

Strafrecht en Criminologie

**Nieuwe wetgeving inzake witwassen en
correctionalisering**

Bart SPRIET
Kristel DE SCHEPPER
Karolien VAN DE MOER
Instituut voor Strafrecht K.U.Leuven

I. De nieuwe witwaswet. Een praktische handleiding

§1. Inleiding: de wet van 10 mei 2007

Met de wet van 10 mei 2007¹ sleutelt de wetgever voor de tweede keer sinds de invoering van de strafbaarstelling van het witwasmisdrijf in 1990 grondig aan repressieve witwaswetgeving.² Ditmaal was de drijfveer om meer rechtszekerheid te brengen.³

Witwassen is vermoedelijk één van de meest besproken penale onderwerpen van de afgelopen jaren.⁴ De interpretatie van de ook in de praktijk zeer vaak toegepaste strafbaarstelling was in het verleden niet altijd even duidelijk. De nieuwe wetswijziging brengt jammer genoeg niet de verhoopte éénduidigheid. Kort na de inwerkingtreding van de wet verschenen in de rechtsleer al de eerste commentaren waaruit onmiddellijk bleek dat er nog altijd veel onduidelijkheid heerst.⁵

- ¹ Wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake de heling en inbeslagname, *B.S.* 22 augustus 2007.
- ² De strafbaarstelling van witwassen werden ingevoerd door de Wet van 17 juli 1990 (*B.S.* 15 augustus 1990) en onderging 5 jaar later een eerste substantiële wijziging met de Wet van 7 april 1995 (*B.S.* 10 mei 1995).
- ³ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1603/001, 4; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, "Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007", *N.C.* 2008, afl. 1, 2.
- ⁴ Cf. o.a. M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, "Le recel et le blanchiment" in X., *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, 455-544; J. ROZIE, "Actualia witwassen", in X., *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 153-194; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, "Uitwassen van witwassen", in X., *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 221-261; G. STESENS, "De Belgische strafrechtelijke witwaswetgeving", in X., *Tien jaar witwasbestrijding in België en in de wereld*, Brussel, Bruylant, 2003, 49-75; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, "Witwassen na de Wet van 7 april 1995: kan het nog witter?" *R.W.* 1995-96, 689-702; F. DERUYCK, "Witwassen", in X., *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht rechtspraak en rechtsleer*, 1-24; L. CORNELIS en R. VERSTRAETEN, "Mag er nog wit worden gewassen?", *T.B.H.* 1992, 176-221; J. MESSINNE, "La loi du 17 juillet 1990 modifiant les art. 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un art. 43bis dans ce même Code", *J.T.* 1991, 489-493.
- ⁵ E. ROGER FRANCE, "Le délit de blanchiment après la loi du 10 mai 2007", *T.B.H.* 2008, afl. 2, 116-137; D. VANDERMEERSCH, "Les nouveautés en matière de répression du blanchiment", *J.T.* 2008, afl. 6307, 265-267; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, "Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007", *I.c.*, 1-45; P. WAETERINCKX, "Witwassen anno 2007 e.v., opnieuw een staaltje van onbehoorlijke strafwetgeving!", *Ad Rem* 2008, afl. 2, 35-44; D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, "Het wel en wee van het witwasmisdrijf", *T. Strafr.* 2007, afl. 6, 345-372; T. LOQUET en F. DESTERBECK, "Witwassen...de wetgever zit niet stil. De wet van 10 mei 2007", *R.W.* 2007-08, afl. 36, 1482-1495; A. RISIPOULOS, "Blanchiment et fraude fiscale: on change les règles? Analyse de la loi du 10 mai 2007", *R.G.C.F.* 2007, afl. 4, 239-258.

Men kan er niet omheen dat het bijzonder moeilijk is om nog een degelijk overzicht van artikel 505 Sw. te hebben.⁶ Met de nieuwe wijzigingen is het aan de penalist om zich een weg te banen tussen de verschillende strafbaarstellingen van art. 505 Sw.. Het betere bochtenwerk verdwijnt hierbij in het niets ... Deze bijdrage beoogt de nieuwe strafbaarstellingen schematisch voor te stellen om also een overzichtelijk kader te creëren ten voordele van de toepassing ervan in de praktijk. Voor een grondige analyse van de wetswijziging van 2007 verwijzen we naar de in deze tekst geciteerde rechtsleer.

§2. De wijzigingen anno 2007

A. Een kort overzicht van de wijzigingen per type van witwasmisdrijf

1. Het eerste witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 2° Sw.)

	oud artikel 505, lid 1, 2° Sw.	nieuw artikel 505, lid 1, 2° Sw.
<i>Materieel bestanddeel</i>	vermogensvoordelen hebben gekocht, in ruil of om niet ontvangen, in bezit, bewaring of be- heer hebben genomen	vermogensvoordelen kopen, ruilen of om niet ontvangen, bezitten, bewaren of beheren
<i>Moreel bestanddeel</i>	oorsprong ervan kennen of moesten kennen (algemeen opzet)	oorsprong ervan kennen of moesten kennen op het ogenblik van de aanvang van de handeling (algemeen opzet)
<i>Daderschap</i>	dader basismisdrijf kan geen dader witwasmisdrijf zijn	dader basismisdrijf geen dader witwasmisdrijf, behalve wanneer het basismisdrijf in het buitenland is gepleegd en niet in België kan worden vervolgd
<i>Derden</i> (niet – dader het basismisdrijf)	Strafbaar	niet strafbaar als de vermogensvoordelen voortvloeien uit gewone fiscale fraude (en voldaan aan meldingsplicht)

⁶ De preventieve witwaswet werd eveneens grondig veranderd. Deze bijdrage behandelt echter enkel het repressieve luik. Cf. voor de wijzigingen in het preventieve luik: M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 518 e.v.; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 28 e.v..

<i>Aard van het misdrijf</i>	aflopend ⁷	aflopend of voortdurend al naargelang de materiële handeling
<i>Verbeurdverklaring</i>	Objectconfiscatie	objectconfiscatie lastens alle daders; subsidiair: equivalente geldsom (waardeconfiscatie) in verhouding tot aandeel van de betrokkene

Het is duidelijk dat het eerste witwasmisdrijf de meeste veranderingen onderging. Wat als eerste opvalt, is dat de strafbare materiële handelingen sinds de wetswijziging in de *onvoltooid* tegenwoordige tijd worden wegegeven en niet langer in de *voltooid* verleden tijd. De wetgever wou hiermee de discussie beëindigen over de aard van het misdrijf en aan alle witwasmisdrijven een voortdurend karakter geven.⁸ Het is echter nog altijd de handeling zelf die de aard van het misdrijf zal determineren. “Kopen, ruilen of om niet ontvangen” zijn nu eenmaal handelingen met een aflopend karakter.⁹ Dit in tegenstelling tot “bezitten, bewaren en beheren”, die een voortdurende toestand in het leven roepen.¹⁰ De dubbelzinnigheid van de aard van het misdrijf is dus nog niet op-

⁷ Cass. 21 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1165. Hierover bestond in de rechtsleer heel wat discussie. Zo werd het aflopend karakter betwist voor wat betreft de handelingen “bezitten, bewaren of beheren” omdat dit op zich handelingen zijn met een voortdurend karakter. Cf. o.m. J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 473; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Uitwassen van witwassen”, *l.c.*, 241; F. DERUYCK, *l.c.*, nr. 11; G. STESENS, *De nationale en internationale bestrijding van witwassen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 149; A. DE NAUW, “De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude”, in M. ROZIE (ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 234; A. VAN ROOSBROECK, *Witwassen, voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, ETL, 1996, 212. F. HELLEMANS, “Over het aflopend, dan wel voortdurend karakter van het witwasmisdrijf”, noot onder Cass. 31 oktober 1995, *T.R.V.* 1996, 640; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de Wet van 7 april 1995: kan het nog witter?”, *l.c.*, 696; A. JONCKHEERE, *Le blanchiment du produit des infractions*, Brussel, Larcier, 1995, 56; L. CORNELIS en R. VERSTRAETEN, “Mag er nog wit worden gewassen?”, *l.c.*, 188.

⁸ *Parl. St.* Kamer, zitting 2005-2006, 1603/2, 3; *Parl. St.* Kamer, zitting 2006-2007, 1603/6, 3; E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 128-129; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 265; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 469.

⁹ Verschillende opeenvolgende daden zullen dan een voortgezet misdrijf uitmaken. Cf. o.a. Cass. 21 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1165; Cass. 31 oktober 1995, *T.R.V.* 1995, 635, noot F. HELLEMANS; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 265; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 323.

¹⁰ P. WAETERINCKX, *l.c.*, 36.

gelost ondanks de prangende roep hiernaar.¹¹ Deze kwestie is nochtans uitermate relevant voor de berekening van de verjaring.¹²

Voor wat betreft het eerste witwasmisdrijf wijzigt deze taalkundige verandering echter wel de geviseerde handeling op zich. De strafbaarstelling wordt hierdoor ruimer. Vóór de wetswijziging werd namelijk enkel de ontvangsthandeling strafbaar gesteld (“in bezit, bewaring of beheer nemen”). Door de wijziging wordt nu ook de daaropvolgende feitelijke toestand van bezit, bewaring of beheer gevisieerd.¹³

Het moreel bestanddeel blijft een algemeen opzet.¹⁴ Het moreel bestanddeel wordt wel gepreciseerd in die zin dat de kennis van de illegale oorsprong moet bestaan op het ogenblik van de aanvang van de witwashandeling.¹⁵ Op die manier wordt de verruiming van de strafbaarstelling opnieuw ingeperkt. Dit vermijdt dat men de toestand strafbaar stelt van diegene die na de aanvang van de handeling kennisneemt van de illegale herkomst plots strafbaar wordt door de voortdurende toestand van het bezitten, bewaren of beheren.¹⁶

Ook het daderschap werd aangepakt. Er wordt een uitzondering ingevoerd op het belangrijke “steler-heler”-principe. Volgens dit principe kan de dader van het basismisdrijf geen dader van het (eerste) witwasmisdrijf zijn.¹⁷ In de praktijk gaf dit principe de dader van het basismisdrijf geen vrijgeleide aangezien deze in de meeste gevallen ook strafbaar was onder het tweede of derde witwasmisdrijf.¹⁸ Voortaan geldt voor het eerste witwasmisdrijf dat de dader van een basismisdrijf dat 1) in het buitenland werd gepleegd en 2) niet (meer) in België kan worden vervolgd, zich in België schuldig kan maken aan het eerste witwasmisdrijf.¹⁹ Wanneer de Belgische rechter m.a.w. geen rechtsmacht heeft

¹¹ Cf. advies Raad van State. *Parl. St.* Senaat, zitting 2005-06, nr. 3-1610/2, 5.

¹² R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *l.c.*, 5-6.

¹³ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 345; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1483.

¹⁴ Cf. Cass. 19 september 2006, *N.C.* 2007, 215, noot E. VAN DOOREN; Cass. 21 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1165; E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 125.

¹⁵ Cf. voor voorbeelden uit de praktijk: M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 498.

¹⁶ *Parl. St.* Senaat, zitting 2005-06, nr. 3-1610/3, 2; Cass. 31 oktober 1995, *T.R.V.* 1995, 635, noot F. HELLEMANS; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 495; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1486 (die hierbij vermelden dat men na kennisname wel strafbaar zal zijn voor het ontvangen van de interesten); R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?”, *l.c.*, 694.

¹⁷ O.a. Cass. 5 juni 2007, P.07.0151.N, www.cass.be; Cass. 8 mei 2002, P.02.0021.F, *Arr. Cass.* 2002, nr. 282.

¹⁸ F. DERUYCK, *l.c.*, 6.

¹⁹ Het nut van deze verruiming van de strafbaarstelling kan in vraag worden gesteld. Cf. D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 351; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *l.c.*, 9; P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, “Witwassen in België van illegale vermogensvoordelen gehaald uit een buitenlands basismisdrijf na de wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake heling en inbeslagname en het arrest C-367/05 van het Hof van Justitie”, *RABG* 2008, afl. 1, 49.

over het basismisdrijf of wanneer dit basismisdrijf in het buitenland al werd vervolgd en gevonnis (veroordeling, vrijspraak of verjaring), zal de dader van het basismisdrijf toch in België kunnen worden vervolgd voor het eerste witwasmisdrijf. Hierbij moet wel op art. 54 SUO worden gewezen.²⁰

Waarover tot nu toe de meeste inkt is gevloeid, is de wetswijziging op het vlak van het basismisdrijf.²¹ Deze wijziging heeft belangrijke gevolgen voor de derde, als zijnde de niet-dader van het basismisdrijf. Deze zal zich namelijk in de toekomst niet meer aan het 1^{ste} (en 3^e) witwasmisdrijf schuldig kunnen maken wanneer het basismisdrijf een gewone fiscale fraude is. Hiermee maakt men dus een uitzondering op het principe dat elk misdrijf een vermogensvoordeel oplevert dat op zijn beurt kan worden witgewassen.²²

In het verleden bleek dit principe voor wat betreft fiscale fraude toch niet zo evident te zijn.²³ Het Hof van Cassatie heeft in reeds in de praktijk goed bekende arrest van 22 oktober 2003 geoordeeld dat ook een fiscale fraude een vermogensvoordeel kan opleveren.²⁴ Hiermee werd echter nog niet de discussie beslecht of dit vermogensvoordeel zelf ook kan worden witgewassen. De wetgever is thans duidelijk van mening dat dit mogelijk is gezien ze een uitsluitingsgrond invoert voor het witwassen van vermogensvoordelen uit een gewone fiscale fraude. *A contrario* volgt hieruit dat het witwassen van vermogensvoordelen uit alle andere misdrijven, waaronder ook de ernstige en georganiseerde fiscale fraude, wel mogelijk is.

20 D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 361; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 10; P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, *l.c.*, 43 e.v..

21 Zie voor een uitgebreide bespreking o.a. A. RISPOULOS, *l.c.*, 240 e.v.; D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 351 e.v.; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 11 e.v.; E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 124; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 266.

22 E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 121; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1487; F. DESTERBECK, "De nieuwe regeling inzake witwassen en fiscale fraude", *T.F.R.* 2007, 852 e.v.; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 476.

23 Cf. o.a. A. RISPOULOS, *l.c.*, 240; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 485; A. DE NAUW, "Aspecten van het fiscaal materieel strafrecht", in X., *Strafrecht en strafprocesrecht 2005 – 2006 (XXXIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva)*, Mechelen, Kluwer, 2006, 24 e.v.; J. ROZIE, "Over voordeelsontneming in fiscalibus", noot onder Cass. 8 november 2005, *N.C.* 2006, 126; G. STESENS, "Zwart geld ten eeuwigen dagen in de strafrechtelijke greep van het parket?", noot onder Cass. 22 oktober 2003, *T. Strafr.* 2004, 167; S. RAVYSE, "De verbeurdverklaring bij fiscale misdrijven en het witwassen van fiscale vermogensvoordelen", *A.F.T.* 2004, afl. 5, 29 e.v.; M. ROZIE, "Fiscale fraude in relatie tot verbeurdverklaring", in X., *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Antwerpen, Maklu, 2004, 220; L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 2002, 78; S. HUYGHE, "Witwassen en verbeurdverklaren van fiscale vermogensvoordelen", *T.F.R.* 2001, 416 e.v.; A. VAN ROOSBROECK, "Witwassen van fiscale vermogensvoordelen. Enkele bedenkingen bij het gevaar voor dubbele bestrafing", *T.F.R.* 2000, 1061; F. DERUYCK, "Over voordeelsontneming", in P. TRAEST en A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht. Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 420.

24 Cass. 22 oktober 2003, *J.T.* 2004, 354 met conclusie van Adv.-gen. J. SPREUTELS; cf. ook Cass. 8 november 2005, *N.C.* 2006, 126.

Art. 505, derde lid Sw. geldt voor elke derde.²⁵ Voor de derde die een meldingsplicht heeft conform art. 14*quiquies* van de preventiewet van 1993 geldt deze bovenstaande uitzondering enkel wanneer aan deze verplichting werd voldaan. Deze melding wordt gekoppeld aan een indicatorenlijst.²⁶ Vreemd genoeg is de preventiewet slechts van toepassing op feiten van ernstige en georganiseerde fiscale fraude. Meldingsplichtige personen of instellingen zullen dus ernstige en georganiseerde fiscale fraude moeten melden, terwijl dit net feiten zijn waarvoor het derde lid van art. 505 Sw. geen vrijstelling verleent.²⁷

De vraag rijst of deze twee laatste wijzigingen ervoor kunnen zorgen dat er door het openbare ministerie opnieuw meer aandacht aan het basismisdrijf wordt besteed.²⁸ Het is echter afwachten hoe dit zich in de praktijk zal manifesteren. Zo is het uitkijken naar de werking in de praktijk van het begrip “*ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend*”.²⁹ In de rechtsleer wordt ook gewaarschuwd voor een verdoken omkering van de bewijslast door de invoering van de indicatorenlijst.³⁰

Op het eerste zicht lijkt het er op dat de loutere vaststelling “*dat elke legale herkomst kan worden uitgesloten*” niet langer volstaat.³¹ Het moet voortaan ook kunnen worden uitgesloten dat de gelden niet van een gewone fiscale

25 *Parl. St. Senaat*, zitting 2006-07, nr. 3-1610/7, 28-29; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 18.

26 R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 30 e.v.; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1490.

27 D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 357; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 16 e.v.; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 266; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1489; F. DESTERBECK, “Aanwezigheid van een fraude-indicator moet steeds aan CFI gemeld worden”, *Fisc. Act.* 2007, afl. 37, 3; G. STESENS, “Strafbaarstelling witwassen in fiscalibus: ingeperkt...en uitgebreid”, *Fiscoloog* 2007, afl. 1080, 3; P. WAETERINCKX, *l.c.*, 39.

28 P. WAETERINCKX, *l.c.*, 37; Cf. ook P. WAETERINCKX, “De verwatering van het basismisdrijf als constitutief bestanddeel van het witwas misdrijf”, in A. DE NAUW (ed.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 44 e.v.; O. KLEES, “De la présomption d’innocence à la preuve de l’infraction primaire en matière de blanchiment”, *J.T.* 2003, 730.

29 D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 359; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 20; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 266; cf. ook G. STESENS, *l.c.*, 1; B. VERSTRAETEN, “Ernstige en georganiseerde fraude: eindelijk duidelijkheid over het begrip?”, *Fisc. Act.* 2007, nr. 15, 1.

30 P. WAETERINCKX, “Witwassen anno 2007 e.v., opnieuw een staaltje van onbehoorlijke wetgeving!”, *l.c.*, 37 en 41.

31 Cf. o.a. Cass. P.06.1129.N, 28 november 2006, www.cass.be; Cass. P.06.0608.N, 19 september 2006, www.cass.be; Cass. P.06.0242.N, 9 mei 2006, www.cass.be; Cass. 21 maart 2006, *RABG* 2006, 1498, noot Y. VAN DEN BERGHE; Cass. AR P.01.0725.N, 25 september 2001, www.cass.be; *Arr. Cass.* 2001, afl. 8, 1536; *Pas.* 2001, afl. 9-10, 1480; D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 362; E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 121 (met voorbeelden uit rechtspraak); P. WAETERINCKX, *l.c.*, 44 e.v.; A. RIS-OPULOS, *l.c.*, 248; cf. ook R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Uitwassen van witwassen”, *l.c.*, 243; G. STESENS, “De Belgische strafrechtelijke witwaswetgeving”, *l.c.*, 56.

fraude afkomstig zijn.³² De vervolgende partij kan dit wel vermijden door te vervolgen onder het tweede witwasmisdrijf.³³ Ook moet de derde opletten dat hij zich door zijn handelen niet schuldig maakt aan enige deelneming aan een (nieuw) al dan niet fiscaal basismisdrijf.³⁴ Voor de dader van het basismisdrijf zal het dan weer belangrijk zijn te weten of dit misdrijf in België vervolgbaar is. Ook dit kan worden vermeden door toepassing te maken van het tweede (of derde) witwasmisdrijf.

Het penale mes snijdt echter altijd langs twee kanten. Zo kan de uitbreiding van de wet op het vlak van het daderschap er evengoed toe leiden dat het openbare ministerie zelfs nog minder aandacht aan het basismisdrijf zal besteden. Deze zal namelijk de dader van het basismisdrijf nu eenvoudigweg onder het eerste witwasmisdrijf kunnen vervolgen, zonder zich nog over het basismisdrijf te bekommeren. Zolang de gelden een verdachte herkomst hebben, ongeacht uit welk basismisdrijf deze voorkomen, is het louter bezitten, bewaren en beheren van deze gelden immers al voldoende opdat er sprake is van het eerste witwasmisdrijf.³⁵ In veel gevallen komt deze materiële handeling echter neer op de voltooiing van het basismisdrijf. De tendens van verwatering van het basismisdrijf wordt op die manier versterkt.

Komen we tot slot bij de kers op de taart, de verbeurdverklaring. Witwassen wordt niet enkel bestraft met de facultatieve verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen (bv. commissielonen) van artikel 42, 3° Sw. Artikel 505 Sw. voorziet daarnaast in een verplichte verbeurdverklaring van de witgewassen vermogensvoordelen. De basisprincipes hierbij waren tot voor kort:

- de witgewassen vermogensvoordelen zijn het voorwerp van het witwasmisdrijf (art. 42, 1° Sw.);
- geen eigendomsvereiste;
- geen schriftelijke verbeurdverklaring;
- geen verbeurdverklaring bij equivalent³⁶;
- de rechten van derden moeten worden gevrijwaard.

Bij het nieuwe artikel 505, 7° lid Sw. blijft het basisprincipe de objectconfiscatie. Ook op vlak van de eigendomsvereiste, de schriftelijke verbeurdverklaring

32 D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 363; J. ROZIE, “Actualia witwassen”, *l.c.*, 159; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *l.c.*, 19-20; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 267; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1487 en 1489.

33 G. STESENS, *l.c.*, 4; J. ROZIE, *l.c.*, 168.

34 R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 19; P. WAETERINCKX, *l.c.*, 37.

35 R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 8.

36 Cass. P.06.0274.N, 6 juni 2006, www.cass.be; Cass. P.06.0042.N, 4 april 2006, www.cass.be; Cass. P.04.1087.N, 11 januari 2005, www.cass.be; O. KLEES, “Quelques réflexions à propos du régime de la confiscation applicable à l’infraction de blanchiment”, in X., *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Antwerpen, Maklu, 2004, 251; F. ROGGEN, “Quelques développements relatifs à la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale”, in X., *De Wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken. Kaalpluk: haarpluk?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 143.

en de rechten van derden wijzigt er niets. Nieuw is dat de wet nu uitdrukkelijk voorschrijft dat de verbeurdverklaring van witgewassen vermogensvoordelen een straf is³⁷ en kan worden uitgesproken *lastens alle daders, mededaders en medeplichtigen van die misdrijven*. De wetgever sluit zich hiermee aan bij het cassatiearrest van 21 oktober 2003.³⁸ Volgens D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL vormt dit een uitzondering op het principe van het persoonlijk karakter van de straf.³⁹

De meeste aandacht verdient echter de invoering van de verbeurdverklaring bij equivalent, of de “waardeconfiscatie”.⁴⁰ Wanneer het voorwerp niet meer in het vermogen van de veroordeelde(n) kan worden aangetroffen, moet de rechter in de toekomst een equivalente geldsom verbeurdverklaren. Deze verbeurdverklaring bij equivalent is, in tegenstelling tot art. 42bis Sw., verplicht.⁴¹ De wetgever voerde wel een matigingsmechanisme in. Vreemd genoeg verschilt deze naargelang de veroordeling werd uitgesproken voor het eerste, dan wel het tweede en/of derde witwasmisdrijf.⁴²

Het zevende lid bepaalt voor wat betreft het eerste witwasmisdrijf dat wanneer de rechter een equivalent bedrag oplegt, dit bedrag in verhouding staat tot de mate waarin de veroordeelde bij het misdrijf betrokken was. Deze matiging is dus verplicht. De vraag rijst hoe de rechter deze betrokkenheid in de praktijk gaat bepalen. In een aantal gevallen zal de betrokkenheid van de witwasser immers groot zijn, maar zal hij toch slechts in beperkte mate van het vermogensvoordeel hebben genoten (bv. de bankier, notaris, advocaat, drugskoerier, ...). Bij afwezigheid van pluraliteit van daders zal er dan geen enkele mogelijkheid tot matiging zijn. Dit in tegenstelling tot de *mogelijkheid* tot mildering bij het tweede en derde witwasmisdrijf (cf. *infra*). Dit zal ongetwijfeld voer voor een prejudiciële vraag zijn.⁴³ Opgemerkt moet worden dat de rechter wel rekening kan houden met de betrokkenheid van anderen die niet mee worden vervolgd of veroordeeld.⁴⁴

³⁷ Cf. concl. Procureur-generaal M. DE SWAEF bij Cass. 6 april 2006, *N.C.* 2006, 213; Cf. contra: Cass. 14 januari 2004, *J.T.* 2004, 499, met noot D. VANDERMEERSCH, “Controverse à propos de la confiscation de l’objet de blanchiment”; *J.L.M.B.* 2004, met noot V.-A. DE BRAUWERE, “Confiscation spéciale et blanchiment: champ d’application”; *R.D.P.* 2004, afl. 4, 508 met (strijdige) concl. Advocaat-generaal LOOP.

³⁸ Cass. 21 oktober 2003, *Pas.* 2003, 1642; *R.D.P.* 2004, 505; *Parl. St. Kamer*, 2004-05, 1603/1, 6; *Parl. St. Kamer* 2006-07, 1603/6, 4; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1493.

³⁹ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 367; cf. ook J. ROZIE, *l.c.*, 179 e.v.; cf. contra D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 267.

⁴⁰ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 23 e.v.

⁴¹ Wat in de rechtsleer wordt bekritiseerd. Cf. o.a. D. VANDERMEERSCH, *l.c.* 267.

⁴² Hiervoor vindt men in de parlementaire voorbereidingen geen enkele rechtvaardiging terug. Cf. advies Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 2004-05, 1603/1, 19, cf. ook *Parl. St. Senaat*, 2005-06, nr. 3-1610/2, 16-17; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 267; P. WAETERINCKX, *l.c.*, 38.

⁴³ *Parl. St. Senaat*, zitting 2005-06, nr. 3-1610/2, 16; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1495.

⁴⁴ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 25.

Het betrokken aandeel is dus geen evident criterium en geeft de rechter een zeer ruime appreciatiemarge.⁴⁵ Dergelijke marge mag niet zo ruim zijn dat dit *de facto* neerkomt op willekeur.

Tot slot moet nog worden verwezen naar de recente cassatierechtspraak waarin werd geoordeeld dat soortzaken (zoals gelden) als veranderlijke genuszaak voorwerp kunnen zijn van een objectconfiscatie.⁴⁶ De verplichting tot matiging geldt echter enkel bij waardeconfiscatie.⁴⁷

2. Het tweede witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 3° Sw.)

	oud artikel 505, lid 1, 3° Sw.	nieuw artikel 505, lid 1, 3° Sw.
<i>Materieel bestanddeel</i>	“omgezet of overgedragen hebben”	“omzetten of overdragen”
<i>Verbeurdverklaring</i>	objectconfiscatie	objectconfiscatie lastens alle daders; subsidiair: equivalente geldsom met mogelijk tot vermindering

Ook het tweede witwasmisdrijf wordt in de onvoltooid tegenwoordige tijd gezet. De wetgever heeft dit misdrijf een voortdurend karakter willen geven. Deze wijziging verandert o.i. noch de aard van het misdrijf, noch de strafbare gedraging.⁴⁸ Uit de aard van de materiële handelingen volgt dat het tweede witwasmisdrijf een aflopend karakter heeft.⁴⁹ De Franse tekst werd overigens niet gewijzigd, wat voor nog meer verwarring zorgt.⁵⁰

Het moreel bestanddeel wordt niet gewijzigd. Het tweede witwasmisdrijf vereist nog altijd een bijzonder opzet.⁵¹ Op te merken is dat voor de mededader of medeplichtige een deelnemingsopzet - te onderscheiden van het misdrijfopzet - volstaat. Bijgevolg moet de derde, die onder het eerste of derde witwasmisdrijf bij een gewone fiscale fraude niet strafbaar is, extra op zijn tellen passen voor een vervolging onder het tweede witwasmisdrijf gezien hij én strafbaar is én een deelnemingsopzet in zijn hoofde volstaat.⁵² Wetens en willens deelnemen

⁴⁵ *Parl. St.* Senaat, zitting 2006-07, 3-1610/7; E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 134; D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 267.

⁴⁶ O.a. Cass. P.06.0274.N, 6 juni 2006, www.cass.be.

⁴⁷ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 27.

⁴⁸ Cf. eveneens D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 350.

⁴⁹ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 7; P. WAETERINCKX, *l.c.*, 36; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 323; F. DERUYCK, *l.c.*, 12; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?”, *l.c.*, 699.

⁵⁰ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 350.

⁵¹ Cass. P.06.0242.N, 9 mei 2006, www.cass.be; E. ROGER FRANCE, *l.c.*, 127.

⁵² D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 360.

veronderstelt natuurlijk wel dat men op de hoogte is van de frauduleuze intenties van de hoofddader.⁵³

De grootste wijziging ook hier is de invoering van de verbeurdverklaring bij equivalent (cf. *supra*). Het zesde lid voert hierbij voor het tweede en derde witwasmisdrijf een *mogelijkheid* tot mildering in. De rechter kan de equivalente geldsom verminderen teneinde de veroordeelde geen onredelijk zware straf op te leggen. Men kan er niet omheen dat het begrip “onredelijk zware straf” een vaag begrip is en de rechter wederom een zeer ruime beoordelingsmarge geeft.⁵⁴ Uit de parlementaire stukken blijkt dat men rekening moet houden met de vermogenstoestand van de veroordeelde. Deze zal evenwel niet altijd gekend zijn. De vraag is dus of deze bepaling de toets met het legaliteitsbeginsel zal doorstaan.⁵⁵ Ook rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel wordt geschon- den gezien de mildering hier niet verplicht is in tegenstelling tot art. 505, ze- vende lid.

3. Het derde witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 4° Sw.)

	oud artikel 505, lid 1, 4° Sw.	nieuw artikel 505, lid 1, 4° Sw.
<i>Materieel bestanddeel</i>	“verheeld of verhuld hebben”	“verhelen of verhullen”
<i>Moreel bestanddeel</i>	oorsprong ervan kennen of moesten kennen (al- gemeen opzet)	oorsprong ervan kennen of moesten kennen op het ogenblik van de aanvang van de hande- ling (algemeen opzet)
<i>Derden</i> (niet – dader het basis- misdrijf)	strafbaar	niet strafbaar als de vermogensvoordelen voortvloeien uit gewone fiscale fraude (en vol- daan aan meldings- plicht)
<i>Aard van het misdrijf</i> <i>Verbeurdverklaring</i>	aflopend of voortdurend objectconfiscatie	aflopend of voortdurend objectconfiscatie lastens alle daders; subsidiair: equivalente geldsom met mogelijk tot vermindering

Het derde witwasmisdrijf ondergaat tot slot ook de mutatie van voltooid naar onvoltooid tegenwoordige tijd. Volgens de letter van de wet was dit een mis- drijf met een aflopend karakter (“hebben verheeld of verhuld”). In de rechts- leer ontstond echter al snel discussie over het feit of deze handelingen geen

⁵³ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswet- geving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *l.c.*, 18.

⁵⁴ *Parl. St.* Senaat, zitting 2006-07, 3-1610/7.

⁵⁵ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 368.

voortdurende delictuele toestand in het leven kunnen roepen.⁵⁶ De nieuwe wetswijziging tracht door de wijziging een einde aan de discussie te stellen. Dit heeft zowel gevolgen voor de verjaring als voor de materieelrechtelijke omschrijving van het misdrijf.⁵⁷ Men kan zich echter, net zoals bij de wetswijziging in 1995, afvragen of de loutere wil van de wetgever wel volstaat om de aard van het misdrijf te veranderen.⁵⁸ Zeker als moet worden vastgesteld dat de Franse tekst ongewijzigd is gebleven. “Verhelen en verhullen” zullen dus o.i. al naargelang de gestelde handeling een aflopend of voortdurend karakter hebben.

Het hoeft geen betoog dat deze strafbare materiële handeling zeer ruim is. In het verleden werd door de rechtsleer al opgemerkt dat de meeste strafbare handelingen die onder de eerste twee witwasmisdrijven vielen, ook onder het derde witwasmisdrijf konden worden gebracht.⁵⁹ Het is zeker te betreuren dat de wetgever niet van de gelegenheid gebruik hefet gemaakt om via de wetswijziging een duidelijker onderscheid te maken.

De kennis van de illegale oorsprong moet net zoals bij het eerste witwasmisdrijf bestaan op het ogenblik van de aanvang van de witwashandeling. Hierdoor wordt dus het toepassingsgebied van de nieuwe strafbepaling verengd.

Net zoals bij het eerste witwasmisdrijf, kan de derde zich niet schuldig maken aan dit witwasmisdrijf wanneer het basismisdrijf een gewone fiscale fraude betreft (cf. *supra*).

Voor de wijzigingen op vlak van de verbeurdverklaring wordt verwezen naar wat zojuist werd aangestipt inzake het 2^{de} witwasmisdrijf.

B. De nieuwe strafbepalingen globaal naast elkaar gezet

Na het overzicht van de wijzigingen per witwastype ten opzichte van het oude artikel 505 Sw., volgt hieronder een tweede overzicht van het globale nieuwe artikel 505 Sw. op zich.

	Eerste witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 2° Sw.)	Tweede witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 3° Sw.)	Derde witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 4° Sw.)
<i>Materieel standdeel</i>	be- “kopen, ruilen of om niet ontvangen, bezitten, be- waren of beheren”	“omzetten of overdragen”	of “verhelen of verhullen”

⁵⁶ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?”, *l.c.*, 696; A. DE NAUW, *o.c.*, 323.

⁵⁷ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *l.c.*, 7.

⁵⁸ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 360; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?”, *l.c.*, 696.

⁵⁹ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 700.

<i>Moreel bestand-deel</i>	oorsprong ervan kennen of moesten kennen op het ogenblik van de aanvang van de handeling (algemeen opzet)	bedoeling om de illegale herkomst te verbergen of te verdoezelen of een persoon die betrokken is bij een misdrijf te helpen ontkomen (bijzonder opzet)	oorsprong ervan kennen of moesten kennen op het ogenblik van de aanvang van de handeling (algemeen opzet)
<i>Daderschap</i>	dader basismisdrijf geen dader witwasmisdrijf behalve wanneer het basismisdrijf in het buitenland is gepleegd en niet (meer) in België kan worden vervolgd	dader basismisdrijf kan dader witwasmisdrijf zijn	dader basismisdrijf kan dader witwasmisdrijf zijn
<i>Derden (niet – dader van het basismisdrijf)</i>	niet strafbaar als de vermogensvoordelen voortvloeien uit gewone fiscale fraude (en voldaan aan meldingsplicht)	altijd strafbaar	niet strafbaar als de vermogensvoordelen voortvloeien uit gewone fiscale fraude (en voldaan aan meldingsplicht)
<i>Aard van het misdrijf</i>	aflopend of voortdurend al naargelang de materiële handeling	aflopend	aflopend of voortdurend al naargelang de materiële handeling
<i>Verbeurdverklaring</i>	objectconfiscatie lastens alle daders; subsidiair: equivalente geldsom in verhouding tot aandeel van de betrokkene	objectconfiscatie lastens alle daders; subsidiair: equivalente geldsom met mogelijkheid tot vermindering	objectconfiscatie lastens alle daders; subsidiair: equivalente geldsom met mogelijkheid tot vermindering

Tussen de verschillende witwasmisdrijven kan een (een- of meerdaadse) samenloop bestaan. Dit heeft gevolgen op het vlak van de bestraffing en meer bepaald de verbeurdverklaring. Bij een eendaadse samenloop maakt de rechter toepassing van art. 65 Sw. (één straf, m.n. de zwaarste).⁶⁰ De vraag rijst of de rechter de twee regimes van verbeurdverklaring zal mogen cumuleren.⁶¹ D. VANDERMEERSCH kan zich dit alvast moeilijk voorstellen.⁶² Maar welke

⁶⁰ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *l.c.*, 26.

⁶¹ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, *l.c.*, 368; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, *l.c.*, 26.

⁶² D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 267; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, *l.c.*, 507.

van de twee regimes van verbeurdverklaring zal de rechter dan uiteindelijk moeten toepassen? De matiging van art. 505, 7^{de} lid Sw; is immers verplicht, terwijl de matiging van het zesde lid de rechter meer mogelijkheden geeft, o.a. bij pluraliteit van daders. In ieder geval mag het bedrag van de verbeurdverklaring nooit het totale bedrag van het illegaal vermogensvoordeel gehaald uit het basismisdrijf overschrijden.⁶³

De nieuwe wet schudt de verschillende strafbaarstellingen grondig door elkaar door uitzonderingen in te voeren zowel op het vlak van het basismisdrijf, als op het gebied van het daderschap.

Conform de nieuwe wet is de dader van het basismisdrijf strafbaar in de volgende gevallen:

Witwasmisdrijf/Basismisdrijf	1 ^e wit- was	2 ^e wit- was	3 ^e wit- was
Gewone fiscale fraude, gepleegd in België of in het buitenland en vervolgbaar in België	/	X	X
Alle andere, gepleegd in België of in het buitenland en vervolgbaar in België	/	X	X
Gewone fiscale fraude, gepleegd in het buitenland en niet in België vervolgbaar	X	X	X
Alle andere, gepleegd in het buitenland en niet in België vervolgbaar	X	X	X

De dader van het witwasmisdrijf, niet-dader van het basismisdrijf zal voor witwassen kunnen worden vervolgd in de volgende hypotheses:

Witwasmisdrijf/Basismisdrijf	1 ^e wit- was	2 ^e wit- was	3 ^e wit- was
Gewone fiscale fraude, gepleegd in België of in het buitenland en vervolgbaar in België	/	X	/
Alle andere, gepleegd in België of in het buitenland en vervolgbaar in België	X	X	X
Gewone fiscale fraude, gepleegd in het buitenland en niet in België vervolgbaar	/	X	/
Alle andere, gepleegd in het buitenland en niet in België vervolgbaar	X	X	X

Het openbare ministerie zal dus altijd kunnen vervolgen onder het tweede witwasmisdrijf. Wel moet daarbij een bijzonder opzet worden bewezen.⁶⁴

§3. Toepassing van de strafwet van 10 mei 2007 in de tijd

Bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet van 10 mei 2007 op 2 september 2007 rijst uiteraard de vraag naar de toepassing van deze wet in de tijd, en

⁶³ *Parl. St. Kamer*, 2006-07, 1603/6, 4.

⁶⁴ *Parl. St. Senaat*, 2005-06, nr. 3-1610/6, 5; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1491.

meerbepaald naar de al dan niet retroactieve werking. Is de nieuwe witwaswet milder en dus van toepassing op feiten die dateren van vóór de inwerkingtreding van de wet?

De materiële handelingen blijven dezelfde met uitzondering van “bezitten, bewaren of beheren”. De nieuwe wet stelt nu niet enkel de ontvangsthandeling op zich strafbaar maar ook de daaropvolgende feitelijke toestand. Terzake zal de nieuwe strafwet dan ook geen toepassing vinden op strafbare feiten die dateren van vóór de wetswijziging. Verder verandert de wijziging van voltooid naar onvoltooid verleden tijd in een aantal gevallen ook de aard van het misdrijf. In de mate bepaalde misdrijven een voortdurend karakter verkrijgen waar ze vroeger aflopend waren, is de wet uiteraard strenger geworden. Deze discussie zal in de praktijk weinig veranderen gezien men opeenvolgende aflopende witwasdaden kan stellen.

De bestraffing van de dader van het basismisdrijf als dader van het eerste witwasmisdrijf is een verruiming van de strafbaarstelling en is dus strenger, met uitsluiting van enige retroactieve werking. Opgemerkt moet worden dat het openbare ministerie in dat geval hoogstwaarschijnlijk onder het tweede “en/of” derde witwasmisdrijf zal vervolgen.

De niet – strafbaarheid van de derde (niet – dader basismisdrijf) van het witwassen van vermogensvoordelen voortkomende uit een gewone fiscale fraude is dan weer een beperking van het toepassingsgebied van het eerste en derde witwasmisdrijf en is dus milder, met aldus retroactieve toepassing.

De verbeurdverklaring bij equivalent is een nieuwe straf en kan dus niet retroactief worden toegepast.⁶⁵ Het argument dat de strafrechter kan milderen (soms zelfs moet milderen) overtuigt niet.

wanneer is het nieuwe art. 505 Sw. van toepassing in hangende zaken (en dus op misdrijven gepleegd vóór de inwerkingtreding)?	Eerste witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 2° Sw.)	Tweede witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 3° Sw.)	Derde witwasmisdrijf (art. 505, lid 1, 4° Sw.)
Materieel bestanddeel		X	
Moreel bestanddeel	X	X	X
Daderschap		X	X
Derden	X	X	X
(niet – dader van het basismisdrijf)			
Aard van het misdrijf			
Verbeurdverklaring			

§4. Besluit

De wetgever is met de laatste wetswijziging van 2007 er niet in geslaagd een aantal belangrijke discussiepunten rond de strafbaarstelling van witwassen weg te werken. Meer nog, er komen er nog bij. Zo is er nog steeds geen duidelijk-

⁶⁵ P. WAETERINCKX, *l.c.*, 39; T. LOQUET en F. DESTERBECK, *l.c.*, 1487.

heid over het precieze onderscheid tussen de verschillende witwashandelingen, noch over de aard van sommige witwasmisdrijven.

In de toekomst zal vermoedelijk de discussie over het basismisdrijf veel belangrijker worden. Het is echter afwachten welke richting dit uit zal gaan. Daarnaast worden de verschillen tussen de witwasmisdrijven groter waardoor de verdediging er nu meer belang bij heeft om te weten onder welk witwasmisdrijf hij wordt vervolgd. O.i. volstaat het gekende “en/of” in de strafverordeningen niet langer gelet op de gevolgen voor o.a. de derde (niet – dader basismisdrijf) en de verbeurdverklaring bij equivalent.

Ook is het afwachten of de nieuwe wetsbepaling in de praktijk een vloedgolf aan prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof zal veroorzaken. Denk bijvoorbeeld aan de uitsluiting van gewone fiscale fraude voor de derde (niet – dader basismisdrijf) of het verschil in de sanctionering op het vlak van de verbeurdverklaring.

II. Correctionalisering (en contraventionalisering) door het vonnisgerecht

§1. Inleiding: de wet van 8 juni 2008

De artikelen 9 en 10 van de wet houdende diverse bepalingen (II) van 8 juni 2008, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 16 juni 2008 en in werking getreden op 26 juni 2008, wijzigen op een aantal (voor de praktijk) cruciale punten de korte maar belangrijke wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden.

Meer bepaald werden de artikelen 3 en 5 van deze wet op de verzachtende omstandigheden, welke betrekking hebben op de bevoegdheid ratione materiae van de correctionele rechtbank en de politierechtbank, aangevuld met een derde lid, respectievelijk luidende als volgt:

“Zij [eigen opmerking: de correctionele rechtbank] kan zich bevoegd verklaren door de verzachtende omstandigheden of de verschoningsgrond aan te nemen wanneer zij vaststelt dat de bij haar aanhangig gemaakte misdaad niet is gecorrectionaliseerd en daarvoor in aanmerking komt op grond van artikel 2, derde lid.”

“Zij [eigen opmerking: de politierechtbank] kan zich bevoegd verklaren door de verzachtende omstandigheden aan te nemen die de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling of het openbaar ministerie hebben verzuimd te vermelden bij de aanhangigmaking van het in artikel 4, eerste lid omschreven feit.”

De bedoeling van deze wetswijziging⁶⁶ is voornamelijk gelegen in het vermijden van een nodeloze vertraging van de procesgang, wanneer de vonnisrechter

⁶⁶ *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 1013/001, 11; *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 1013/005, 3 – 19.

zich – in strijd met de verwijzingsbeslissing van het onderzoeksgerecht (raadkamer of kamer van inbeschuldigingstelling) die de zaak naar hem heeft verwezen – onbevoegd verklaart om kennis te nemen van de feiten.

In dat geval ontstaat er een negatief bevoegdheidsconflict, waaraan enkel een einde kan worden gesteld door het Hof van Cassatie via de bijzondere procedure van regeling van rechtsgebied⁶⁷. Op grond van de artikelen 525 tot 540 van het Wetboek van Strafvordering onderzoekt het Hof van Cassatie, dat in deze procedure doorgaans geadieerd wordt via een verzoekschrift van het Openbaar Ministerie of de burgerlijke partij, welke beslissing fout is, vernietigt deze en verwijst vervolgens de zaak naar die instantie die bevoegd lijkt om de rechtspleging verder te kunnen regelen. In de praktijk zal het Hof van Cassatie vaak de verwijzingsbeschikking van de raadkamer verbreken om reden dat het feit een misdaad schijnt te zijn die niet (regelmatig) werd gecorrectionaliseerd, waarna de zaak wordt verwezen naar de kamer van inbeschuldigingstelling. Deze kan dan de zaak – na de feiten regelmatig te hebben gecorrectionaliseerd – vervolgens (opnieuw) verwijzen naar de vonnisrechter.

Eerder werd in de rechtsleer deze procedurele complicatie reeds bekritiseerd als een omslachtige tussenstap die het strafprocesodeloos vertraagt⁶⁸.

§2. Situatie vóór de wetswijziging anno 2008

Voor de wetswijziging van 2008 moest de vonnisrechter zich onbevoegd verklaren telkenmale wanneer de hem opgelegde drempel – of kwalificatiecontrole negatief uitviel. In dat geval had de vonnisrechter geen mogelijkheid om zélf verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden aan te nemen, waarna hij zich toch bevoegd zou kunnen verklaren om kennis te nemen van de zaak, doch moest noodzakelijkerwijze de zaak – aanhangig gemaakt via het onderzoeksgerecht - gedeblokkeerd worden via de procedure van regeling van rechtsgebied door het Hof van Cassatie.

A. Drempelcontrole ⁶⁹

In de eerste plaats moet de vonnisrechter op basis van de in de verwijzingsbeslissing opgenomen kwalificatie nagaan of hij bevoegd is voor het feit dat hierdoor wordt aanhangig gemaakt.

- Als het onderzoeksgerecht een misdaad naar de correctionele rechtbank of een wanbedrijf naar de politierechtbank verwijst zonder aanneming van verzachtende omstandigheden of een verschoningsgrond moest de vonnisrechter zich vroeger onbevoegd verklaren, ook al was zij van oordeel dat

⁶⁷ DECLERCQ, R., «Regeling van rechtsgebied», *Comm. Straf.*; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu 2007, nrs. 1524 – 1525.

⁶⁸ B. DE SMET, «Regeling van rechtsgebied wegens een negatief bevoegdheidsconflict: formalisme troef», *R.W.* 2007-08, 426 – 434.

⁶⁹ VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu 2007, nrs. 1509 en 1526 t.e.m. 1530.

het feit in werkelijkheid als een wanbedrijf⁷⁰ respectievelijk overtreding moest worden gekwalificeerd.

- Werden er wel verzachtende omstandigheden of een verschoningsgrond opgenomen in de verwijzingsbeschikking dan waren deze in principe bindend voor de vonnisrechter, tenzij:
 - het feit niet vatbaar was voor denaturatie⁷¹,
 - er geen vermelding werd gemaakt om welke verzachtende omstandigheden of verschoningsgrond het ging⁷²,
 - op een foutieve wijze (objectief controleerbaar) verzachtende omstandigheden werden aangeduid⁷³.

In deze drie gevallen diende de vonnisrechter zich vroeger steeds onbevoegd te verklaren.

B. Kwalificatiecontrole ⁷⁴

In het geval van een positieve drempelcontrole, en m.n. indien het feit dat opgenomen is in de verwijzingsbeschikking dusdanig wordt gekwalificeerd dat het tot de bevoegdheid van de vonnisrechter behoort, dient de rechter vervolgens over te gaan tot een kwalificatiecontrole.

De rechter is immers verplicht aan het feit zijn juiste kwalificatie te geven en moet het feit kwalificeren “sous sa plus haute expression pénale”.

Na een eventuele herkwalificatie moet de vonnisrechter opnieuw controleren of hij nog steeds bevoegd is.

- In het geval door het onderzoeksgerecht een feit werd verwezen *zonder denaturatie*, hing de vraag of de vonnisrechter bevoegd was, af van de vraag of volgens de nieuwe kwalificatie het feit tot de normale bevoegdheid van dezelfde, een lagere of een hogere rechter behoorde⁷⁵. In dit laatste geval diende de rechter zich vroeger onbevoegd te verklaren.
- Indien het misdrijf door het onderzoeksgerecht wel werd *gedenatureerd*, en de vonnisrechter vervolgens wenste over te gaan tot herkwalificatie van het verwezen feit, konden verschillende hypothesen zich voordoen.

⁷⁰ Cass. 2 mei 1978, *Pas.* 1978, I, 997.

⁷¹ Cass. 30 september 1987, *A.C.*, 1987-88, nr. 70.

⁷² Cass. 25 september 1985, *A.C.*, 1985-86, nr. 48; Cass. 4 maart 1987, *A.C.*, 1986-87, 402; Cass. 15 juni 1994, *A.C.* 1994, nr. 312.

⁷³ Cass. 26 februari 1986, *A.C.*, 1985-86, nr. 413; Cass. 12 september 1989, *A.C.*, 1989-90, nr. 29, noot R.D.; Cass. 29 mei 1990, *A.C.*, 1989-90, nr. 570; Cass. 28 november 1985, *R. Cass.*, 1996, 59 met commentaar R. DECLERCQ; Cass. 26 mei 1998, *A.C.*, 1998, nr. 273, noot S.D.'H.

⁷⁴ VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu 2007, nrs. 1531 t.e.m. 1537.

⁷⁵ Cass. 13 juli 1998, *A.C.* 1998, nr. 356.

- Indien het feit volgens de nieuwe kwalificatie strafbaar was met *dezelfde* of een *lagere* straf dan deze verbonden aan de oorspronkelijke kwalificatie bleef het vonnisgerecht bevoegd.
- Indien het feit volgens de nieuwe kwalificatie strafbaar was met een *hogere* straf dan deze verbonden aan de oorspronkelijke kwalificatie gold in beginsel de regel dat de denaturatie t.a.v. alle mogelijke omschrijvingen van het feit bleef gelden en dat het vonnisgerecht bevoegd bleef⁷⁶, tenzij:
 - het feit na herkwalificatie niet meer vatbaar was voor denaturatie,⁷⁷
 - de zwaardere kwalificatie het gevolg was van omstandigheden die het onderzoeksgerecht niet kende of niet kon kennen,⁷⁸
 - het onderzoeksgerecht bij de verwijzing de nieuwe kwalificatie uitdrukkelijk had uitgesloten⁷⁹.

In deze drie gevallen diende de vonnisrechter zich alsnog onbevoegd verklaren.

§3. *Situatie na de wetwijziging anno 2008*

Luidens het nieuwe derde lid van zowel artikel 3 als 5 van de wet op de verzachtende omstandigheden is het duidelijk dat thans de vonnisrechter ter gelegenheid van de drempel - of kwalificatiecontrole zélf verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden mag aannemen (en zich vervolgens bevoegd verklaren), wanneer hij vaststelt dat de bij hem aanhangig gemaakte misdaad of wanbedrijf - via verwijzing door het onderzoeksgerecht of rechtstreekse dagvaarding van het O.M. - niet werd gecorrectionaliseerd of gecontraventionaliseerd.

Evenwel blijkt uit de parlementaire voorbereiding⁸⁰ dat de wetgever niet enkel deze situatie van totale afwezigheid van correctionalisatie of contraventionalisatie voor ogen had. De wetgever wenste daarentegen een totale versoepeling van het mechanisme van de misdrijfdenuaturatie, waarbij zowel de correctionele rechtbank als de politierechtbank in alle gevallen – en zelfs ook in het geval van aanhangigmaking door rechtstreekse dagvaarding of oproeping door het O.M.⁸¹ – zich zouden kunnen bevoegd verklaren door aanneming van verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden, met als enige uitzondering het geval waarin het feit een *niet-correctionaliseerbare misdaad* betreft. In dit laatste geval dat uiteraard moet beoordeeld worden vanuit artikel 2, derde lid

⁷⁶ Cass. 9 januari 1980, *A.C.*, 1979-80, 544, noot R.-AD.

⁷⁷ Cass. 29 april 1981, *A.C.*, 1980-81, 988; Cass. 30 september 1987, *A.C.*, 1987-88, nr. 70.

⁷⁸ Cass. 9 juni 1982, *A.C.*, 1981-82, 1247; Cass. 21 september 1983, *A.C.*, 1983-84, 63; Cass. 30 mei 1995, *A.C.*, 1995, nr. 266.

⁷⁹ Cass. 25 februari 1997, *A.C.*, 1997, nr. 109.

⁸⁰ *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 1013/001, 11; *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 1013/005, 3 – 19.

⁸¹ *Parl. St.* Kamer 2007-08, 1013/001, p. 11 en 12.

van de wet op de verzachtende omstandigheden, zal de vonnisrechter zich nog steeds onbevoegd moeten verklaren.

Zodoende kan thans – in tegenstelling tot vroeger – de vonnisrechter bij de drempel- of kwalificatiecontrole zélf verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden aannemen en zich vervolgens toch bevoegd verklaren in volgende gevallen:

- verwijzing door het onderzoeksgerecht of rechtstreekse dagvaarding O.M. van een correctionaliseerbare misdaad naar/voor de correctionele rechtbank of een wanbedrijf naar/voor de politierechtbank *zonder* aanneming van verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden (deze laatste alleen bij de correctionele rechtbank),
- verwijzing door het onderzoeksgerecht of rechtstreekse dagvaarding van een correctionaliseerbare misdaad naar/voor de correctionele rechtbank of een wanbedrijf naar/voor de politierechtbank met aanneming van *incorrecte* verzachtende omstandigheden,
- herkwalificatie van een wanbedrijf / overtreding in respectievelijk een correctionaliseerbare misdaad / wanbedrijf,
- herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad naar een zwaardere (doch correctionaliseerbare) misdaad op basis van elementen die het onderzoeksgerecht niet kende of kon kennen,
- herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad naar een zwaardere (doch correctionaliseerbare) misdaad die uitdrukkelijk werd uitgesloten door het onderzoeksgerecht.

In al deze gevallen zal dus niet meer de tijdrovende procedure van regeling van rechtsgebied via het Hof van Cassatie moeten gevoerd worden.

Uitsluitend in de volgende – beperkte – gevallen zal ook onder de nieuwe wetgeving nog steeds een procedure van regeling van rechtsgebied noodzakelijk zijn:

- indien de feiten een niet-correctionaliseerbare misdaad uitmaken krachtens artikel 2, derde lid van de wet op de verzachtende omstandigheden,
- indien het feit door het onderzoeksgerecht niet werd gedenatureerd en de vonnisrechter van oordeel is dat er geen verzachtende omstandigheden of verschoningsgrond bestaan.

Tot slot is nog op te merken dat deze zeer recent ingevoegde wijziging op de wet op de verzachtende omstandigheden, als zijnde een wet die de bevoegdheid regelt, vanaf haar inwerkingtreding, onmiddellijk van toepassing is op al de hangende rechtsplegingen waarin nog geen beslissing ten gronde is genomen waardoor de bevoegdheid werd vastgelegd⁸². De vroegere wetgeving blijft enkel nog gelden, in het geval een beslissing over de grond van de zaak in eerste aanleg voorligt die de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving voorafgaat.

82 VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu 2007, nr.1467.

§4. Schematisch overzicht van de bevoegdheidscontrole door de correctionele rechtbank na een aanhangigmaking via het onderzoeksgerecht

A. Drempelcontrole

OMSCHRIJVING	VOORBEELD	OUDE SITUATIE	SITUATIE	NIEUWE SITUATIE	SITUATIE
1. het onderzoeksgerecht verwijst niet-correctionaliseerbare misdaad naar de correctionele rechtbank	a) diefstal met geweld of bedreiging, gepleegd door twee of meer personen bij nacht, waarbij het geweld of de bedreiging een ongeneeslijk lijkende ziekte, het volledig verlies van het gebruik van een orgaan of een zware vermindering ten gevolge had (art. 473, derde lid Sw.).	ONBEVOEGD	regeling van rechtsgebied noodzakelijk	ONBEVOEGD	regeling van rechtsgebied noodzakelijk
	poging tot moord (art. 394 Sw.)				
2. het onderzoeksgerecht verwijst correctionaliseerbare misdaad naar de correctionele rechtbank zonder aanneming van verzachtende omstandigheden	a) valsheid in geschriften (art. 194 – 196 Sw.) of gebruik van valse stukken (art. 197 Sw.)	ONBEVOEGD	regeling van rechtsgebied noodzakelijk	BEVOEGD	corr. rb. kan zelf VO aannemen
	b) diefstal door middel van braak, inklimming of valse sleutels (art. 467 Sw.)				

3. het onderzoeks-gerecht verwijst correctionaliseerbare misdaad naar de correctionele rechtbank met aanneming van incorrecte verzachten-omstandigheden	Als verzachtende omstandigheden zijn voorzien afwezigheid van vroegere veroordelingen (van een bepaalde graad), terwijl uit het strafdossier blijkt dat betrokkene wel dergelijke veroordeling heeft opgelopen.	ONBEVOEGD BEVOEGD regeling van corr. rb kan zelf (correcte) VO noodzakelijk aannemen
--	--	--

B. Kwalificatiecontrole

OMSCHRIJVING	VOORBEELD	OUDE SITUA-TIE	NIEUWE SITUA-TIE	SI-
1. herkwalificatie van een wanbedrijf naar een kwalificatie die tot de bevoegdheid van dezelfde of een lagere rechter behoort	a) herkwalificatie van opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.) naar onopzettelijke slagen en verwondingen (art. 418-420 Sw.) herkwalificatie van vernieling (art. 521, 2^e en 3^e lid Sw.) naar beschadiging (artikel 559, 1^o Sw.)	BEVOEGD	BEVOEGD	

2. herkwalficatie van a) herkwalficatie **ONBEVOEGD BEVOEGD**
 een wanbedrijf naar van gewone diefstal
 een (correctionaliseer- (art. 463 Sw.) naar regeling van corr. rb. kan zelf
 bare) misdaad diefstal met braak rechtsgebied VO aannemen
 (art. 467 Sw.) noodzakelijk
- b) herkwalficatie
 van misbruik van
 vertrouwen (art.
 491 Sw.) naar ver-
 duistering door een
 openbaar ambte-
 naar (art. 240
 Sw.)⁸³
- c) herkwalficatie
 van poging tot dief-
 stal d.m.v. braak
 naar diefstal d.m.v.
 braak⁸⁴.
- d) herkwalficatie
 van bedrieglijk on-
 vermogen (artikel
 490bis Sw.)⁸⁵, mis-
 bruik van vertrou-
 wen (art. 491
 Sw.)⁸⁶ of bedrieg-
 lijke bankbreuk /
 faillissementsmis-
 drijf (art. 489ter
 Sw.)⁸⁷ naar vals-
 heid in geschriften,
 indien blijkt dat de-
 ze wanbedrijven
 gepaard gaan met
 een valsheid in ge-
 schriften en deze
 misdaad niet voor-
 komt in de verwij-
 zingsbeschikking.

⁸³ Cass. 29 april 1974, *Pas.* 1974, I, 897.

⁸⁴ Antwerpen 7 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 231.

⁸⁵ Cass. 6 maart 2002, *Pas.* 2002, 653.

⁸⁶ Cass. 7 mei 2003, *Pas.* 2003, I, 925 en Cass. 5 april 2006, P.06031.F, www.cass.be.

⁸⁷ Cass. 23 juli 2002, *Pas.* 2002, I, 1509.

3. herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad tot een feit dat strafbaar is met dezelfde of een lagere straf	a) herkwalificatie van poging tot doodslag (art. 393 Sw.) naar opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.)	BEVOEGD	BEVOEGD
	herkwalificatie van diefstal met geweld of bedreiging met een blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid tot gevolg (art. 473 Sw.) naar een diefstal met geweld of bedreiging (art. 468 Sw.)		
4. herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad tot een correctionaliseerbare misdaad die strafbaar is met een hogere straf en op basis van elementen die bestonden en gekend waren door het onderzoeksgerecht	herkwalificatie van diefstal d.m.v. geweld of bedreigingen (art.468 Sw.) naar een diefstal d.m.v. geweld of bedreigingen met een blijvende ongeschiktheid tot gevolg (art. 473 Sw.), indien deze blijvende ongeschiktheid gekend was door het onderzoeksgerecht	BEVOEGD	BEVOEGD
5. herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad tot een niet-correctionaliseerbare misdaad	herkwalificatie van opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.) of poging tot doodslag (art. 393 Sw.) naar poging tot moord (art.394 Sw.)	ONBEVOEGD	ONBEVOEGD
	regeling van rechtsgebied noodzakelijk	regeling van rechtsgebied noodzakelijk	

- | | | |
|---|--|--|
| <p>6. herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad naar een zwaardere (doch correctionaliseerbare) misdaad op basis van elementen die het onderzoeksrecht niet kende of kon kennen</p> | <p>a) herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde diefstal met geweld of bedreigingen (art. 468 Sw.) op grond dat na de verwijzing aan het licht kwam dat de diefstal door twee of meer personen werd gepleegd en gebruik werd gemaakt van een voertuig (art. 472 Sw.)</p> | <p>ONBEVOEGD BEVOEGD</p> <p>regeling van corr. rb. kan zelf VO aannemen noodzakelijk</p> |
| | <p>b) herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde diefstal met geweld of bedreigingen (art. 468 Sw.) op grond dat na de verwijzing aan het licht kwam dat het slachtoffer een blijvende ongeschiktheid heeft opgelopen (art. 473 Sw.)⁸⁸</p> | |
| <p>7. herkwalificatie van een gecorrectionaliseerde misdaad naar een zwaardere (doch correctionaliseerbare) misdaad die uitdrukkelijk uitgesloten werd door het onderzoeksrecht</p> | <p>onderzoeksgerecht liet uitdrukkelijk een verzwarende omstandigheid weg die voorzien was in de eindvordering van het O.M. of ging niet in op de conclusie van de B.P. om een verzwarende omstandigheid toe te voegen</p> | <p>ONBEVOEGD BEVOEGD</p> <p>regeling van corr. rb. kan zelf VO aannemen noodzakelijk</p> |

⁸⁸ Cass. 25 mei 1988, *A.C.* 1987-88, 1249; Cass. 6 september 2005, *T. Strafr.* 2006, 129, met noot T. Decaigny.