen of waarden;
- inkomsten uit belegde voordelen⁵⁸.

§ 2. De dader

A. Het principe – Artikel 505 Sw. en het voorontwerp

39. Eender wie, natuurlijke persoon en rechtspersoon, kan

dader zijn van het misdrijf mits al de constitutieve bestanddelen zijn vervuld. Witwassen vereist in elk geval geen bijzondere daderschapshoedanigheid.

40. In artikel 7 richtlijn nr. 2018/1673 wordt de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon i.t.t. de Belgische regeling onder artikel 5 Sw. geregeld als een afgeleide strafrechtelijke verantwoordelijkheid:

“1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor alle in artikel 3, leden 1 en 5, en artikel 4 genoemde strafbare feiten die in hun voordeel zijn gepleegd door personen die individueel dan wel als lid van een orgaan van de rechtspersoon optreden en die in de rechtspersoon een leidende functie bekleeden op grond van:

- a) een bevoegdheid om de rechtspersoon te vertegenwoordigen;
- b) een bevoegdheid om namens de rechtspersoon beslissingen te nemen; of
- c) een bevoegdheid om binnen de rechtspersoon controle uit te oefenen.

2. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien als gevolg van een gebrek aan toezicht of controle door een in lid 1 van dit artikel bedoelde persoon, een van de in artikel 3, leden 1 en 5, en artikel 4 genoemde strafbare feiten kon worden gepleegd ten voordele van die rechtspersoon door een persoon die onder diens gezag staat.

(...)”⁵⁹.

Eerste en tweede lid haken duidelijk aan bij een van natuurlijke personen afgeleide strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Artikel 5 Sw. voerde in 1999 echter een autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid in. D.w.z. dat om een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk te kunnen stellen, deze zelf de bestanddelen van het misdrijf moet vervullen, gekoppeld aan een intrinsiek verband met één van de drie voorwaarden: doel, belang of voor rekening van⁶⁰.

Of de Belgische wetgever het geweer van schouder zal veranderen omwille van richtlijn nr. 2018/1673 is maar zeer de vraag. Immers bestaat de bepaling opgenomen onder

⁵⁴. B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 94-95; S. SCARNA en P. MAUFORT, “DLU et blanchiment: l’union sacrée”, *Dr.pén.ent.*, 2018/4, 352.

⁵⁵. B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 99-100.

⁵⁶. Behalve wanneer het steler-heler-principe zou spelen. Cf. daarvoor *infra*, randnrs. 41-42.

⁵⁷. Behalve in het geval de gelden voortkomen uit gewone fiscale fraude. Cf. daarvoor *infra*, randnrs. 43-47.

⁵⁸. Art. 446, 1° in het wetsvoorstel Terwingen-Becq.

⁵⁹. Het derde lid benadrukt dat de strafrechtelijke verantwoordelijke van de rechtspersoon deze van de natuurlijke persoon niet uitsluit. Nopens deze cumulatie en recente wijzigingen desbetreffend, cf. F. KUTY, “La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales”, *Rev.dr.pén.*, 2018/11, 1046-1050; P. WAETERINCKX en R. VAN HERPE, “De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdekt zich na 19 jaar van twee groeipijnen”, *NC* 2018, 541-550.

⁶⁰. A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in *CBR Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen, Maklu, 33.

artikel 7 richtlijn nr. 2018/1673 al enige tijd. Zij werd al in diverse andere richtlijnen e.d. opgenomen⁶¹.

B. Bijzonderheden i.v.m. het daderschap

1. Steler-heler/Autowitwassen?

a. Artikel 505 Sw.

41. Als principe geldt bij het 1ste witwasmisdrijf dat de steler geen heler kan zijn, m.a.w. dat de dader van het basismisdrijf niet de dader kan zijn van het 1ste witwasmisdrijf (autowitwassen)⁶².

Daarop bestaat een uitzondering onder artikel 505, tweede lid Sw. dat bepaalt dat de dader van het basismisdrijf toch strafbaar kan zijn onder artikel 505, eerste lid, 2° Sw. wanneer dit misdrijf in het buitenland is gepleegd en niet (meer) kan worden vervolgd in België.

b. Het voorontwerp

42. Het voorontwerp en ook het wetsvoorstel Terwingen-Becq⁶³ schaffen voormelde regeling onder artikel 505 Sw. af zodat de dader van het basismisdrijf ook dader kan zijn van alle witwasmisdrijven⁶⁴.

2. Exoneratie voor derden bij fiscaal basismisdrijf?

a. Artikel 505 Sw.

43. Onder artikel 505, derde lid Sw. is een “exoneratie” opgenomen die geldt voor het witwassen van vermogensvoordelen uit gewone fiscale fraude.

De toepassingsvoorwaarden zijn de volgende:

- derde = elke andere persoon dan de dader, de mededader en de medeplichtige van het basismisdrijf;
- de exoneratie geldt alleen als de bedoelde vermogensvoordelen *niet* voortkomen uit ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd;
- geldt enkel voor het 1ste en het 3de witwasmisdrijf.

44. In de praktijk wordt echter geregeld vervolgd voor de drie witwasmisdrijven samen, of minstens voor het 2de en het 3de witwasmisdrijf zodat de verdediging het 2de witwasmisdrijf met succes zal moeten kunnen bestrijden opdat de derde zou kunnen genieten van de exoneratie onder artikel 505, derde lid Sw.

45. Een dergelijk verweer is in de praktijk niet evident gelet op de verstrengeling tussen het 2de witwasmisdrijf en de *catch all*-bepaling die het 3de witwasmisdrijf omvat. De inhoud van het 2de witwasmisdrijf gaat volledig op in de ruimere omschrijving van het 3de witwasmisdrijf. Het vervuld zijn van het bestanddeel van de bedoeling om de illegale oorsprong van de vermogensvoordelen te verbergen of te verdoezelen (moreel bestanddeel van art. 505, eerste lid, 3° Sw.) impliceert meteen ook dat men aan het verhehlen of verhullen is (materieel bestanddeel van art. 505, eerste lid, 4° Sw.). Het omgekeerde geldt ook. Wie verbergt in de zin van het 3de witwasmisdrijf heeft onvermijdelijk de bedoeling om de illegale oorsprong van de vermogensvoordelen te verbergen of te verdoezelen. Dit omvat in essentie ook een bijzonder opzet in hoofde van de witwasser⁶⁵.

b. Het voorontwerp

46. Het voorontwerp schaft voormelde regeling af. De verwijdering ligt in lijn met artikel 2, q) richtlijn nr. 2018/1673 dat bepaalt dat fiscale misdrijven met betrekking tot directe en indirecte belastingen, zoals neergelegd in het nationaal recht in elk geval wel worden beschouwd als een valabel basismisdrijf voor witwassen⁶⁶.

⁶¹. Bv. art. 8 van richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (richtlijn marktmisbruik) (*Pb.* L. 173, 12 juni 2014); art. 5 kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector (*sic*) (*Pb.* L. 192, 31 juli 2003). *Cf.* in dat verband: C. CONINGS, J. HUYSMANS en F. VERBRUGGEN, “Dagelijkse kost: Europese ingrediënten die het Belgische strafrecht kruiden” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 3-4.

⁶². Daarmee is het huidige art. 505, eerste lid, 2° Sw. niet in overeenstemming met richtlijn nr. 2018/1673. Art. 505, eerste lid, 3° en 4° Sw. zijn dat wel. Omwille van dit laatste, nl. de strafbaarheid onder 3° en 4°, achten M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN het huidige art. 505, eerste lid Sw. in overeenstemming met richtlijn nr. 2018/1673 (M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.ent.*, 2019/2, 98-99).

⁶³. Art. 446 wetsvoorstel Terwingen-Becq.

⁶⁴. D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1011.

⁶⁵. A. LECOCQ, “Blanchiment. Preuve d’une dissimulation ou d’un déguisement” (noot onder Brussel 17 juni 2010), *Dr.pén.ent.* 2011, 150-154; *cf.* F. DERUYCK, “Witwassen als nooit tevoren” in NVVS (eds.), *Witwassen in Nederland en België*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 109.

⁶⁶. In de memorie van toelichting staat nog vermeld: “Artikel 2 van het voorstel tot richtlijn van de Commissie van 21 december 2016 inzake de strafrechtelijke bestrijding van witwassen en de invoering van een minimale harmonisering betreffende de definities en straffen inzake witwassen voorziet in de lijst van primaire strafbaarstellingen een restcategorie van alle strafbare gedragingen die strafbaar zijn met een gevangenisstraf van minstens een jaar. Dit behelst onder andere de fiscale fraude. Een dergelijke bepaling impliceert dan ook de opheffing van artikel 505, derde lid van het Strafwetboek, waarbij de uitsluiting van de gewone fiscale fraude wordt voorzien.” Het voorstel tot richtlijn van de Commissie van 21 december 2016 inzake de strafrechtelijke bestrijding van witwassen en de invoering van een minimale harmonisering betreffende de definities en straffen inzake witwassen is sinds 23 oktober 2018 niet meer van kracht. Bovendien dient vanaf 3 december 2020 richtlijn nr. 2018/1673 te worden gevolgd. *Cf.* ook T. INCALZA, *Witwassen van fiscale vermogensvoordelen. Een compatibiliteitsonderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 354.

Overigens is het onderscheid tussen ernstige fiscale fraude en gewone fiscale fraude moeilijk af te bakenen. C. DE VALKENEEER en V. TRUILLET benadrukken terecht dat men in eenzelfde “dossier” kan worden geconfronteerd met een fiscale fraude die in hoofde van de fraudeur misschien een eenvoudige fiscale fraude uitmaakt, maar in hoofde van de professionele adviesverstrekker ernstige fiscale fraude omwille van zijn hoedanigheid (bv. meldingsplichtige entiteit onder de preventieve witwaswet), de schaal (aantal klanten) van de fraude, enz.⁶⁷.

47. Niettemin hernam het voorstel “Terwingen-Becq” opnieuw de fiscale exoneratieclausule in het artikel 446 van het voorstel. Het tweede lid in dat voorgestelde artikel luidt:

“Behoudens ten aanzien van de dader van het misdrijf waaruit de vermogensvoordelen, de in de plaats daarvan gestelde goederen of waarden of de inkomsten uit die belegde voordelen voortkomen, is het witwassen niet strafbaar in fiscale zaken tenzij het uitsluitend gaat om feiten gepleegd in het kader van ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd.”⁶⁸.

In het voorstel kiest de wetgever ervoor om voornamelijk de fiscale exoneratie te behouden omdat volgens de wetgever de besprekingen aangaande voormelde Europese richtlijn nog niet werden afgerond⁶⁹. Dit is enigszins verwonderlijk gelet op de inhoud van het hogervermelde artikel 2, q) van richtlijn nr. 2018/1673 dat refereert aan “*fiscale misdrijven met betrekking tot directe en indirecte belastingen, zoals neergelegd in het nationaal recht*”⁷⁰.

3. Exoneratie voor derden bij “slapende kapitalen”?

a. Het voorontwerp

48. Artikel 505 Sw. voorziet niet in een dergelijke regeling, artikel 470, tweede lid van het voorontwerp wel. De bepaling luidt als volgt:

“Behalve wanneer het witwasmisdrijf is gepleegd door de dader van het misdrijf waaruit de vermogensvoordelen voortkomen, is het witwassen enkel strafbaar; in zoverre het betrekking heeft op vermogensvoordelen die uit het misdrijf zijn verkregen sinds minder dan tien jaar, op goederen die in de plaats ervan zijn gesteld of zijn overgedragen sinds minder dan tien jaar te rekenen vanaf de laatste indeplaatsstelling of overdracht, of op de inkomsten uit dergelijke voordelen of in de plaats gestelde goederen.”

49. M.a.w., de strafrechtelijke exoneratie:

- geldt voor *derden*, zijnde personen die *geen* dader of deelnemer⁷¹ waren aan het basismisdrijf, die feiten pleegen die kwalificeerbaar zijn als witwassen als die betrekking hebben op vermogensvoordelen;
- verkregen uit het basismisdrijf sedert meer dan 10 jaar;
- die hun laatste bewerking hebben ondergaan sedert meer dan 10 jaar.

Men volgt als het ware de ketting van bewerkingen op de vermogensvoordelen over een periode van 10 jaar sinds de laatste “bewerking”. Het betreft een schuldontheftingsgrond waarvan alleen derden kunnen genieten, en niet de dader of deelnemer van het basismisdrijf.

b. Het verzet tegen de regeling

50. In de *memorie van toelichting* bij het wetsvoorstel Terwingen-Becq uitte het College van procureurs-generaal op deze regeling volgende kritiek:

- de regeling zou de druk wegnemen om oude “besmette” kapitalen alsnog te regulariseren;
- uit de praktijk blijkt dat erfgenamen de oude zwarte kapitalen niet aangeven in de successie;
- via de Common Reporting Standards⁷² krijgt de fiscus geautomatiseerd meer en meer zicht op oude kapitalen;
- de derden die over de kapitalen beschikken wordt verder ook geen bewijslast opgelegd, die blijft bij het Openbaar Ministerie⁷³.

⁶⁷. C. DE VALKENEEER en V. TRUILLET, “Blanchiment et confiscation. Enjeux et perspectives”, *Dr.pén.entr.*, 2018/4, 298.

⁶⁸. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 1002. Cf. ook M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.entr.*, 2019/2, 100.

⁶⁹. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 679. Erg zorgvuldig en consequent kan men de wetgever in het voorstel Terwingen-Becq niet noemen. Het is onzorgvuldig omdat men zonder enige grondige lectuur een achterhaalde passage overnam uit de *memorie van toelichting* van het voorontwerp. Het voorstel tot richtlijn van de Commissie van 21 december 2016 is sinds 23 oktober 2018 niet meer van kracht (cf. www.eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0826). Het is verder inconsequent, want als het de wetgever goed uitkomt dan zijn de besprekingen i.v.m. de richtlijn nog niet afgerond. Wat verder schijnt het echter geen belemmering te vormen bij het aannemen van een straf van niveau 3 (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 682). Daar volgt men wel de richtlijn die nog het voorwerp van besprekingen uitmaakt. Erg rechtlijnig kan je het voorstel Terwingen-Becq op dit punt niet noemen. Ofwel anticipeert men consequent op de richtlijn, ofwel niet. Ten overvloede, men verwijst daarbij bovendien naar een tekst die niet meer van kracht is.

⁷⁰. Zie ook D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (I)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1009-1011; ook T. INCALZA, *Witwassen van fiscale vermogensvoordelen. Een compatibiliteitsonderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 355.

⁷¹. Hoewel niet gespecificeerd in de tekst ...

⁷². Common Reporting Standards of CRS: de nieuwe gemeenschappelijke norm inzake transparantie en uitwisseling van inlichtingen betreffende financiële rekeningen in fiscale aangelegenheden in de Europese Unie.

⁷³. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 681-682.

c. Bedenkingen bij de regeling in het voorontwerp en het verzet ertegen in het wetsvoorstel Terwingen-Becq

51. Het verzet vertrekt voornamelijk vanuit het gecontamineerd karakter van bepaalde kapitalen en negeert in belangrijke mate het mogelijk ontbreken van het kenniselement in hoofde van de derde-verkrijger. Maar is het niet net vanuit het kenniselement van de derde dat de problematiek moet worden benaderd? En daarna rijst de vraag hoe lang men mag worden geconfronteerd met dit kenniselement?

Zelfs al draagt het Openbaar Ministerie een bewijslast, toch is het zeer duidelijk dat de derde een rechtmatige oorsprong geloofwaardig zal moeten maken in zijn verweer. Dit vereist een gedegen kennis van de onderliggende voorgaanden, die soms van twee à drie generaties eerder dateren ... En daar wringt het schoentje. In de *memorie van toelichting* maakten de auteurs van het voorontwerp m.i. toch de volgende pertinente overweging:

“Na enige tijd kan het voor erfgenamen of voor een bankinstelling (derden⁷⁴) een zeer lastige opgave blijken om de herkomst te achterhalen van de gelden die na een lange tijd in hun bezit of onder hun beheer gekomen zijn. Wanneer zij daartoe niet overgaan, stellen zij zich bloot aan vervolging wegens witwassen in geval van ernstige twijfel aan de legale herkomst van die gelden. Maar zij beschikken niet over dezelfde middelen als de politieke of justitiële autoriteiten om onderzoek te doen naar die herkomst.”⁷⁵

52. Overigens kan gelet op dit laatste het niet limiteren in de tijd ook aanleiding geven tot misbruiken vanuit de overheid. Zo kan een Openbaar Ministerie latere generaties die niets met een beweerd initiële (meestal fiscale) fraude te maken hebben, plotseling met die kennis confronteren waardoor er een strafrechtelijk relevant kenniselement ontstaat voor het misdrijf witwassen. Men moet zich dan buiten de toepassing van de strafwet kunnen plaatsen via regularisatie. Maar dikwijls zal het quasi onmogelijk zijn om nog te bepalen welke initiële fraude was gepleegd door generaties eerder, welke belastingen er werden ontdoken, hoeveel belastingvrije meerwaarden er werden gegenereerd door de jaren heen, enz. Daarbij rijst als cruciale vraag vanaf wanneer de situatie “echt” onbillijk wordt ...

53. Vanuit die optiek lijkt een limiet toch enigszins te rechtvaardigen; temeer gelet op het voortdurend karakter van alle witwasmisdrijven in het voorontwerp (en ook in het voorstel “Terwingen-Becq”).

Op een bepaald ogenblik moet men zich inderdaad toch afvragen wat nog billijk is en wat het maatschappelijk belang is van een vervolging *c.q.* bestraffing.

Nemen we volgend voorbeeld. Twee kleinkinderen hebben een vermogen geërfd van hun ouders die dat op hun beurt hadden geërfd van de grootouders. Over de oorsprong van de geërfdte fondsen zijn ze per hypothese onwetend en ze hebben een deel van de gelden geïnvesteerd in een succesvolle autogarage waar ze vandaag ongeveer 25 mensen tewerkstellen. Plots worden zij geconfronteerd met de resultaten van een recent gevoerd fiscaal en gerechtelijk onderzoek waaruit zou blijken dat de gelden die ze hadden geërfd fiscaal gecontamineerd zouden zijn. In dergelijke hypothese rijst de vraag of enige vervolging en desgevallend bestraffing hier nog beantwoordt aan een relevant maatschappelijk belang.

Die bedenking wordt des te relevanter als men bepaalde rechtsleer in overweging neemt waarin men zich luidop afvroeg of de begunstigde van een schenking of de erfgenaam wel de fraude kan regulariseren die werd gepleegd door hun rechtsvoorganger? G. GOYVAERTS, daarbij refererend aan het advies van de Raad van State denkt alvast van niet. Deze auteur merkt op dat uit de wet van 21 juli 2016 (art. 11, tweede lid *jo.* art. 2, 11^{o76}) voortvloeit dat fiscaal verjaard kapitaal⁷⁷ enkel kan worden geregulariseerd door de persoon die de fiscale fraude heeft gepleegd⁷⁸.

54. Stof tot nadenken voor de politici samen met belangrijke stakeholders zoals o.a. de fiscale administratie, het Openbaar Ministerie, de balie en onafhankelijke experts.

§ 3. Het moreel bestanddeel

A. Artikel 505 Sw.

1. Het 1ste en het 3de witwasmisdrijf

55. De wet vereist dat de dader de illegale oorsprong van de vermogensvoordelen:

- kende of moest kennen;
- op het ogenblik van de respectieve geïncrimineerde witwashandelingen.

Dit impliceert dat de kennis moet bestaan vóór of ten laatste op het ogenblik van het stellen van de geïncrimineerde witwashandeling die valt onder het 1ste en/of het 3de witwasmisdrijf.

⁷⁴. Daarbij kunnen we bv. denken aan notarissen, advocaten, accountants, belastingconsulenten, enz.

⁷⁵. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 479-480. Cf. ook D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1012.

⁷⁶. In zijn bijdrage verwijst hij naar art. 1. Dit moet art. 2, 11^o zijn.

⁷⁷. Dit is kapitaal waarvan de fiscale administratie ingevolge het verstrijken van de termijnen op het ogenblik van de indiening van de regularisatieaanvraag geen heffingsbevoegdheid meer kan uitoefenen in hoofde van diegene op wiens naam de regularisatieaanvraag is ingediend.

⁷⁸. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1738/012, 8-9; G. GOYVAERTS, “Fiscale regularisatie anno 2017 voor privévermogen. Een kritische beschouwing”, *TFR* 2017, 658-660; G. GOYVAERTS, “Enkele aspecten van de wet op fiscale regularisatie aangaande private vermogens anno 2013”, *TFR* 2017, 650.

De kennis heeft betrekking op het illegaal karakter van het vermogensvoordeel/de vermogensvoordelen en niet op het precieze basismisdrijf.

56. Het feit dat men bezitter te goeder trouw is, betekent echter niet dat men op het ogenblik dat men kennis zou krijgen van de illegale oorsprong van de vermogensvoordelen, zich zo maar van die vermogensvoordelen mag ontdoen. Niettemin moet die persoon een redelijke kans krijgen om zich buiten de toepassing van het strafrecht te plaatsen⁷⁹.

2. Het 2de witwasmisdrijf

57. Het moreel bestanddeel omvat hetzij de intentie om de illegale herkomst van de vermogensvoordelen te verbergen of te verdoezelen, hetzij de bedoeling om een persoon die betrokken is bij het basismisdrijf te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden; samengevat het bijzonder opzet om te “verbergen”.

I.v.m. de verstrengeling met het materieel bestanddeel van het 3de witwasmisdrijf, zie randnr. 20.

B. Het voorontwerp

1. Het principe

58. Voor de drie witwasmisdrijven hebben de auteurs van het voorontwerp voor het gewoon opzet geopteerd, geformuleerd als “*de illegale oorsprong kennen of moeten kennen*”. Het wetsvoorstel Terwingen-Becq neemt die tekst over onder artikel 446⁸⁰. Onder “moeten kennen” valt ook het opzettelijk niet willen weten. D. VANDERMEERSCH schrijft dat hij die bewust niet wil weten, eigenlijk al weet wat hij beweert niet te willen weten⁸¹.

2. Opmerkingen

59. Bij deze keuze voor het gewoon opzet voor de drie witwasmisdrijven zijn een drietal bedenkingen te formuleren.

60. *Ten eerste* wijkt men voor het omzettings- en overdrachtsmisdrijf af van de tekst van artikel 3, 1., a) richtlijn nr. 2018/1673 dat vasthoudt aan het *bijzonder opzet* dat als volgt is geformuleerd: “wetende dat deze uit een criminele

activiteit zijn verkregen, met het oogmerk de illegale herkomst ervan te verhelen of te verhullen of met het oogmerk een bij een dergelijke activiteit betrokken persoon te helpen aan de rechtsgevolgen van zijn daden te ontkomen”.

De ontworpen tekst is dus strenger.

61. *Ten tweede* wenste de wetgever in 2007 met de formule “*op het ogenblik van de aanvang van deze handelingen*”, het aspect betreffende de kennis van de illegale oorsprong van de middelen te preciseren, meer bepaald te plaatsen bij de aanvang van die operaties⁸².

De bescherming van de potentiële witwasser door deze formule is vrij beperkt doordat een bezitter die kennis krijgt van het illegale karakter van vermogensvoordelen die vermogensvoordelen *de facto* bevroren ziet. Elke verdere handeling riskeert te vallen onder het 2de of het 3de witwasmisdrijf in de zin van artikel 505 Sw.

Deze vaststelling en het feit dat de auteurs van het voorontwerp alle witwashandelingen beschouwen als voortdurend, heeft wellicht geleid tot de schrapping van de formule “*op het ogenblik van de aanvang van deze handelingen*”.

Ter mildering van deze regeling voorzagen de auteurs van het voorontwerp wel in een bescherming van derden bij slapende kapitalen. Zoals al aangehaald zal een effectieve vertaling hiervan in een definitieve wettekst geen wandeling in het “parlementaire park” worden. Dit bleek al duidelijk uit het eerder besproken verzet tegen die regeling verwoord in de *memorie van toelichting* bij het wetsvoorstel “Terwingen-Becq”.

62. Niettemin werd de weglating van “*op het ogenblik van de aanvang van deze handelingen*” al kritisch onthaald in de rechtsleer⁸³. B. SPRIET en R. VAN HERPE stellen voor om de woorden “moest kennen” te schrappen en het moreel bestanddeel te formuleren als de “illegale oorsprong kennen op het ogenblik van de aanvang van de handeling”. Dit voorstel ligt in de lijn van de formulering onder artikel 3, 1., a), b) en c) richtlijn nr. 2018/1673 en lijkt ook niet in strijd met artikel 3, 2. Richtlijn nr. 2018//673. Immers *verplicht* artikel 3, 1. de lidstaten tot een strafbaarstelling in het geval van kennis van de illegale oorsprong, maar laat artikel 3, 2. de lidstaten de *vrije keuze* om ervoor te zorgen dat de in 3, 1. bedoelde gedragingen strafbaar worden gesteld als de dader

⁷⁹. M.L. CESONI en D. VANDERMEERSCH, “Le recel et le blanchiment” in X, *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2016, 581; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de wet van 7 april 1995. Kan het nog witter?”, *RW* 1995-96, 695.

⁸⁰. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 1002.

⁸¹. D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1009; B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 98.

⁸². Cf. verslag namens de Commissie, *Parl.St.* Kamer, nr. 51-1603/006, 3.

⁸³. B. SPRIET en R. VAN HERPE, “Actualia strafrechtelijke fraude: misdrijf, rechtspersoon en beroepsverbod” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 97-98. M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN stellen gewoon vast dat het bijzonder opzet is verdwenen zonder verdere commentaar (M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.entr.*, 2019/2, 98).

vermoedde of had moeten weten dat het voorwerp uit criminële activiteiten was verkregen⁸⁴.

§ 4. De bestraffing⁸⁵

A. Hoofdstraffen

1. Artikel 505 Sw.

a. Natuurlijke personen

63. Volgende straffen zijn van toepassing:
- gevangenisstraf van 15 dagen tot 5 jaar (art. 505, eerste lid Sw.); of
 - straf onder elektronisch toezicht als de rechter oordeelt dat het feit niet van aard is om te worden gestraft met een hoofdgevangenisstraf van meer dan 1 jaar;
 - een werkstraf of een autonome probatiestraf aangezien witwassen een wanbedrijf is;
 - en/of een geldboete van 26 tot 100.000 EUR⁸⁶.

64. Voor de strafbare poging gelden volgende straffen:
- gevangenisstraf van 8 dagen tot 3 jaar (art. 505, eerste lid *jo.* achtste lid Sw.); of
 - straf onder elektronisch toezicht als de rechter oordeelt dat het feit niet van aard is om te worden gestraft met een hoofdgevangenisstraf van meer dan 1 jaar;
 - een werkstraf of een autonome probatiestraf aangezien witwassen een wanbedrijf is;

- en/of een geldboete van 26 tot 50.000 EUR (art. 505, eerste lid *jo.* achtste lid Sw.).

b. Rechtspersonen

65. Volgende geldboeten⁸⁷ zijn van toepassing:
- geldboete van 500 tot 200.000 EUR (art. 505, eerste lid *jo.* art. 41bis, § 1 Sw.);
 - strafbare poging 500 tot 100.000 EUR (art. 505, eerste lid *jo.* achtste lid en art. 41bis, § 1 Sw.).

2. Het voorontwerp⁸⁸

a. Voorafgaande opmerking

66. Wat betreft de geldboeten dient opgemerkt dat de bedragen ervan in het nieuwe wetboek worden vastgesteld door de teller van de opdecimes op nul te zetten⁸⁹. Daarmee sluiten deze straffen nauwer aan bij de werkelijkheid, een ingreep die intussen al in de rechtsleer goed werd onthaald⁹⁰.

b. Natuurlijke personen

67. Volgende straffen zijn van toepassing:
- sanctie *niveau 3*⁹¹: gevangenisstraf van meer dan 3 jaar tot ten hoogste 5 jaar⁹² of een opgelegde behandeling van dezelfde duur⁹³ (art. 37);
 - en/of een geldboete van 200 EUR tot ten hoogste 10.000 EUR (art. 53).

Alle bedragen van de geldboetes vermeld in het voorontwerp zijn aangepast aan de wijziging van de opdecimes (70 deci-

⁸⁴ Art. 3, 2. richtlijn nr. 2018/1673: “De lidstaten **kunnen** de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de in lid 1 bedoelde gedragingen strafbaar worden gesteld als de dader vermoedde of had moeten weten dat het voorwerp uit criminële activiteiten was verkregen.” (eigen benadrukking).

⁸⁵ Art. 5, 1. richtlijn nr. 2018/1673 voor de natuurlijke personen en art. 8 voor de rechtspersonen, bepalen dat de strafsancities doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.

⁸⁶ Te verhogen met de wettelijke opdecimes op strafrechtelijke geldboeten zoals bepaald in art. 1 van de wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten.

⁸⁷ Te verhogen met de wettelijke opdecimes op strafrechtelijke geldboeten zoals bepaald in art. 1 van de wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten.

⁸⁸ Een uitgebreide toelichting over de nieuwe schaal voor hoofdstraffen waarin in het voorontwerp voorziet zou ons te ver leiden buiten het bestek van deze bijdrage. Voor een toelichting i.v.m. de onderverdeling van de hoofdstraffen per niveau verwijzen we de lezer naar J. Rozie en D. Vandermeersch m.m.v. J. De Herdt, M. Debauche en M. Taeymans, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 96 *et seq.* Over de weg naar de keuze voor een sanctie van niveau 3 i.p.v. 2, cf. D. Vandermeersch, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1013-1014.

⁸⁹ J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 137, vn. 436; wetsvoorstel Terwingen-Becq, 165, vn. 491.

⁹⁰ J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek 1 van het Strafwetboek” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 46.

⁹¹ De auteurs van het voorontwerp beklemtonen dat om een grotere flexibiliteit mogelijk te maken, de initieel voorziene straf van niveau 2 (die een gevangenisstraf van 1 tot ten hoogste 5 jaar omvatte) werd gesplitst in een straf van niveau 3 (die een gevangenisstraf van meer dan 3 jaar tot ten hoogste 5 jaar omvat) en een straf van niveau 2 (die onder meer een gevangenisstraf van 1 jaar tot ten hoogste 3 jaar omvat) (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 8).

Cf. ook D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1014.

⁹² Art. 5, 2. richtlijn nr. 2018/1673 bepaalt immers dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat witwassen strafbaar wordt gesteld met een maximum gevangenisstraf van ten minste 4 jaar.

⁹³ In het wetsvoorstel Terwingen-Becq is de opgelegde behandeling van dezelfde duur geschrapt.

mes) door artikel 19 van de programmawet van 25 december 2016⁹⁴.

68. De strafbare poging wordt bestraft met een sanctie van niveau 2. Artikel 10 van het voorontwerp bepaalt immers dat de strafbare poging wordt bestraft met een straf van het onmiddellijk lagere strafniveau dan datgene gesteld op het voltooide misdrijf. Dit geldt voor witwassen omdat dit misdrijf het wetens en willens aannemen van het strafbare gedrag vereist. De auteurs van het voorontwerp opteerden immers voor een altijd strafbare poging voor de misdrijven waarvan het schuldbestanddeel in een bijzonder opzet bestaat, dan wel het wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag, tenzij de andersluidende specifieke bepalingen⁹⁵. Dit geeft volgende mogelijke sancties van niveau 2:

- gevangenisstraf van 1 jaar tot ten hoogste 3 jaar en/of een geldboete van 200 EUR tot ten hoogste 5.000 EUR;
- opgelegde behandeling van 1 jaar tot ten hoogste 3 jaar⁹⁶;
- de straf onder elektronisch toezicht van 1 maand⁹⁷ tot ten hoogste 1 jaar;
- de werkstraf van meer dan 120 uur tot ten hoogste 300 uur;
- de probatiestraf van meer dan 12 maanden tot ten hoogste 2 jaar;
- de veroordeling bij schuldigverklaring (art. 10⁹⁸ *jo.* art. 37).

69. Bij aanneming van *verzachtende omstandigheden* wordt die straf vervangen door een van de straffen van niveau 2 of 1 (art. 37, vijfde lid). Voor de straffen van niveau 2, *cf.* randnr. 68. De mogelijke straffen van niveau 1 zijn:

- de geldboete van 200 EUR tot ten hoogste 20.000 EUR;
- de werkstraf van 20 uur tot ten hoogste 120 uur;
- de probatiestraf van 6 maanden tot ten hoogste 12 maanden;
- de verbeurdverklaring;
- de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel;
- de uitsluiting van het recht in te schrijven voor overheidsopdrachten of om concessies te verkrijgen voor een periode van 1 jaar tot ten hoogste 10 jaar;
- de veroordeling bij schuldigverklaring.

In het wetsvoorstel “Terwingen-Becq” werden daaraan nog toegevoegd:

- straf onder elektronisch toezicht van 1 maand tot ten hoogste 6 maanden;
- gevangenisstraf van 1 maand tot ten hoogste 6 maanden⁹⁹.

c. Rechtspersonen

70. Voor rechtspersonen geldt in beginsel ook een sanctie van *niveau 3* en die omvat een geldboete van meer dan 360.000 EUR tot ten hoogste 600.000 EUR (art. 40).

71. Zoals onder randnr. 68 al uiteengezet is de poging strafbaar met een sanctie van niveau 2 die volgende sancties omvat voor de rechtspersoon:

- geldboete van meer dan 20.000 EUR tot ten hoogste 360.000 EUR;
- de dienstverleningsstraf ten gunste van de gemeenschap voor een bedrag van meer dan 20.000 EUR tot ten hoogste 360.000 EUR;
- de probatiestraf van meer dan 12 maanden tot ten hoogste 2 jaar;

⁹⁴. BS 29 december 2016, ed. 2. *Cf.* vn. 52 bij J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 9.

⁹⁵. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 3 (*cf.* ook vn. 17 aldaar). Aangezien de poging tot witwassen onder art. 505 Sw. vandaag ook al strafbaar is, maakt de voorgestelde regeling onder art. 10 van het voorstel tot voorontwerp (of art. 10 van het wetsvoorstel Terwingen-Becq) weinig verschil met de actuele regeling. Echter zoals J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN opmerken, impliceert de voorgestelde regeling voor heel wat wanbedrijven wel een significante verruiming van de strafbaarheid van de poging. Immers daar waar deze vandaag alleen maar strafbaar is voor wanbedrijven als de wet dit uitdrukkelijk bepaalt, wordt ze in de voorgestelde regeling altijd strafbaar voor wanbedrijven die een (bijzonder) opzet vereisen. Zo merken de auteurs op dat onder voorgestelde regelingen pogingen tot misbruik van vertrouwen (art. 442 in voorontwerp, art. 419 in wetsvoorstel) en misbruik van vennootschapsgoederen (art. 443 in voorontwerp, art. 420 in wetsvoorstel), beiden misdrijven die een bijzonder opzet vereisen, wel degelijk strafbaar zullen zijn terwijl dit vandaag onder art. 491 resp. 492bis Sw. niet het geval is (J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, “Hinkstap-struikel naar het recht van morgen: daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek 1 van het Strafwetboek” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 13).

⁹⁶. In het wetsvoorstel Terwingen-Becq is de opgelegde behandeling van dezelfde duur geschrapt.

⁹⁷. In het wetsvoorstel Terwingen-Becq wordt het minimum van de straf onder elektronisch toezicht gelegd op 6 maanden tot ten hoogste 1 jaar.

⁹⁸. Art. 10, § 1, derde en vierde lid bepalen: “Behoudens afwijkende bepaling, is de poging altijd strafbaar voor de misdrijven waarvan het schuldbestanddeel in een bijzonder opzet bestaat, dan wel het wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag. De strafbare poging wordt bestraft met een straf van het onmiddellijk lagere strafniveau dan datgene gesteld op het voltooide misdrijf. De strafbare poging van een misdrijf waarop in de wet een straf van niveau 1 is gesteld, wordt bestraft met dezelfde straf als het voltooide misdrijf of, wanneer de wet voorziet in een bijkomende straf en de rechter oordeelt dat dit een gepaste straf is, met een bijkomende straf die wordt uitgesproken in plaats van de hoofdstraf.”

⁹⁹. De commissarissen J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH kunnen zich absoluut niet vinden in het feit dat op het sanctieniveau 1 toch voorzien wordt in een gevangenisstraf (J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, “Kanttekening. Ontslag van de twee leden van de Commissie tot hervorming van het Strafwetboek”, *NC*, 2018/5, 522-524).

- de cumulatie van twee straffen van niveau 1;
- de veroordeling bij schuldigverklaring (art. 10 *jo.* art. 40)¹⁰⁰.

De straffen van niveau 1 waarvan er twee kunnen worden gecumuleerd zijn:

- de geldboete van 200 EUR tot ten hoogste 20.000 EUR;
- de dienstverleningsstraf ten gunste van de gemeenschap voor een bedrag van 200 EUR tot ten hoogste 20.000 EUR;
- de probatiestraf van 6 maanden tot ten hoogste 12 maanden;
- het verbod om een activiteit die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel uit te oefenen voor een periode van 1 jaar tot ten hoogste 10 jaar;
- de verbeurdverklaring;
- de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel;
- de uitsluiting van het recht in te schrijven voor overheidsopdrachten of om concessies te verkrijgen voor een periode van 1 jaar tot ten hoogste 10 jaar;
- de sluiting van de inrichting;
- de veroordeling bij schuldigverklaring (art. 10 *jo.* art. 40)¹⁰¹.

72. Bij aanneming van *verzachtende omstandigheden* wordt die straf vervangen door een van de straffen van niveau 2 of 1 (art. 40, vijfde lid).

B. Verbeurdverklaring

1. Artikel 505 en 42, 3° Sw.

a. Het principe

73. Witgewassen vermogensvoordelen zijn het *voorwerp* van het witwasmisdrijf (art. 42, eerste lid Sw.) en moeten krachtens artikel 505, zesde en zevende lid Sw. *verplicht* worden verbeurd verklaard.

Afwijkingen op dit principe zijn:

- illegale vermogensvoordelen genereerd door het witwasmisdrijf; en
- een bijzondere toepassing van vorige afwijking, nl. vervangingsgoederen verkregen door het omzettings-

misdrijf¹⁰². Deze vallen onder de toepassing van artikel 42, 3° Sw.

b. De verbeurdverklaring ex artikel 505, zesde en zevende lid Sw.

74. De vermogensvoordelen zijn het voorwerp van het witwasmisdrijf waarvan de verbeurdverklaring verplicht is gelet op artikel 42, 1° Sw. In dit geval speelt er geen eigendomsvereiste in hoofde van de veroordeelde.

75. De regeling voorziet in de bescherming van de rechten van de derde te goeder trouw.

76. Ook de waardeconfiscatie (verbeurdverklaring bij equivalent) is mogelijk. Deze waardeconfiscatie is *ondergeschikt* aan de objectconfiscatie, en *beperkt door de limieten* van het object. Verder is bij de waardeconfiscatie voorzien in een milderingsmechanisme dat bij het 1ste witwasmisdrijf steunt op de “mate van betrokkenheid” bij de feiten, en bij het 2de en 3de witwasmisdrijf op het criterium dat “geen onredelijke zware straf” mag worden opgelegd.

c. De verbeurdverklaring ex artikel 42, 3° Sw.

77. Als de verbeurdverklaring betrekking heeft op een vermogensvoordeel uit de witwas, dan gelden volgende regels:

- ze is facultatief;
- er geldt geen eigendomsvereiste in hoofde van de veroordeelde;
- de rechten van de derde te goeder trouw zijn beschermd;
- de waardeconfiscatie is *ondergeschikt* aan de objectconfiscatie en *beperkt door de limieten* van het object en ook hier geldt een milderingsmechanisme om te vermijden dat de beklaagde een onredelijke zware straf zou worden opgelegd (art. 43bis Sw.).

78. Op 6 november 2018 nam het Hof van Cassatie een zeer belangrijk standpunt in wat betreft *de verhouding tussen de verplichte en de facultatieve verbeurdverklaring*¹⁰³. Het belang van dit arrest kan niet worden onderschat. Immers een witwashandeling die een illegaal vermogensvoordeel (bv. geld) omzet in een vervangingsgoed (bv. een onroerend goed), impliceert dat de geldsom datgene is *waarop* het

¹⁰⁰. In het wetsvoorstel Terwingen-Becq werden dezelfde straffen voorgesteld.

¹⁰¹. In het wetsvoorstel Terwingen-Becq werden dezelfde straffen voorgesteld.

¹⁰². Cass. 28 februari 2017, P.16.0261.N; Cass. 10 september 2014, P.14.0475.F, *Rev.dr.pén.* 2015, 1067, Concl. D. VANDERMEERSCH, noot V. TRUILLET; Cass. 27 april 2010, P.10.0104.N, *T.Strafr.* 2010, afl. 5, noot D. LIBOTTE; Cass. 12 januari 2010, P.09.1458.N, *T.Strafr.* 2010, afl. 5, 267, noot. Daarmee lijkt het Hof van Cassatie te zijn teruggekeerd naar de klassieke rechtsopvatting over het voorwerp van het misdrijf als datgene waarop het misdrijf wordt gepleegd. Bij een witwashandeling die een geldsom omzet in een vervangingsgoed (bv. een onroerend goed) is de geldsom in elk geval datgene waarop het omzettingsmisdrijf wordt gepleegd. Voor een meer uitgebreide commentaar, cf. F. DERUYCK, “Verbeurdverklaring bij witwassen: een steeds wonderbaarlijkere visvangst. De zoektocht naar het voorwerp van het witwasmisdrijf” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht meer ... dan ooit*, Brugge, die Keure, 2011, 265-267; P. WAETERINCKX, “Het onroerend goed als vermogensvoordeel” in J. ROZIE (ed.), *Het onroerend goed in het straf(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 79-85.

¹⁰³. Cass. 6 november 2018, P.18.0551.N.

omzettingismisdrijf wordt gepleegd¹⁰⁴. En dat leidt bij de beoordeling van de ontnezing tot een juridisch probleem. Immers wat *de facto* is verdwenen, moet verplicht worden verbeurd verklaard, terwijl wat in de plaats is gekomen facultatief kan worden verbeurd verklaard.

In zijn conclusies bij een eerder arrest van 10 september 2014 schreef advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH:

*“La loi ne paraît pas exclure la possibilité d’un cumul de la confiscation de l’objet du blanchiment et de celle des avantages patrimoniaux pour autant toutefois que celles-ci soient prononcées à charge de condamnés différents. En revanche, le cumul de confiscations relatives aux mêmes biens ou valeurs, fussent-ils entretemps convertis, dans le chef du même condamné me paraît prohibé. Dans ce dernier cas, en raison de son caractère obligatoire, seule la confiscation de l’objet du blanchiment devrait être prononcée à charge de cette personne.”*¹⁰⁵

De annotator van dit arrest, V. TRUILLET wijst bij deze legalistische oplossingen op uitvoeringsmoeilijkheden die kunnen ontstaan¹⁰⁶. Betreffende dit laatste probleem heeft het Hof van Cassatie nu recent standpunt ingenomen. Wat primeert is een *effectieve* ontneming. Zulks blijkt uit volgende heldere overweging:

*“19. Uit het voorgaande volgt dat niets zich ertegen verzet dat de rechter lastens de dader van een witwasmisdrijf niet de verplichte bijzondere verbeurdverklaring beveelt van het goed dat wordt omgezet als voorwerp van het witwasmisdrijf, maar wel de facultatieve bijzondere verbeurdverklaring van het goed na omzetting als uit het witwasmisdrijf voorkomende vermogensvoordelen.”*¹⁰⁷.

79. Schematisch ziet de huidige regeling er als volgt uit¹⁰⁸:

| | |
|---|--|
| Voorwerp van het witwassen | Vermogensvoordeel uit het witwassen (omzettingismisdrijf in de zin van art. 505, eerste lid, 3° Sw.) |
| Verplichte verbeurdverklaring (ook indien bij equivalent) | Facultatieve verbeurdverklaring |
| Geen eigendomsvereiste | Geen eigendomsvereiste |

¹⁰⁴ Cass. 28 februari 2017, P.16.0261.N; Cass. 10 september 2014, P.14.0475.F, *Rev.dr.pén.* 2015, 1067, Concl. D. VANDERMEERSCH, noot V. TRUILLET; Cass. 27 april 2010, P.10.0104.N, *T.Strafr.* 2010, afl. 5, noot D. LIBOTTE; Cass. 12 januari 2010, P.09.1458.N, *T.Strafr.* 2010, afl. 5, 267, noot. Voor een meer uitgebreide commentaar, cf. F. DERUYCK, “Verbeurdverklaring bij witwassen: een steeds wonderbaarlijkere visvangst. De zoektocht naar het voorwerp van het witwasmisdrijf” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht meer ... dan ooit*, Brugge, die Keure, 2011, 265-267; P. WAETERINCKX, “Het onroerend goed als vermogensvoordeel” in J. ROZIE (ed.), *Het onroerend goed in het straf(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 79-85.

¹⁰⁵ Concl. D. VANDERMEERSCH bij Cass. 10 september 2014, P.14.0475.F, *Rev.dr.pén.* 2015, 1069. Hij besloot dan ook: “*Dès lors que l’opération de blanchiment reprochée au demandeur consistait en la conversion en titres d’une somme d’argent provenant d’un abus de confiance, les juges d’appel ont à bon droit prononcé à charge du demandeur la confiscation – au reste obligatoire – de cette somme d’argent en tant qu’objet du blanchiment, et non celle des titres obtenus au terme de l’opération de blanchiment qui constituaient un avantage patrimonial tiré de cette infraction.*” (*Rev.dr.pén.* 2015, 1070).

¹⁰⁶ V. TRUILLET, “Confiscation en matière de blanchiment” (noot onder Cass. 10 september 2014), *Rev.dr.pén.* 2015, 1082-1086. Cf. ook C. DE VALKENNEER en V. TRUILLET, “Blanchiment et confiscation. Enjeux et prospectives”, *Dr.pén.ent.*, 2018/4, 307.

¹⁰⁷ Cass. 6 november 2018, P.18.0551.N.

¹⁰⁸ C. DE VALKENNEER en V. TRUILLET, “Blanchiment et confiscation. Enjeux et prospectives”, *Dr.pén.ent.*, 2018/4, 306.

¹⁰⁹ In het wetsvoorstel Terwingen-Becq, art. 446, laatste lid *jo.* art. 52.

| | |
|--|---|
| Waardeconfiscatie op basis van artikel 505, zesde en zevende lid Sw. | Waardeconfiscatie op basis van artikel 43bis Sw. |
| Geen schriftelijke vordering vereist ¹ | Schriftelijke vordering vereist op basis van artikel 43bis Sw. ² |

1. Hoewel veelal wenselijk met het oog op een duidelijk omlindend debat.
2. Dit kan voor het eerst in hoger beroep en het is niet vereist dat die schriftelijke vordering in elke aanleg moet worden genomen (Cass. 27 mei 2008, P.08.0362.N).

2. Het voorontwerp (art. 470, laatste lid *jo.* art. 54¹⁰⁹)

a. Het principe

80. Zaken die het voorwerp uitmaken van het witwassen moeten krachtens artikel 470, laatste lid *verplicht* worden verbeurd verklaard. Het enige verschil met artikel 54 van het voorstel tot voorontwerp (oorspronkelijk in het voorontwerp opgenomen als art. 52) is de eigendomsvereiste die bij witwassen niet speelt voor de zaken die het voorwerp van het witwassen uitmaken. Voor het overige geldt voormeld artikel 54.

81. De krachtlijnen betreffende de ontworpen/voorgestelde algemene regeling voor de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen zijn de volgende:

- het algemene uitgangspunt is de *verplichte* objectconfiscatie, m.a.w. een verbeurdverklaring met reëel karakter die betrekking heeft op de zaak zelf;
- de verbeurdverklaring kan onder bepaalde voorwaarden als hoofdstraf worden uitgesproken;
- wat vermogensvoordelen zijn blijft gelijk aan wat ze vandaag onder artikel 42, 3° Sw. omvatten;
- de rechter moet bij de uitspraak de geldwaarde ramen van wat hij verbeurd verklaart en bepalen dat de dader bij niet-uitvoering het overeenstemmende bedrag moet betalen. De persoon die de betaling moet verrichten is diegene die het goed onder zich heeft, dan wel diegene die het heeft onttrokken aan de gerechtelijke overheden. Indien die persoon niet kan worden bepaald,

wordt “de koek” verdeeld onder het aantal gekende daders of deelnemers;

- de rechter kan de raming van de geldwaarde verminderen om te vermijden dat een onredelijk zware straf zou worden opgelegd;
- voor het bepalen van het bedrag van de voordeelsontneming worden criteria naar voor geschoven onder § 2 van het artikel 54 (oorspronkelijk art. 52) van het voorontwerp¹¹⁰.

82. Als het Hof van Cassatie zijn rechtspraak handhaaft i.v.m. de omzettingen¹¹¹, dan geldt daarvoor het regime van artikel 54 omdat zoals toegelicht onder randnr. 73 de zaak die het resultaat is van de omzetting het vermogensvoordeel vormt uit de witwas.

b. Krachtlijnen van de algemene principes vervat in artikel 54 en relevant voor vermogensvoordelen

83. Hierna volgt een opsomming van de krachtlijnen:

- wat vermogensvoordelen zijn, blijft gelijk aan wat ze vandaag onder artikel 42, 3° Sw. omvatten (art. 54, § 1, 4°);
- het algemene uitgangspunt is de *verplichte* objectconfiscatie, m.a.w. een verbeurdverklaring met reëel karakter die betrekking heeft op de zaak zelf¹¹²;
- de rechter moet bij de uitspraak de geldwaarde ramen van wat hij verbeurd verklaart en bepalen dat de dader bij niet-uitvoering het overeenstemmende bedrag moet betalen. Deze regeling maakt de verbeurdverklaring bij equivalent overbodig¹¹³.

De persoon die de betaling moet verrichten is diegene die het goed onder zich heeft, dan wel diegene die het heeft onttrokken aan de gerechtelijke overheden. Indien die persoon niet

kan worden bepaald, wordt “de koek” verdeeld onder het aantal gekende daders of deelnemers.

Voor het bepalen van de tegenwaarde van het verbeurd te verklaren object haalden de auteurs van het voorontwerp de mosterd bij het huidige artikel 433*terdecies*, derde lid Sw. dat bij het misdrijf van de huisjesmelkerij voorziet in de mogelijkheid van de bijzondere verbeurdverklaring van de tegenwaarde van het roerend of onroerend goed dat werd vervreemd tussen het tijdstip waarop het misdrijf werd gepleegd en de definitieve rechterlijke beslissing¹¹⁴. De auteurs van het voorontwerp verwijzen daarbij ook naar een analoge “figuur” in douane- en accijnszaken waarbij de overtreder wordt veroordeeld tot de tegenwaarde van de verbeurd verklaarde goederen indien hij deze bij uitvoering niet kan voorleggen.

In douane- en accijnszaken bestaat hiervoor echter geen wettelijke basis en steunt de figuur op cassatierechtspraak dat de veroordeling tot de betaling van de tegenwaarde van de verbeurd verklaarde goederen een toepassing vormt van het beginsel dat elke schuldenaar van een zaak als schadevergoeding de tegenwaarde ervan moet betalen indien hij ze heeft onttrokken aan zijn schuldeiser, of wanneer hij, door zijn toedoen, tekortkomt aan de verplichting om de zaak te leveren. Het Hof voegt er nog aan toe dat de veroordeling geen straf uitmaakt, maar het civielrechtelijk gevolg is van de strafrechtelijke veroordeling tot verbeurdverklaring¹¹⁵. De jurisprudentiële creativiteit waarbij deze handelwijze wordt bestempeld als een civielrechtelijk gevolg van de strafrechtelijke veroordeling tot verbeurdverklaring staat natuurlijk haaks op het gegeven dat de veroordeling tot de “tegenwaarde” wordt beschouwd als een straf onder artikel 433*terdecies* van het Strafwetboek en ook zo wordt gekwalificeerd door de auteurs van het voorontwerp¹¹⁶:

¹¹⁰. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 142-144.

¹¹¹. Nl. dat de zaak die voortvloeit uit de omzetting een vermogensvoordeel is uit de witwas (Cass. 28 februari 2017, P.16.0261.N; Cass. 10 september 2014, P.14.0475.F, *Rev.dr.pén.* 2015, 1067, Concl. D. VANDERMEERSCH, noot V. TRUILLET; Cass. 27 april 2010, P.10.0104.N; Cass. 12 januari 2010, P.09.1458.N).

¹¹². D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1014-1015.

¹¹³. D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1016.

¹¹⁴. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 144-145.

¹¹⁵. O.a. Cass. 29 april 2014, P.14.0083.N, NC 2014, afl. 4, 318, noot P. WAETERINCKX, “Juridische ‘creativiteit’ ten dienste van de ‘kaalpluk’ bij accijns- en douanefraude”, NC 2014, afl. 4, 319-326; Cass. 15 februari 2011, P.09.1566.N, *Arr. Cass.* 2011, afl. 2, 494, *Dr.pén.entr.* 2012, afl. 4, 257, Concl. P. DUINSLAEGER. Cf. ook P. WAETERINCKX, “Twee recente ontwikkelingen van belang voor het ondernemingsstrafrecht” in F. DERUYCK (ed.), *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 141-163.

¹¹⁶. In de *memorie van toelichting* van het voorstel tot voorontwerp luidt het: “In dat verband raamt de rechter de geldwaarde van de verbeurdverklaarde zaak en veroordeelt hij, in geval van niet-uitvoering van de verbeurdverklaring, de veroordeelde tot het betalen van een bedrag dat overeenstemt met die tegenwaarde. Indien er meerdere daders of deelnemers zijn, zal enkel degene die over het verbeurdverklaarde goed beschikt of die het heeft onttrokken aan de gerechtelijke overheden, worden veroordeeld tot de betaling van het daarmee overeenstemmend bedrag. Indien niet kan worden achterhaald om wie het gaat, werd ervoor geopteerd om op zoek te gaan naar een eenvoudig systeem: elk van de daders zal worden veroordeeld tot de betaling van een deel van dat bedrag, dat wordt verkregen door het bedrag te delen door het aantal gekende daders of deelnemers. Om onbillijke veroordelingen te voorkomen, kan de rechter indien nodig de voornoemde raming van de geldwaarde verminderen teneinde de veroordeelde niet te onderwerpen aan een onredelijk zware straf.” (J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 144). Dit werd ook letterlijk overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 175).

- de rechter kan de raming van de geldwaarde verminderen om te vermijden dat een onredelijk zware straf zou worden opgelegd;
- voor het bepalen van het bedrag van de voordeelsontneming worden criteria naar voor geschoven onder § 2 van het artikel 54;
- bescherming van de rechten van de derde te goeder trouw¹¹⁷. D. VANDERMEERSCH verwijst desbetreffend naar een voorbeeld waarbij een auto wordt gekocht met opbrengsten uit drugshandel. Als de verkoper van de wagen onwetend is over de oorsprong van het geld, dan zal men enkel het voertuig bij de koper verbeurd verklaren. Weet de verkoper daarentegen wel dat de gelden waarmee de wagen wordt gekocht een illegale oorsprong hebben, dan zal naast de verbeurdverklaring van de wagen bij de koper, ook de koopsom in handen van de verkoper worden verbeurd verklaard¹¹⁸.

C. Andere bijkomende straffen

1. Artikel 505 Sw.

a. Ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten (art. 31, eerste lid jo. art. 33, eerste lid Sw.)

84. Deze bijkomende straf is facultatief en tijdelijk (5 tot 10 jaar).

b. De ontzetting van het kiesrecht (art. 31, tweede lid jo. art. 33bis Sw.)

85. Deze bijkomende straf is facultatief en tijdelijk (5 tot 10 jaar).

c. Beroepsverbod in de zin artikel 1, f) van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934

86. Ook deze straf is facultatief en tijdelijk (3 tot 10 jaar). Recent bevestigde het Hof van Cassatie dat deze sanctie ook kan worden toegepast op rechtspersonen¹¹⁹.

d. Ontbinding van de rechtspersoon (art. 35 Sw.)

87. Deze zeer strenge straf geldt alleen als de rechtspersoon is opgericht om wit te wassen, dan wel als de rechtspersoon opzettelijk van zijn doel is afgewend om wit te wassen.

88. Het dient opgemerkt dat, in tegenstelling tot de ontbinding van de rechtspersoon, een veroordeling tot witwassen als dusdanig geen grondslag kan omvatten tot het tijdelijk of het definitief verbod een werkzaamheid te verrichten die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel van de rechtspersoon (art. 36 Sw.), tot de tijdelijke of definitieve sluiting van één of meer inrichtingen van de rechtspersoon (art. 37 Sw.) of tot de publicatie en/of verspreiding van het vonnis (art. 37bis Sw.). Die sancties zijn maar mogelijk als de wet er uitdrukkelijk in voorziet. Artikel 505 Sw. voorziet niet in dergelijke sancties.

2. Het voorontwerp

a. Ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten (art. 56)

89. Deze bijkomende straf is facultatief en tijdelijk (5 tot 10 jaar).

b. Een algemeen beroepsverbod¹²⁰ (art. 57)

90. Ook deze straf is facultatief en tijdelijk (1 tot 5 jaar).

c. De geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel (art. 55¹²¹)

91. Artikel 505 Sw. voorziet niet in een dergelijke regeling. De auteurs van het voorontwerp oordeelden het pertinent om diegene die op winstbejag uit was bij het plegen van het misdrijf, bovenop de verbeurdverklaring op significante wijze financieel te straffen. Aldus treft men die persoon niet enkel door het ongeoorloofde voordeel terug te vorderen, maar ook door hem te veroordelen tot de betaling van het tweevoud of het drievoud van dat voordeel¹²².

¹¹⁷ Het regelen van de termijn en de modaliteit wordt door art. 54 *in fine* overgelaten aan de Koning. Het is te hopen dat i.t.t. de regeling zoals die thans bestaat onder het KB, de bevoegdheid wordt gelegd bij een strafrechtscollege en niet bij een burgerlijke rechter die niet vertrouwd is met de figuur van de voordeelsontneming (cf. J. ROZIE en P. WAETERINCKX, “Actualia verbeurdverklaring (2010-2015): alles stroomt, niets is blijvend”, *NC* 2015, afl. 5, 421-426).

¹¹⁸ D. VANDERMEERSCH, “Les infractions de recel et de blanchiment à l’heure actuelle de la réforme du Code pénal” in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Brussel, Bruylant, 2019, 1015-1016.

¹¹⁹ Cass. 30 april 2019, P.18.1265.N.

¹²⁰ Dit beroepsverbod heeft betrekking op het verbieden aan de beklagde om zijn beroep uit te oefenen indien hij daarvan ernstig misbruik heeft gemaakt om het misdrijf te plegen. Deze invulling verschilt van het huidig beroepsverbod onder art. 1 van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 op het verbod om persoon of door een tussenpersoon, de functie van bestuurder, commissaris of zaakvoerder te vervullen. Het beroepsverbod heeft een algemene draagwijdte (J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 147-149). Deze bepaling werd ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder art. 55.

¹²¹ Deze bepaling werd ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder art. 53.

¹²² J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 145.

Artikel 55 van het voorontwerp dat deze sanctie regelt voorziet in volgende voorwaarden:

- een som die kan worden geïnd als een geldboete. Volgend voorbeeld wordt aangehaald in de *memorie van toelichting* van het voorontwerp. Een dader die door fraude of oplichting 20.000 EUR zou hebben verkregen, zou naast de andere (hoofd)straffen waarin is voorzien, worden veroordeeld tot de verbeurdverklaring van die 20.000 EUR (terugvordering van het uit het misdrijf behaalde vermogensvoordeel); maar tevens zou hij kunnen worden veroordeeld tot betaling van een som van ten hoogste 60.000 EUR als geldstraf, vastgesteld op grond van het uit het misdrijf behaalde voordeel. Deze straf heeft tot doel de dader van het misdrijf geldelijk te straffen in verhouding tot de concrete financiële inzet van het misdrijf¹²³;
- het misdrijf beoogde rechtstreeks of onrechtstreeks een vermogensvoordeel te behalen¹²⁴;
- de som kan maximum het drievoud van het (verhoopte) vermogensvoordeel omvatten;
- de som moet in verhouding tot financiële draagkracht en sociale toestand (natuurlijke persoon) of tot zijn financiële draagkracht, zijn omzet en zijn omvang (rechtspersoon).

Vandaag laten artikelen 163 en 195 Sv. al toe rekening te houden met de precaire financiële en de sociale toestand. Het Mensenrechtenhof en het Grondwettelijk Hof bogen zich al over de vraag wanneer bepaalde vermogensstraffen zoals geldboetes een disproportionele impact kunnen hebben op het vermogen van de veroordeelde persoon. Gelet op artikel 1 van het eerste aanvullend protocol bij het EVRM (verder “EAP”) dat rechtstreekse werking heeft, mag de beoordelingsvork waarover de rechter beschikt niet buitensporig zijn. De rechter die de sanctie moet opleggen dient dus *in concreto* te toetsen aan voormelde bepaling¹²⁵.

Het Mensenrechtenhof toetst het al dan niet proportioneel karakter aan het gegeven of de bestraffingen een determinerende invloed hebben gehad op de algemene financiële toestand van de veroordeelde. Of het daarbij gaat om een individu dan wel een zeer grote onderneming doet niet ter zake¹²⁶.

Wat er schuilt achter termen als de financiële draagkracht is niet altijd gemakkelijk te bepalen, zeker niet bij rechtspersonen. Zo rijst de vraag hoe bij een rechtspersoon de financiële draagkracht moet worden berekend? Waarmee moet men dan rekening houden: liquiditeit, solvabiliteit, eigen vermogen, verhouding eigen-vreemd vermogen, ...? Riskeert bij een onoordeelkundige rechterlijke beoordeling een bedrijf met gigantische omzet maar kleine brutomarge verhoudingsgewijs meer te moeten betalen dan een KMO met een hoge brutomarge? Het is duidelijk dat de ruimte voor discussie en de complexiteit bij rechtspersonen veel ruimer is dan bij natuurlijke personen. Hierbij doemt ook het spook op van de gelijke behandeling. M.i. kan die laatste alleen maar worden bereikt in een zo correct mogelijke begroting van de financiële draagkracht van de betrokkene. De Hoge Raad voor de Justitie waarschuwde ervoor dat de appreciatie van de criteria rond het bepalen van de financiële draagkracht talloze bijkomende debatten met zich mee dreigt te brengen. In het voorstel “Terwingen-Becq” lijkt de wetgever er nogal gerust in dat het zo’n vaart niet zal lopen¹²⁷. Wellicht ligt de waarheid ergens in het midden. In doorsneezaken zal het wellicht inderdaad niet zo’n vaart lopen; in zaken waar het vermogen van een bedrijf op de helling riskeert te staan kan men zich wellicht verwachten aan forse debatten; terecht overigens ...¹²⁸.

92. De geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel betreft een facultatieve straf.

93. VANHEULE en VERBRUGGEN hebben vragen bij de afbakening tussen de geldboete die zij bestempelen als welomlijnd, de geldstraf en de voordeelsontneming (zijnde de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen)¹²⁹. De geldboete zien zij als een gesloten welomlijnd geheel terwijl zij de geldstraf bestempelen als een open categorie omwille van de ondergeschiktheid aan het verwachte¹³⁰ voordeel. Men kan de auteurs in die zin bijtreden dat het verwachte voordeel het voorwerp van debat zal moeten uitmaken waarbij de bewijslast rust op het Openbaar Ministerie. In bepaalde gevallen zal dit bedrag duidelijk meetbaar zijn, in andere gevallen riskeert het aanleiding te geven tot zeer complexe discussies, net zoals dit het geval kan zijn bij het bepalen van de financiële draagkracht.

^{123.} D. VANDERMEERSCH, “La peine pécuniaire déterminée en fonction du profit escompté de l’infraction: une peine percutante en réponse à la délinquance fondée sur le profit” in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Het strafrecht bedreven. Liber amicorum A. De Nauw*, Brugge, die Keure, 2011, 857-874.

^{124.} Opmerking: witwassen strekt er dikwijls toe een vooraf behaald voorwerp te behouden. De roeping van deze boete lijkt in die gevallen eerder te liggen bij het basismisdrijf.

^{125.} F. KEFER, *Le droit pénal du travail: réponses originales à la délinquance d’entreprise*, Brugge, die Keure, 1997, 361-363.

^{126.} Cf. EHRM 18 juni 2013, nr. 17118/04, *S.C. Complex Herta Import Export S.R.L. Lipova / Roemenië*; EHRM 6 november 2008, nr. 30352/03, *Ismayilov / Rusland*; EHRM 26 februari 2009, nr. 28336/02, *Grijhorst / Frankrijk*; EHRM 11 januari 2007, nr. 35533/04, *Mamidakis / Griekenland*; EHRM 20 september 2011, nr. 15601/09, *Cunha Oliveira / Portugal*; EHRM 3 juli 2003, *Buffalo S.R.L. in vereffening / Italië*.

^{127.} Wetsvoorstel Terwingen-Becq, p. 169. Zie ook J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek 1 van het Strafwetboek” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 48.

^{128.} Cf. ook V. FRANSEN en S. VAN DYCK, “Holsters op maat voor de bestraffing van ondernemingen? Eerst goed mikken, dan pas schieten” in X, *De wet voorbij. Liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 528-529.

^{129.} J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, “Hink-stap-struikel naar het recht van morgen: daderschap, deelneming en (een beetje) bestraffing in het nieuwe boek 1 van het Strafwetboek” in THEMIS, *Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 52.

^{130.} Naar het effectief behaalde voordeel wordt niet verwezen. Wellicht omdat zulks meetbaar is en dus ook zonder “rekenkundige” discussie inpasbaar.

Verder betreuen zij wat zij wellicht als een dubbel gebruik zien, nl. het bestaan van de verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag en de geldstraf. In het bijzonder omdat de verbeurdverklaring wordt bestempeld als een straf, terwijl zowel in het voorontwerp¹³¹ als in het wetsvoorstel¹³² wordt benadrukt dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen veeleer een teruggavemaatregel omvat dan een straf “aangezien deze verbeurdverklaring ertoe strekt de delinquent een voordeel te ontnemen dat hij nooit zou hebben behaald als hij het misdrijf niet had gepleegd”¹³³. Zowel voorontwerp als voorstel benadrukken echter ook uitdrukkelijk dat indien het de bedoeling is de veroordeelde te bestraffen op financieel vlak, de rechter kan teruggrijpen naar de geldboete of naar de geldstraf, vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf gehaalde voordeel¹³⁴.

d. Sancties en een maatregel (!) die rechtstreeks ingrijpen op de continuïteit van de onderneming

i. Algemeen

94. Zoals onder randnr. 87 aangegeven, kan witwassen onder de huidige regeling van artikel 505 Sw. met uitzondering van het beroepsverbod en de toch ook wel uitzonderlijke straf van de ontbinding, geen aanleiding geven tot straffen die ingrijpen op de bedrijfsvoering en zelfs de continuïteit van het bedrijf. De auteurs van het voorontwerp¹³⁵ beogen hierin verandering te brengen door de rechter een veel ruimer gamma aan straffen ter beschikking te stellen.

ii. De uitsluiting van het recht in te schrijven voor overheidsopdrachten of om concessies te verkrijgen¹³⁶ (art. 60)

95. Ook deze straf is facultatief en tijdelijk (1 tot 5 jaar).

iii Het verbod om een activiteit uit te oefenen die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel¹³⁷ (art. 44)

96. Ook deze straf is facultatief en tijdelijk (1 tot 10 jaar)

en kan nooit betrekking hebben op werkzaamheden van openbare dienstverlening.

iv. De ontbinding van de rechtspersoon (art. 71)¹³⁸

97. De ontbinding van de rechtspersoon wordt niet meer opgenomen als straf maar als een beveiligingsmaatregel.

98. Het huidige artikel 7bis Sw. is opgenomen in Boek I (De misdrijven en de bestraffing in het algemeen), Hoofdstuk II (Straffen), Afdeling 1 (Verschillende soorten van straffen).

Dit artikel bepaalt:

“De straffen toepasselijk op misdrijven door rechtspersonen zijn:

(...)

In criminele en correctionele zaken:

1° de ontbinding; deze kan niet worden uitgesproken ten aanzien van de publiekrechtelijke rechtspersoon;

(...)”

99. Het huidige artikel 35 Sw. is opgenomen in Boek I (De misdrijven en de bestraffing in het algemeen), Hoofdstuk II (Straffen), Afdeling 5 (Straffen aan misdaden en wanbedrijven gemeen), Onderafdeling 2 (Straffen aan misdaden en wanbedrijven gemeen toepasselijk op rechtspersonen).

Dit artikel bepaalt:

“Ontbinding kan door de rechter worden uitgesproken, wanneer de rechtspersoon opzettelijk is opgericht om de strafbare werkzaamheden te verrichten waarvoor hij wordt veroordeeld of wanneer hij opzettelijk van zijn doel is afgewend om dergelijke werkzaamheden te verrichten.

Wanneer de rechter de ontbinding uitspreekt, verwijst hij de zaak naar het gerecht dat bevoegd is kennis te nemen van de vereffening van de rechtspersoon.”

¹³¹. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 145.

¹³². Wetsvoorstel Terwingen-Becq, 176.

¹³³. Dit sluit aan bij de visie in Nederland dat de voordeelsontneming een reparatoir oogmerk heeft waarvan het doel erin bestaat een onrechtmatige toestand te herstellen doordat aan de bevoordeelde wordt ontnomen wat hem rechtens niet toekwam (P.M. VAN RUUSSEN GROEN, “Het ontnemen van voordeel bij gebreken in de vergunning”, *Strafblad* 2016, afl. 1, 24-25; cf. ook F.H.H. SUIJERS, “Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel en fiscaliteit: geen gelukkig huwelijk”, *Strafblad* 2016, afl. 1, 51). In Nederland is de ontneming echter expliciet opgenomen als een maatregel onder art. 36e van het Strafwetboek (Titel IIA. Maatregelen, Eerste afdeling. Onttrekking aan het verkeer, ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en schadevergoeding) en wordt deze afgewikkeld via een afzonderlijke procedure opgenomen in de art. 511b t.e.m. 511i van het Wetboek van Strafvordering. Voor een analyse van deze procedure kan de lezer terecht bij M. BORGERS, “Het procesrechtelijk raamwerk van de ontnemingsmaatregel” in M. BORGERS en J. ROZIE, *Voordeelsontneming. De procesrechtelijke invalshoek*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 60-79. In België geldt de voordeelsontneming als een bijzondere vorm van verbeurdverklaring onder art. 42, 3° Sw. (J. ROZIE, “Ontneming in België”, *Strafblad* 2016, afl. 1, 57; J. ROZIE en P. WAETERINCKX, “Actualia verbeurdverklaring (2010-2015): alles stroomt, niets is blijvend”, *NC* 2015, afl. 5, 397-38).

¹³⁴. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 142; wetsvoorstel Terwingen-Becq, 171.

¹³⁵. Evenals het voorstel Terwingen-Becq.

¹³⁶. Deze bepaling werd ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder art. 58.

¹³⁷. Deze bepaling werd ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder art. 43.

¹³⁸. Deze bepaling werd ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder art. 69.

100. In de *memorie van toelichting* leest men bij deze straf volgende toelichting:

“Het wetsvoorstel voorziet daarenboven drie specifieke straffen voor de rechtspersonen: de ontbinding, het verbod een activiteit uit te oefenen die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel en de sluiting van één of meer inrichtingen. Het gaat hier om straffen die, indien ze toegevoegd worden aan de hoofdstraf die de geldboete is, erg zwaar kunnen zijn. Ze zullen derhalve niet in alle gevallen door de rechter kunnen worden uitgesproken.

*De ontbinding, de ‘doodstraf’ voor de rechtspersoon, kan enkel uitgesproken worden indien aangetoond wordt dat de veroordeelde rechtspersoon opzettelijk werd opgericht met het doel de misdaden of wanbedrijven te plegen waarvoor zij werd veroordeeld of zij hiertoe van haar doel werd afgewend. Enkel de rechtspersonen die zich reeds vanaf hun creatie in de illegaliteit geplaatst hebben zullen dus ontbonden kunnen worden krachtens deze bepaling. Het tekstvoorstel van de Raad van State ter zake werd overgenomen.”*¹³⁹.

Dit werd nog eens herhaald in het verslag namens de Commissie voor de Justitie¹⁴⁰.

101. Als men de tekst van het huidig artikel 35 Sw. grondig leest, dan merkt men dat de wetgever de ontbinding viseert van een rechtspersoon *die wordt gebruikt als instrument* in handen van de natuurlijke persoon om misdrijven te plegen voor eigen profijt. Dit impliceert dat men een rechtspersoon straft terwijl hij niet zelf strafbaar handelde, maar werd gebruikt als instrument om het misdrijf te plegen. Dit gaat regelrecht in tegen het principe van het schuldstrafrecht en de wil van de wetgever in 1999. Vandaar wordt ervoor geopteerd om in navolging van het advies van de Raad van State¹⁴¹ de ontbinding voortaan als *beveiligingsmaatregel* te bestempelen. De *ratio legis* is immers de verwijdering uit het rechtsverkeer mogelijk te maken van rechtspersonen die zijn opgericht om strafbare feiten te plegen, dan wel waarvan het doel doorheen de tijd erin bestaat strafbare feiten te plegen.

102. Dat de ontbinding niet kan worden uitgesproken t.a.v. publiekrechtelijke rechtspersonen werd verantwoord door het feit dat publiekrechtelijke rechtspersonen in beginsel belast zijn met het beheren van een openbare dienst. Ons recht kent eveneens het begrip “functionele openbare dienst”. De overheid draagt met andere woorden geregeld het beheer van een openbare dienst op aan privaatrechtelijke rechtspersonen via concessies en erkenningen. Men moet

derhalve voorkomen dat die privaatrechtelijke personen (vaak VZW’s) die een opdracht van openbare dienst uitoefenen, kunnen worden ontbonden ten nadele van de gemeenschap. Op die rechtspersonen is overigens het beginsel van de continuïteit van de openbare dienstverlening van toepassing¹⁴².

103. In het verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Verherstraeten werd een debat gevoerd over de reikwijdte van de ontbinding. De kernvraag daarbij was vooral het artikeldeel waar de ontbinding mogelijk is als de rechtspersoon opzettelijk wordt afgewend van zijn doel. Volgens de vertegenwoordiger van de minister betekent dit dat uit de feiten moet blijken of de rechtspersoon nog het doel volgt waarvoor hij werd opgericht. Daarbij is het irrelevant of slechts een deel of alle werkzaamheden van die rechtspersoon strafbaar zijn. Wat telt is dat het doel het verrichten van strafbare handelingen is geworden¹⁴³.

Op de keper beschouwd, betekent de formulering “*is opgericht om de strafbare werkzaamheden te verrichten waarvoor hij wordt veroordeeld of wanneer hij opzettelijk van zijn doel is afgewend om dergelijke werkzaamheden te verrichten*” dat de rechtspersoon *ab initio* tot doel heeft strafbare handelingen te verrichten¹⁴⁴ (bv. een vennootschap die wordt opgericht als zuivere stovenootschap in een btw-carroussel, een restaurant of immobiliënkantoor dat dient als witwasvehikel van drugsopbrengsten van een criminele organisatie¹⁴⁵) dan wel dat hij gaandeweg zijn bestaan een instrument is geworden om misdrijven te plegen (bv. een legitiem boekhoudkantoor dat gaandeweg enkel nog gelden helpt witwassen voor een criminele organisatie, een interimkantoor dat zich gaandeweg alleen nog inlaat met mensenhandel en illegale tewerkstelling, enz.).

Het hoeft geen betoog dat de feitelijke beoordeling of een vennootschap is afgewend van zijn doel om nog alleen strafbare handelingen te verrichten veel subtieler en genuanceerder is dan de feitelijke vaststelling dat een vennootschap vanaf de oprichting is gecreëerd om strafbare feiten te plegen.

104. Er bestaat in het Belgisch strafrecht geen objectieve strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon voor de daad van de natuurlijke persoon en *vice versa*. Een misdrijf dient zowel materieel als moreel toerekenbaar te zijn aan de vervolgte rechtspersoon. Men volgt hiermee de strafrechtelijke logica: “Wie het misdrijf pleegt, wordt

¹³⁹. *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/1, 9.

¹⁴⁰. *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/6, 13.

¹⁴¹. Adv.RvS 27 maart 2017, nr. 60.893/3, randnr. 154.

¹⁴². *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/3, 3.

¹⁴³. *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2093/5, 32-33.

¹⁴⁴. Dit was ook al aan de orde in het verslag namens de Commissie voor de Justitie in de Senaat (*Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/6, 13).

¹⁴⁵. Dit impliceert dat een rechtspersoon louter opgericht om misdrijven te plegen toch een “legaal” kleedje kan hebben naar de buitenwereld toe (J.-Y. MARECHAL, “Fascicule 10: peines applicables aux personnes morales. Peines criminelles et correctionnelles”, *Jurisclasseur*, n° 45). Deze auteur verwijst ook naar Cass. crim. 16 december 2015, nr. 14-85.667, *Jurisdata*, nr. 2015-028193.

gestraft.¹⁴⁶ Men zal dus steeds geval per geval moeten nagaan of de (rechts)persoon zelf schuld heeft aan de inbreuk¹⁴⁷.

Het kan niet voldoende worden benadrukt dat het individuele en persoonlijke karakter van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid de hoeksteen vormt van ons Belgisch strafrecht dat schuldstrafrecht is. Het is primordiaal dat er een persoonlijke fout wordt vastgesteld¹⁴⁸. Dit principe van het schuldstrafrecht is overigens neergeschreven in voorontwerp onder artikel 17:

“Niemand is strafrechtelijk verantwoordelijk dan voor zijn eigen daden.”

105. Oorspronkelijk hadden de auteurs van het voorontwerp de ontbinding als straf geregeld in:

- artikel 38 onder Hoofdstuk 4 (Straffen), Afdeling 4 (Op rechtspersonen toepasselijke straffen), Onderafdeling 1 (Hoofdstaffen en bijkomende straffen). Dit ontwerpartikel bepaalt:

“In de door de wet bepaalde gevallen en behoudens de in bijzondere wetten bepaalde straffen, zijn de op de misdaden en wanbedrijven toepasselijke bijkomende straffen:

- (...)
- ontbinding;
- (...);
- artikel 40 onder Hoofdstuk 4 (Straffen), Afdeling 4 (Op rechtspersonen toepasselijke straffen), Onderafdeling 2 (Bepalingen betreffende de specifieke straffen toepasselijk op de rechtspersonen). Dit ontwerpartikel bepaalt:

“Ontbinding kan door de rechter worden uitgesproken, wanneer de rechtspersoon opzettelijk is opgericht om de strafbare werkzaamheden te verrichten waarvoor hij werd veroordeeld of wanneer hij opzettelijk van zijn doel is afgewend om dergelijke werkzaamheden te verrichten. De ontbinding kan niet worden uitgesproken ten aanzien van een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Wanneer de rechter de ontbinding uitspreekt, verwijst hij de zaak naar het gerecht dat bevoegd is kennis te nemen van de vereffening van de rechtspersoon.”

106. Die initiële regeling in het voorontwerp verschilde dus behoudens wat cosmetische wijzigingen in niets van de regeling in de huidige artikelen 7bis en 35 Sw.

De toelichting onder het ontwerpartikel refereerde ook uitdrukkelijk aan beide artikelen. In de toelichting voegden de auteurs van het voorontwerp nog toe dat als de wettelijke voorwaarden zijn vervuld, deze straf dan kan worden opgelegd als hoofdstraf van niveau 1 of van niveau 2 wanneer zij samen met een andere straf van niveau 1 wordt uitgesproken, of als bijkomende straf¹⁴⁹.

107. Over de aard van de ontbinding kon dus geen twijfel bestaan. Zij wordt zowel onder de huidige regelgeving als onder de initieel ontworpen regelgeving beschouwd als een straf.

108. De vraag rijst echter of die definiëring als straf wel strookt met de wettekst. Ook de Raad van State maakte zich die bedenking onder randnr. 154 van advies 60.893/3 van 27 maart 2017:

“De ontbinding van de rechtspersoon, zoals die is omschreven in het ontworpen artikel 40, eerste lid, zou kunnen worden beschouwd als een beveiligingsmaatregel eerder dan als een straf. Mocht dit in de bedoeling liggen, dan zou dit artikel op een andere plaats moeten worden ondergebracht.” (eigen benadrukking).

109. Gelet op de libellering van het initieel voorgestelde artikel 40 was de opmerking van de Raad van State terecht. De tekst analoog zijnde aan het huidige artikel 35 Sw. omvat een situatie waarin de rechtspersoon feitelijk een instrument is via hetwelk een misdrijf wordt gepleegd i.p.v. een autonoom strafbare dader met een eigen wil.

110. Uiteindelijk werd geopteerd voor de ontbinding als maatregel.

¹⁴⁶ Cf. Parl.St. Senaat 1998-99, nr. 1217/1, 2 (memorie van toelichting); A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon”, *CBR Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen, Maklu, 2000, 15.

¹⁴⁷ P. TRAEST, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *TRV* 1999, 460-463.

¹⁴⁸ Cf. o.a. het vonnis betreffende de burgemeester van de West-Vlaamse gemeente Damme die zich mocht verantwoorden n.a.v. een dodelijk verkeersongeval wegens een onvoldoende verlichte gemeenteweg. Hij werd na een verbreking en verwijzing door het Hof van Cassatie vrijgesproken wegens het ontbreken van een persoonlijke fout (Cort. Kortrijk 18 september 2008, *onuitg.*).

¹⁴⁹ J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, p. 122.

D. Verzwarende omstandigheden^{150,151} in overweging te nemen bij de keuze van de straf of de maatregel en de zwaarte ervan (art. 471)¹⁵²

111. De rechter moet de volgende omstandigheden in aanmerking nemen bij de keuze van de straf of maatregel en de zwaarte ervan:

- de dader wist dat een minderjarige of een kwetsbare persoon werd ingezet voor het plegen van het basismisdrijf;
- de geheelde of witgewassen vermogensvoordelen komen voort uit een basismisdrijf strafbaar met een straf van niveau 7 of 8 en de dader had kennis van de bestanddelen waaraan de wet een dergelijke straf hecht;
- de dader van het witwasmisdrijf is een meldingsplichtige entiteit gevestigd in België, in een ander land van de Europese Economische Ruimte of een derde land dat gelijkaardige verplichtingen oplegt en deze heeft het misdrijf gepleegd in het kader van de uitoefening van zijn beroepsactiviteiten;
- de dader heeft een contractuele relatie met een meldingsplichtige entiteit en het witwasmisdrijf werd gepleegd in het kader van de uitoefening van zijn beroepsactiviteiten;
- het witwasmisdrijf werd gepleegd in het kader van een criminele organisatie¹⁵³.

112. Deze regeling moet samen met artikel 29 van het voorstel tot voorontwerp worden gelezen dat bepaalt dat de wet kan voorzien in verzwarende omstandigheden die de rechter in overweging moet nemen wanneer hij de straf of de maatregel en de zwaarte ervan kiest, zonder dat hij een straf van een hoger niveau mag opleggen.

E. De wettelijke herhaling

1. Artikel 505 Sw.

113. Vanuit het standpunt van witwassen als nieuw feit (een wanbedrijf) gelden thans volgende regels:

- witwassen (een wanbedrijf) na een wanbedrijf: artikel 56, tweede lid Sw.;
- witwassen na een misdaad: artikel 56, eerste lid Sw.

Die herhaling is:

- algemeen;
- tijdelijk voor witwassen na een wanbedrijf (art. 56, tweede lid Sw.) of permanent voor witwassen na een misdaad (art. 56, eerste lid Sw.);
- facultatief.

2. Het voorontwerp (art. 472 jo. 63¹⁵⁴)

114. Het voorontwerp voorziet in een regeling van *bijzondere herhaling*, nl. herhaling voor heling of witwassen na heling of witwassen (specialiteitsvereiste).

Dit kan aanleiding geven tot een straf van het onmiddellijk hoger niveau als:

- nog geen 5 jaar is verlopen op het ogenblik van het plegen van de “nieuwe heling/witwas” vanaf de dag waarop de vorige veroordeling voor heling/witwas in kracht van gewijsde is getreden;
- die termijn wordt verlengd met de termijn waarin de gevangenisstraf wordt uitgevoerd met uitzondering van de periode van vervroegde invrijheidsstelling.

Die herhaling is:

- bijzonder;
- tijdelijk;
- facultatief (*kan* aanleiding geven tot een straf van het onmiddellijk hogere niveau).

^{150.} De huidige art. 505*bis* en 506 Sw. hebben uitsluitend betrekking op de heling (A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters-Kluwer, 2018, nrs. 1278-1279).

^{151.} Het voorontwerp maakt een onderscheid tussen verzwarende bestanddelen en verzwarende omstandigheden. Met het invoeren van verzwarende omstandigheden beogen de auteurs van het voorontwerp het bestaffingssysteem te vereenvoudigen. De verzwarende bestanddelen omvatten bestanddelen die in de ogen van de wetgever een stijging van een of meer trappen in de straffenschaal tot gevolg moeten hebben. Dit i.t.t. de omstandigheden waarbij de wetgever wil dat zij door de rechter in aanmerking worden genomen bij het vaststellen van de straf. Voor de verzwarende bestanddelen moet de wetgever dan de onmiddellijk toepasselijke straf voor het verzwaarde misdrijf vaststellen (een straf van één of meerdere niveaus hoger dan het basismisdrijf), aangezien dat misdrijf praktisch verhoogd is tot de rang van een autonome strafbaarstelling. Wat betreft de verzwarende omstandigheden die overgelaten worden aan de beoordeling van de rechter, behoort de wetgever ze ten aanzien van de basisstrafbaarstellingen te verwoorden als “omstandigheden die de rechter in aanmerking moet nemen bij het maken van zijn keuze en het vaststellen van de strafmaat” (J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 54-57, i.h.b. 57). Dit werd ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 40-45, i.h.b. 45). De verzwarende omstandigheden onder art. 471 betreffen dus de categorie waarvan de wetgever wil dat zij door de rechter in aanmerking worden genomen *bij het vaststellen van de straf*.

^{152.} Letterlijk overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder art. 447 (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 1002-1003).

^{153.} De wetgever zou nog kunnen bijsturen in functie van wat art. 6 richtlijn nr. 2018/1673 bepaalt. Dit artikel laat toe om als verzwarende omstandigheid rekening te houden met de aanzienlijk waarde van het witgewassen voorwerp, of wanneer het witgewassen voorwerp bv. voortkomt uit corruptie, terrorisme of drughandel. Cf. ook M. FERNANDEZ-BERTIER en B. SAEN, “La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d’argent au moyen du droit pénal: analyse et impact anticipé en droit belge”, *Dr.pén.ent.*, 2019/2, 99.

^{154.} Deze bepalingen werden overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq onder resp. art. 478, eerste lid dat de bijzondere herhaling omvat voor wanbedrijven onder de titel misdrijven tegen het vermogen voor zover wordt voldaan aan de voorwaarden onder het algemene art. 61. De herhaling is bijzonder, tijdelijk en facultatief. Zij kan aanleiding geven tot een straf van het onmiddellijk hogere niveau (zonder dat evenwel een zwaardere straf dan een straf van niveau 6 kan worden opgelegd).

Een dergelijke bijzondere herhalingsregeling i.v.m. misdrijven waartussen een identiteit bestaat, zit vandaag bijvoorbeeld al vervat in de strafbepalingen die de IT-misdrijven regelen¹⁵⁵, artikel 108 Soc.Sw.¹⁵⁶ en artikel XV.72 WER¹⁵⁷.

F. De strafbare deelneming

1. Artikel 505 Sw.

115. Thans geldt de volgende regeling:

- artikel 66 Sw.: mededaders worden bestraft zoals de daders;
- artikel 67 *jo.* 69 Sw.: medeplichtigen aan witwassen worden bestraft met een straf die maximum 2/3 bedraagt van de straf als dader.

2. Het voorontwerp

116. Het voorontwerp wijzigt de huidige regeling gevoelig in de volgende zin:

- artikel 20:
 - afschaffing onderscheid mededader en medeplichtige; en
 - deelnemers kunnen worden gestraft als daders;
- artikel 21 voorziet in een doorwerking van de objectieve verzwarende omstandigheden naar de deelnemer¹⁵⁸.

G. Recapitulatieve tabel

117. Tijdens de studiedag van 3 mei 2019 “Naar een nieuw Strafwetboek – Un nouveau Code pénal pour le futur?” vatte collega M. FERNANDEZ-BERTIER de oude versus de ontworpen regeling helder samen in volgende voorbeeldtabel¹⁵⁹:

- Witwassen van een bedrag van 1.000.000 EUR

| Vermogensstraf | Huidige regeling onder artikel 505 Sw. | Voorontwerp |
|----------------|--|--|
| Geldboete | NP ¹ max. 800.000 EUR ² RP ³ max. 1.600.000 EUR ⁴ | NP: max. 10.000 EUR RP: max. 600.000 + 10.000 EUR |

| Verbeurdverklaring | 1.000.000 EUR | 1.000.000 EUR |
|--|--|--|
| Geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel | Nihil | 3.000.000 EUR (max drievoud – art. 55) |
| Totaal | NP: max. 1.800.000 EUR RP: max. 2.600.000 EUR | NP: 4.010.000 EUR RP: 4.610.000 EUR |

1. Natuurlijke persoon.
2. 100.000 x 8 opdecimes.
3. Rechtspersoon.
4. 60 maanden x 2.000 = 120.000 EUR, maar maximumboete mag niet lager zijn dan het dubbele van de maximumboete voor de natuurlijke persoon (art. 41bis Sw.), zijnde 100.000 x 2 = 200.000 EUR. Vermenigvuldigd met 8 opdecimes geeft dit een bedrag van 1.600.000 EUR.

Het valt op dat zonder de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf gehaalde voordeel, de huidige bestraffing *in globo* zwaarder is dan de voorgenomen bestraffing. Hoe de toepassing in de tijd is geregeld wordt hierna uiteengezet onder § 5 uiteengezet. Daaruit zal blijken dat de tabel niet in zijn geheel op basis van het totaal kan worden toegepast.

§ 5. De toepassing van de strafwet in de tijd – Artikel 2 voorontwerp

A. Principe

118. Dit nieuwe artikel bepaalt:

“Niemand kan worden bestraft voor een handelen of nalaten dat niet bij wet strafbaar was ten tijde van dat handelen of nalaten.

Evenmin kan een zwaardere hoofd- of bijkomende straf worden opgelegd dan die waarin ten tijde van het plegen van het misdrijf bij wet was voorzien.

In geval van wijziging van de strafwet na het plegen van het misdrijf gelden de voor de dader meest gunstige bepalingen.”¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Valsheid in informatica (art. 210bis, § 4 Sw.), af luisteren, onderscheppen en kennismaken van privécommunicatie (art. 259bis, § 4 Sw. en 314bis, § 4 Sw.), informaticabedrog (art. 504quater, § 3 Sw.) en misdrijven tegen informaticasystemen en -gegevens (art. 550bis, § 8 en 550ter, § 5 Sw.).

¹⁵⁶ “Bij herhaling binnen het jaar dat volgt op een veroordeling voor een inbreuk op de bepalingen van Boek 2, kan de straf op het dubbele van het maximum worden gebracht.”

¹⁵⁷ “In geval van herhaling binnen een termijn van vijf jaar te rekenen van een in kracht van gewijsde gegane veroordeling wegens dezelfde inbreuk, worden de geldboeten en de gevangenisstraffen op het dubbele van het maximum gebracht.”

¹⁵⁸ Deze bepalingen werden ook overgenomen in het voorstel Terwingen-Becq.

¹⁵⁹ M. FERNANDEZ-BERTIER, uiteenzetting over de geldelijke straffen tijdens de studiedag van 3 mei 2019 “Naar een nieuw Strafwetboek – Un nouveau Code pénal pour le futur?”.

¹⁶⁰ Deze bepaling werd letterlijk overgenomen in het wetsvoorstel Terwingen-Becq onder art. 2. Het huidige art. 2 Sw. bepaalt: “Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd. Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast.”

Het *eerste lid* poneert het principe van de niet-retroactiviteit van de nieuwe strafbaarstelling.

Het *tweede lid* regelt het principe van de niet-retroactiviteit van de zwaardere straffen. De notie “hoofd- of bijkomende” werd toegevoegd aan het tweede lid om duidelijk te maken dat de vergelijking straf per straf moet gebeuren (techniek van het “panacheren”) en niet in zijn geheel. Deze regel is voordeliger voor de veroordeelde.

“Panacheren” heeft betrekking op de distributieve toepassing van de strafwet in de tijd. Distributief of gesplitst toepassen van de oude en de nieuwe wet laat toe om de mildere elementen uit beide wetten te combineren in zover daarmee niet de bedoeling van de wetgever wordt ondergraven. In Frankrijk en in Nederland laat men dit al langer toe¹⁶¹.

In België was/is het Hof van Cassatie de distributieve toepassing niet genegen, getuige daarvan het arrest van 19 mei 2009 met conclusies van advocaat-generaal DUINSLAEGER n.a.v. de toepassing van de strafwet in de tijd op het misdrijf van huisjesmelkerij^{162,163}.

Het *derde lid* voorziet in de retroactieve toepassing van de gunstigere bepalingen van elke nieuwe strafwet op de beklaagde¹⁶⁴. In de *memorie van toelichting* bij het voorontwerp na het advies van de Raad van Staat lezen we:

“*Het beginsel van de retroactiviteit van de mildere strafwet geldt voor alles wat verbetering brengt in de toestand van de beklaagde (Cass. 17 november 1993, AR 417, Pas. 1997, I,*

nr. 466). In navolging van het advies van de Raad van State (Adv.RvS, nr. 30) kan dus worden bevestigd dat deze regeling niet alleen geldt voor straffen en strafbaarstellingen, maar ook voor rechtvaardigingsgronden, schuldontheffingsgronden, gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid en verschoningsgronden.”

Daarmee lijkt het voorontwerp komaf te maken met de rechtspraak van het Hof van Cassatie die poneert dat voor een terugwerking van een nieuwe mildere *strafbaarstelling* uit de nieuwe regeling ook moet blijken dat het inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van dit feit is gewijzigd¹⁶⁵.

B. Toepassing

1. Hypothese 1 – Witwasmisdrijf bestaande in een omzetting van het illegaal vermogensvoordeel

- oude regeling (art. 505, eerste lid, 3° Sw.):
 - dader: eender wie;
 - materieel bestanddeel: het omzetten van een illegaal vermogensvoordeel;
 - moreel bestanddeel: bijzonder opzet:
 - * hetzij de intentie om de illegale herkomst van de vermogensvoordelen te verbergen of te verdoezelen;
 - * hetzij de bedoeling om een persoon die betrok-

¹⁶¹. F. DESPORTES en F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Parijs, Economica, 2008, nrs. 349-355; G. KNIGGE, *Verandering van wetgeving*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 528-533.

¹⁶². Cass. 19 mei 2009, P.08.1164.N. De eiser in cassatie was veroordeeld door het hof van beroep te Antwerpen tot een hoofdgevangenisstraf van 6 maanden met uitstel en tot een geldboete van 8 maal 500 EUR wegens huisjesmelkerij en inbreuken op de Vlaamse Wooncode. Ten tijde van de feiten was huisjesmelkerij strafbaar onder art. 77bis vreemdelingenwet. Ten tijde van de beoordeling door het hof van beroep te Antwerpen werd huisjesmelkerij geregeld onder de art. 433decies *et seq.* Sw. Onder de eerste wet bestond de geldboete vermenigvuldigd met het aantal slachtoffers niet. Een cassatieberoep mocht echter niet baten. Het Hof volgde de visie van advocaat-generaal DUINSLAEGER. In zijn conclusie kwam de advocaat-generaal tot het besluit dat doordat de maximumgevangenisstraf was gedaald van 5 naar 3 jaar, de nieuwe regeling moest worden toegepast, inclusief de duidelijk zwaardere elementen, inclusief de verplichte vermenigvuldiging van de geldboete met het aantal slachtoffers (art. 433decies Sw.) en de mogelijkheid van de bijzondere verbeurdverklaring van de tegenwaarde van het goed (art 433terdecies, derde lid Sw.). Het Hof van Cassatie volgde die visie.

¹⁶³. Zie uitgebreid: P. WAETERINCKX, “Het Hof van Cassatie en de distributieve toepassing van artikel 2 Sw. naar aanleiding van een recent arrest van 19 mei 2009” in X, *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 619-636. Deze bijdrage eindigde met volgende bedenkingen: “*Het verder bewandelen van het strikt dogmatische pad kan op zijn minst ernstig in vraag worden gesteld. Het lijkt erop dat daardoor de garanties die art. 2 Sw. en het ermee verbonden rechtstreeks werkende art. 15 IVBPR in de Belgische rechtspraak niet ten volle tot hun recht kunnen komen. In het geval van het arrest dat de aanleiding was voor deze bijdrage, kan men zich zelfs afvragen of er geen zuivere schending van art. 2 Sw. voorlag.*

Dat de ‘pragmatische benadering’ wat meer cerebrale inspanningen zal vragen van de rechters, mag in elk geval geen hinderpaal zijn om die garanties ten volle te benutten. Het past hierbij opnieuw te verwijzen naar de wijze woorden van A. VARINARD die onderstreepte dat eventuele problemen bij ‘une application distributive’ niet opwegen tegen ‘les principes fondamentaux du règlement des conflits de lois pénales dans le temps’. (J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2005, 155 (cf. ook 158).”

¹⁶⁴. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 41.

¹⁶⁵. Cass. 26 februari 2002, RW 2002-03, 134, Concl. M. DE SWAEF, AJT 2001-02, 1005, noot H. VAN BAVEL. Daarbij dient men wel voor ogen te houden dat die rechtspraak tot stand is gekomen in een zeer specifieke context. Het betrof hier immers de al of niet retroactieve werking van het inmiddels afgeschafte art. 5, tweede lid Sw. (betreffende die hervorming, cf. P. WAETERINCKX en R. VAN HERPE, “De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdekt zich na 19 jaar van twee groeipijnen”, NC 2018, 541-560; F. KUTY, “La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales”, *Rev.dr.pén.* 2018, 1031-1052). Het betrof wel “heruitgevonden” rechtspraak. Al in de jaren 60 van de vorige eeuw wees L. DEPELCHIN erop dat het Hof van Cassatie: “*alvorens op de incriminatie het begrip van de retroactiviteit toe te passen, de bedoeling van de wetgever wil doorgronden en wil nagaan of hij ‘de niet twijfelachtige wil’ heeft gehad om ‘van bestraffing, zowel voor het verleden als voor de toekomst, af te zien’.*” (L. DEPELCHIN, “Overwegingen bij artikel 2 van het Strafwetboek”, RW 1965, kol. 78). Deze auteur schreef dat men een onderscheid diende te maken tussen een mildering die verband houdt met de incriminatie en deze die verband houdt met de straf. Laat de nieuwe rechtsregel de incriminatie ongemoeid en beïnvloedt zij enkel de straf, dan is art. 2, tweede lid Sw. van toepassing (L. DEPELCHIN, “Overwegingen bij artikel 2 van het Strafwetboek”, RW 1965, kol. 78).

- ken is bij het basismisdrijf te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden;
- aard: aflopend;
 - bestraffing:
 - * hoofdstraf: gevangenisstraf van 15 dagen tot 5 jaar en/of een geldboete van 26 tot 100.000 EUR;
 - * bijkomende pecuniaire straf: facultatieve verbeurdverklaring van de zaak die voortkomt uit de omzetting (de omgezette zaak, het voorwerp van de witwas bestaat niet meer¹⁶⁶);
- nieuwe regeling (art. 470-472 Sw.):
- dader: eender wie;
 - materieel bestanddeel: het omzetten van een illegaal vermogensvoordeel;
 - moreel bestanddeel: gewoon opzet – de illegale oorsprong kennen of moeten kennen;
 - aard: voortdurend;
 - bestraffing:
 - * hoofdstraf: gevangenisstraf van meer dan 3 jaar tot ten hoogste 5 jaar (of een opgelegde behandeling van dezelfde duur) (art. 37) en/of een geldboete van 200 EUR tot ten hoogste 10.000 EUR (art. 53);
 - * bijkomende pecuniaire straf: verplichte¹⁶⁷ verbeurdverklaring van de zaak die voortkomt uit de omzetting (de omgezette zaak, het voorwerp van de witwas bestaat niet meer);
 - * bijkomende pecuniaire straf: de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel (art. 55);
- resultaat vergelijking:
- dader: status quo;
 - materieel bestanddeel: status quo;
 - moreel bestanddeel: voorontwerp strenger;
 - aard: voorontwerp strenger;
 - bestraffing met distributieve toepassing:
 - * hoofdstraf:
 - gevangenisstraf: voorontwerp strenger – gelijke maximumstraf maar een veel hogere minimumstraf;
 - geldboete: voorontwerp milder tenzij voor rechtspersonen;
 - * bijkomende straf geldboete (als geen vrijheidsstraf wordt opgelegd): voorontwerp milder;
 - * bijkomende pecuniaire straf: voorontwerp strenger door verplichte verbeurdverklaring;
 - * bijkomende pecuniaire straf: de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel (art. 55) is strenger want nieuwe straf;
- besluit in geval van omzettingsmisdrijf ten tijde van artikel 505 Sw. en berecht onder de nieuwe regeling:
- * aard: aflopend misdrijf, regeling artikel 505 Sw.;
 - * moreel bestanddeel: bijzonder opzet, regeling artikel 505 Sw.;
 - * gevangenisstraf: regeling artikel 505 Sw.;
 - * geldboete: regeling voorontwerp voor natuurlijke personen, niet voor rechtspersonen;
 - * verbeurdverklaring: regeling artikel 505 *jo.* artikel 42, 3° Sw.;
 - * geen geldstraf mogelijk op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel.

2. Hypothese 2 – Witwashandeling bestaande in het beheer van illegale vermogensvoordelen voortkomend uit een gewone fiscale fraude door een derde

- oude regeling (art. 505, eerste lid, 2° Sw.):
- dader: eender wie behalve:
 - * dader van het basismisdrijf¹⁶⁸;
 - * de derde in het geval het basismisdrijf gewone fiscale fraude omvat;
 - materieel bestanddeel: het beheer van een illegaal vermogensvoordeel;
 - moreel bestanddeel: gewoon opzet + kennis moet bestaan op het ogenblik van de aanvang van het beheer;
 - aard: voortdurend;
 - bestraffing:
 - * hoofdstraf: gevangenisstraf van 15 dagen tot 5 jaar en/of een geldboete van 26 tot 100.000 EUR;
 - * bijkomende pecuniaire straf: verplichte verbeurdverklaring van het voorwerp van het witwasmisdrijf (*in casu* het beheer);
- nieuwe regeling (art. 470-472 Sw.):
- dader: eender wie¹⁶⁹;
 - materieel bestanddeel: het beheer van een illegaal vermogensvoordeel;
 - moreel bestanddeel: gewoon opzet *zonder* de voorwaarde dat de kennis moet bestaan op het ogenblik van de aanvang van het beheer;
 - aard: voortdurend;
 - bestraffing:
 - * hoofdstraf: gevangenisstraf van meer dan 3 jaar tot ten hoogste 5 jaar (of een opgelegde behandeling van dezelfde duur) (art. 37) en/of een geldboete van 200 EUR tot ten hoogste 10.000 EUR (art. 53);

¹⁶⁶. Wat primeert is de daadwerkelijke voordeelsontneming (Cass. 6 november 2018, P.18.0551.N). Vgl. met nieuwe wettelijke regeling.

¹⁶⁷. De verbeurdverklaring is altijd verplicht als de rechter het misdrijf bewezen verklaart (art. 54 voorontwerp).

¹⁶⁸. Dit principe kent zelf een uitzondering. Art. 505, tweede lid Sw. bepaalt immers dat de dader van het basismisdrijf toch strafbaar kan zijn onder art. 505, eerste lid, 2° Sw. wanneer dit misdrijf in het buitenland is gepleegd en niet (meer) kan worden vervolgd in België.

¹⁶⁹. Autowitwassen mogelijk en geen exonatieregeling voor derden in het geval van gewone fiscale fraude.

- * bijkomende pecuniaire straf: verplichte¹⁷⁰ verbeurdverklaring van het beheerde vermogensvoordeel;
- * bijkomende pecuniaire straf: de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel (art. 55);
- resultaat vergelijking:
 - dader:
 - * voorontwerp strenger als dader:
 - ook dader is van basismisdrijf;
 - derde is t.a.v. het basismisdrijf van gewone fiscale fraude;
 - * voorontwerp milder als dader een derde is t.a.v. het basismisdrijf waarvan de illegale vermogensvoordelen gedurende meer dan 10 jaar slapend zijn;
 - materieel bestanddeel: status quo;
 - moreel bestanddeel: voorontwerp strenger – afschaffing voorwaarde dat de kennis moet bestaan op het ogenblik van de aanvang van het beheer;
 - aard: status quo;
 - bestraffing met distributieve toepassing:
 - * hoofdstraf:
 - gevangenisstraf: voorontwerp strenger – gelijke maximumstraf maar een veel hogere minimumstraf;
 - geldboete: voorontwerp milder tenzij voor rechtspersonen;
 - * bijkomende straf geldboete als geen vrijheidsstraf wordt opgelegd: voorontwerp milder
 - bijkomende pecuniaire straf van de verplichte verbeurdverklaring: status quo;
 - bijkomende pecuniaire straf: de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel (art. 55) is strenger want nieuwe straf;
- besluit in geval van het beheersmisdrijf ten tijde van artikel 505 Sw. en berecht onder de nieuwe regeling:
 - daderschap:
 - * de oude regeling artikel 505 Sw. is milder in volgende gevallen:
 - autowitwassen gepleegd in België en in België vervolgbaar¹⁷¹;
 - t.a.v. de derde in het geval van gewone fiscale fraude;
 - * de nieuwe regeling is milder t.a.v. de derde bij slapende kapitalen voor zover ze al niet zou vallen onder de exoneratieregeling van artikel 505 Sw. voor gewone fiscale fraude;
 - moreel bestanddeel: gewoon opzet bestaand op het ogenblik van de aanvang van het beheer, regeling artikel 505 Sw.;

- gevangenisstraf: regeling artikel 505 Sw.;
- geldboete: regeling voorontwerp voor natuurlijke personen, niet voor rechtspersonen;
- verbeurdverklaring: regeling artikel 505 *jo.* artikel 42, 3° Sw.;
- geen geldstraf mogelijk op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel.

§ 6. Besluit

119. De wijzigingen in het voorontwerp en het wetsvoorstel kunnen worden opgesplitst in twee groepen, nl. de impact van het nieuw ontworpen Boek I (eerste categorie) en de specifieke aanpassingen in de bepalingen die het witwassen regelen (tweede categorie).

120. Wat betreft de eerste categorie werkt de ontworpen regeling voornamelijk door op het niveau van de bestraffing. Daarbij zijn volgende punten markant:

- de toepassing van de strafwet in de tijd waarbij een lans wordt gebroken voor de distributieve toepassing waarbij steeds de mildere elementen uit de oude en de nieuwe wet worden gecombineerd in zover daarmee niet de bedoeling van de wetgever wordt ondergraven;
- de invoering van een nieuwe geldstraf op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel;
- de bestraffing van de strafbare deelneming die dezelfde is als de bestraffing van de dader en de doorwerking van de objectieve verzwarende omstandigheden naar de deelnemer.

121. Aspecten van bestraffing zoals de verzwarende omstandigheden en de wettelijke herhaling worden dan weer specifiek geregeld voor het witwassen en vallen onder de wijzigingen van de tweede categorie.

122. Opvallende wijzigingen in de bepalingen betreffende het witwassen als dusdanig (tweede categorie) zijn:

- op het *niveau van het daderschap* opteren zowel voorontwerp als wetsvoorstel voor een indeling gebaseerd op de al dan niet subrogatoire werking van de witwashandeling. Of dit echt een noodzakelijke verbetering is om te komen tot het uitgangspunt van eenvoud, coherentie en accuraatheid valt te betwijfelen. Immers is de indeling op basis van subrogatoire werking niet 100% zuiver en ze wijkt bovendien af van de indeling van richtlijn nr. 2018/1673;
- op het *niveau van het daderschap*:
 - de afschaffing van 2 “exoneraties”: nl. het stelerheler-principe en de exoneratie voor derden in het geval van gewone fiscale fraude die door het voorstel Terwingen-Becq wel terug werd opgevestigd;

^{170.} De verbeurdverklaring is altijd verplicht als de rechter het misdrijf bewezen verklaart (art. 54 voorontwerp).

^{171.} Gepleegd in het buitenland en in België niet vervolgbaar was al strafbaar.

- de invoering van een nieuwe exoneratie voor derden die beschikken over slapende kapitalen. Hoewel deze wijziging zeker een maatschappelijk debat waard is, werd deze exoneratie na o.m. consultatie van het College van procureurs-generaal in het voorstel Terwingen-Becq terug afgevoerd;
- op het *niveau van het moreel bestanddeel* werd het bijzonder opzet niet meer in aanmerking genomen en vervangen voor elk witwasmisdrijf door “*de illegale oorsprong kennen of moeten kennen*”. Dit hangt enigszins samen met de herschikking van het materieel bestanddeel en is in elk geval (nodeloos?) strenger dan richtlijn nr. 2018/1673 die vasthoudt aan het *bijzonder opzet* bij het omzettings- en overdrachtsmisdrijf;
- op het niveau van de bestraffing wordt onder de bepalingen van het witwassen specifiek voorzien in bijzondere regelingen voor:
 - verzwarende omstandigheden;
 - herhaling die tijdelijk en facultatief is.

123. Op de keper beschouwd zijn de specifieke wijzigingen inzake witwassen eerder beperkt met dien verstande dat de regeling globaal genomen, ook door de speling van wijzigingen in Boek I, strenger is, maar anderzijds absoluut de verdienste heeft om aspecten als de quasi-onverjaarbaarheid van het misdrijf op de agenda te plaatsen. Echter leidde dit onmiddellijk tot defensieve reacties. De auteurs van het voorontwerp hebben in elk geval de moed gehad met hun voorontwerp om naar de toekomst te kijken. Aan de beleidsmakers en andere stakeholders, maar ook de auteurs van het voorontwerp, om hun voorstellen met een openheid van geest te finaliseren tot het broodnodige nieuwe Strafwetboek.

Dit Strafwetboek is echter slechts een deel van de werf waar ook naarstig dient verder gewerkt aan een nieuw Wetboek van Strafvordering. Het één kan immers moeilijk zonder het ander ...