

Witter dan wit?

Over de witwassende curator

mr. M.J.W. van Ingen en mr. W.J.G. Smits*

1. Inleiding

De curator heeft een bijzondere maatschappelijk taak. In die zin kan men het faillissementsrecht in zijn essentie zien als 'orderecht'. Curatoren zijn gewend verscheidene met elkaar botsende belangen te toetsen aan – en zo nodig op te offeren aan – de belangen van het conglomeraat.¹ Maar niet iedere norm laat zich zo opzij zetten. De maatschappelijke taak van de curator tot ordentelijke vereffening van het vermogen kan botsen met andere, hogere, doelen.

Wat als de curator wordt geconfronteerd met een zich in de boedel bevindend actief dat is verkregen uit criminele activiteiten? Het antwoord lijkt eenvoudig. Niemand zal betwisten dat de curator een gestolen auto moet teruggeven aan de rechtmatig eigenaar. Dat antwoord valt ook in te passen in het civiele recht, want de revindicatoire actie van de eigenaar maakt dat de auto niet tot de boedel behoort.

Om het complexer te maken kan de curator ook geconfronteerd worden met activa die weliswaar civielrechtelijk eigendom zijn van de gefailleerde, maar die verkregen zijn met gelden die afkomstig zijn uit criminele activiteiten. In dit artikel gaan wij in de op vraag hoe de curator om dient te gaan met dergelijke vermogensbestanddelen.

2. Wat is witwassen?

Sinds 6 december 2001 kent het Wetboek van Strafrecht drie vormen van witwassen.² Allereerst is er de opzettelijke vorm van witwassen in art. 420bis Sr, waarbij – kort gezegd – opzettelijk een voorwerp wordt verborgen of verhuuld wat uit misdrijf afkomstig is. Dan is er het gewoontewitwassen van art. 420ter Sr, wat feitelijk een *lex specialis* is van de *generalis* van art. 420bis, omdat het hier gaat om het bij herhaling schuldig maken aan overtreding van 420bis Sr. Voor curatoren is met name van belang de derde variant, de schuldvorm van witwassen, gesanctioneerd in art. 420quater Sr, luidende:

1. Als schuldig aan schuldwitwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie:

a. hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhuult, dan wel verbergt of verhuult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf;

b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf.

2. Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.

De delictomschrijving maakt duidelijk dat het enkel voorhanden hebben van een zaak of vermogensrecht, waarvan moet worden vermoed dat dit middellijk of onmiddellijk afkomstig is uit misdrijf, als zodanig al gekwalificeerd moet worden als witwassen. Art. 420quater Sr is ruim geformuleerd. Het richt zich tot eenieder en maakt ook geen onderscheid in het delict. In beginsel kan ieder misdrijf het delict vormen (het zgn. 'gronddelict')³ dat leidt tot de overtreding van het voorschrift, waarbij ook nog eens irrelevant is wanneer en waar dat gronddelict is begaan. Denkbaar is dat het gronddelict is begaan in een vreemde mogendheid en wellicht als zodanig al is verjaard.

De uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever was ook dat het voorwerp niet in verband met een bepaald gespecificeerd misdrijf behoefde te worden gebracht. Voldoende is dat aan nemelijk is dat het uit enig misdrijf afkomstig is.⁴ In lijn daarmee oordeelde de Hoge Raad dat ook uit de bewijsmiddelen niet precies hoeft te worden afgeleid dat het voorwerp uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf afkomstig is en dus ook niet door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.⁵

Voor de strafbaarheid is het enkel voorhanden hebben dus reeds voldoende, zoals door de Hoge Raad in zijn arrest van 2 oktober 2007 werd onderstreept.⁶ Dat kan de curator

* De auteurs zijn verbonden aan Holla Advocaten te 's-Hertogenbosch.

Dit artikel was niet mogelijk geweest zonder mr. P.R. (Ruud) Dekker te Rosmalen, die met zijn nimmer aflatende vasthoudendheid, creativiteit en juridische kwaliteit de basis legde voor dit artikel. Hoewel de auteurs en Ruud soms hartgrondig van mening verschillen over de dogmatiek (en Ruud vermoedelijk het met delen van dit artikel niet eens zal zijn) verdient hij alle lof, omdat het plaatsen van zaken in een dogmatisch kader minder complex is dan het grijze gebied in de praktijk te ontginnen.

1. In deze belangenafweging is sprake van beleidsvrijheid aan de zijde van de curator, vergelijk HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Curatoren Van Schuppen/Maclou*).
2. Wet van 6 december 2001 inzake Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven, *Stb.* 2001, 606.
3. Dit kan ook een fiscaal delict zijn, vgl. 'Aanwijzing Witwassen', *Stcrt.* 2008, 45, par. 1.4 en de daar aangehaalde jurisprudentie.
4. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 159, nr. 3 (MvT), p. 16.
5. HR 28 september 2004, *NJ* 2007/278, r.o. 3.5.
6. HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/16.

voor een lastige afweging plaatsen. Om een voorbeeld te geven roept het de vraag op of de curator, die weet dat de gefailleerde in een andere mogendheid gelden ter beschikking heeft waarop hij verhaal kan zoeken maar waarover geen belastingen zijn betaald, dat verhaal al dan niet zou moeten zoeken. Mocht de curator wel verhaal zoeken, is hij dan aan het witwassen? Naar de letter van 420quater Sr wel degelijk, maar tegelijkertijd behoeft het geen nader betoog dat de belangen van het conglomeraat er mee gediend kunnen zijn dat verhaal te zoeken.

3. Kan de curator witwassen?

De curator kan dus geconfronteerd worden met actief waarvan vooraf of achteraf wordt vastgesteld dat het verkregen is uit misdrijf en dat kan in beide situaties met zich brengen dat zijn handelen, ongeacht de goede bedoelingen bij diens taakuitoefening ten opzichte van het conglomeraat, te kwalificeren is als witwassen.

Dit laatste kan in het bijzonder het geval zijn indien de curator weet dat het betreffende vermogen van misdrijf afkomstig is. In 2006 oordeelt de Hoge Raad over een kwestie waarbij een erflater een aanzienlijk door misdrijf verkregen vermogen nalaat.⁷ De vraag rijst of ook de erfgenaam 'witwast' door de nalatenschap te aanvaarden. Dat is het geval aldus de Hoge Raad, die oordeelt:

In het licht van deze wetsgeschiedenis moet art. 420bis Sr aldus worden uitgelegd dat de (zuivere dan wel beneficiare) aanvaarding van een nalatenschap tot gevolg heeft dat de erfgenaam tot de nalatenschap behorende goederen (zaken en vermogensrechten in de zin van art. 420bis, tweede lid, Sr) voorhanden heeft in de zin van die wetsbepaling.

Maar, zo vervolgt de Hoge Raad:

Het is ook vereist dat de erfgenaam weet dat de goederen onmiddellijk of middellijk afkomstig zijn uit enig misdrijf. Een redelijke wetsuitleg brengt evenwel mee dat ook indien aan deze eisen is voldaan, het voorhanden hebben van die goederen door de erfgenaam niet steeds zal kunnen worden gekwalificeerd als witwassen in de zin van art. 420bis Sr. Dit geval kan zich in het bijzonder voordoen indien een erfgenaam die reeds bij de aanvaarding weet dat de nalatenschap een of meer goederen bevat die afkomstig zijn uit enig misdrijf, niet het oogmerk heeft de feitelijke zeggenschap daarover te gaan uitoefenen. Het ontbreken van dat oogmerk zou daaruit kunnen blijken dat de erfgenaam (...) onverwijld heeft gemeld aan de politie of de officier van justitie dat de nalatenschap zodanige goederen omvat en tevens die goederen ter beschikking heeft gesteld en gehouden van de Staat. Hetzelfde geldt indien de wetenschap omtrent de herkomst van de nalatenschap eerst is opgekomen na de aanvaarding van de nalatenschap en de erfgenaam daarna insgelijks heeft gehandeld.

Er is onzes inziens geen reden om ten aanzien hiervan anders te oordelen voor de faillissementscurator. Bedacht dient immers te worden dat de faillissementscurator een rekenplichtige in de zin van art. 770 Rv is, wat tot uitdrukking wordt gebracht door art. 193 Fw. Hij handelt voor rekening

en risico van de rechthebbende, de gefailleerde. Daarmee beschikt hij over het vermogen van de gefailleerde. Slechts indien de curator op voorhand meldt en afdraagt aan de Staat, danwel die melding doet en afdracht verricht zodra hij bekend is geworden met de herkomst van het vermogen, ontbreekt de eis die volgens de Hoge Raad voor de strafbaarheid van belang is.

4. Het niet voor vereffening vatbare vermogen

De vraag rijst of vermogensbestanddelen die uit misdrijf afkomstig zijn onder het voor vereffening vatbare vermogen van een gefailleerde vallen. Uit een arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2010 volgt dat een beslag op voet van art. 94 Sv – in weerwil van art. 33 Fw – niet vervalt, voor zover het beslag ziet op waarheidsvinding in strafzaken of ziet op veiligstelling van voorwerpen waarvan de verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer door de strafrechter kan worden bevolen.⁸ Dit in het algemeen belang en onder andere om te voorkomen dat het faillissement wordt misbruikt om bewijsmiddelen te verdonkeremanen. In deze gevallen gaat het algemeen belang boven de belangen van de schuldeisers van de gefailleerde. Een beslag op strafrechtelijke grondslag vervalt derhalve slechts indien het is gelegd in verband met de positie van de overheid als schuldeiser.⁹ Het vervalt dus niet voor zover het beslag ten doel heeft om te ontnemen. Een en ander brengt met zich dat de curator, geconfronteerd met een vermogensbestanddeel dat verkregen is uit misdrijf (daargelaten of dit middellijk, of onmiddellijk, dan wel geheel of gedeeltelijk is), om strafbaarheid te voorkomen, zal moeten melden dat hij een dergelijk vermogensbestanddeel onder zich heeft en dit vermogensbestanddeel beschikbaar zal moeten houden voor de Staat. Dit zogenaamde 'besmet vermogen' kan daarmee, onzes inziens, niet worden gezien als voor vereffening vatbaar vermogen waarop art. 176 Fw doelt. Van Mierlo in zijn annotatie onder het arrest verwoordt het treffend als volgt:

'De beslissing van de Hoge Raad om het publiekrechtelijk belang van de strafvordering te laten prevaleren boven de private belangen van spoedige faillissementsafwikkeling lijkt mij tegen deze achtergrond dan ook begrijpelijk. Hierbij komt met name gewicht toe aan het afwenden van de onwenselijke situatie waarin de schuldeisers van de failliet hun vordering of een gedeelte daarvan voldaan krijgen uit goederen die (deels) uit misdrijf afkomstig zijn.'

De constatering dat sprake is van een dergelijk niet voor vereffening vatbaar vermogen brengt ook met zich dat dit vermogen buiten de omslag in de algemene faillissementskosten als bedoeld in art. 182 Fw dient te blijven. Immers, ook door het vermogensbestanddeel te betrekken in de omslag strekt dit ten voordele van de gezamenlijk schuldeisers omdat het wordt aangewend voor de betaling van ter hunner behoeven gemaakte kosten. Daarmee profiteren de schuldeisers van dit door misdrijf verkregen vermogen en daarmee is de curator aan het witwassen. Wezenskenmerk van de om-

7. HR 5 september 2006, *RvdW* 2006/805.

8. HR 13 juli 2010, *NJ* 2013/322.

9. HR 13 juli 2010, *NJ* 2013/322, r.o. 3.6.

slag is immers dat ieder onderdeel van de boedel daarin is betrokken, zodat wat overblijft na omslag van die kosten, de zogenaamde secundaire netto opbrengst, aan die schuldeisers wordt uitgekeerd. Rekenkundig brengt dat met zich dat als de curator de kosten naast wat tot de boedel behoort ook omslaat over het niet voor vereffening vatbare vermogen, het percentage van die omslag lager wordt en daarmee een grotere secundaire netto opbrengst overblijft ter distributie aan het conglomeraat. Dat wordt naar ons idee niet anders als van een feitelijke uitkering aan het conglomeraat geen sprake is. In deze lijn past dat een beslag dat is gelegd op voet van art. 94d Sv niet vervalt door het faillissement. Deze laatste conclusie zal veel curatoren zwaar vallen, met name in die gevallen waarin er geen of te weinig onbesmet vermogen is om de algemene faillissementskosten te delgen.¹⁰

5. De omvang van het niet voor vereffening vatbaar vermogen en vermengingsproblemen

Bedacht dient te worden dat de delictsomschrijving zeer verstrekt. Voor het aannemen van witwassen in de zin van art. 420bis, ter of quater Sr is volgens de Hoge Raad niet vereist dat het Openbaar Ministerie aannemelijk maakt door wie, wanneer en waar het gronddelict concreet is begaan. De Hoge Raad liet in zijn arrest van 28 september 2004 het oordeel van het Hof in stand dat het niet anders kan zijn dan dat de betreffende vermogensbestanddelen in de gegeven omstandigheden — middellijk of onmiddellijk — uit enig misdrijf afkomstig was.¹¹

De vraag rijst of de curator, gelet op het hiervoor genoemde uitgangspunt van de Hoge Raad, er als professionele partij op beducht moet zijn dat (een deel van) het vermogen dat hij aantreft mogelijk een criminele herkomst heeft. Wij beantwoorden die vraag bevestigend. De curator dient zich er in onze ogen bij het aantreffen van tot de boedel behorende vermogensbestanddelen rekenschap van te geven dat dus niet vereist is dat precies aanwijsbaar is uit welk misdrijf welk vermogensbestanddeel afkomstig is, terwijl – het zij nogmaals opgemerkt – ook fiscale misdrijven onder de delictsomschrijving vallen.

Als die constatering eenmaal is gedaan rijst de vraag hoever zich dit uitstrekt. Het crimineel vermogen kan vermengd zijn met legaal verkregen vermogen. Dat is denkbaar bij een banksaldo waarop naast zwart geld reguliere inkomsten binnengekomen zijn en daarover beschikt is. Evengoed is denkbaar dat een motorvoertuig is aangeschaft met een bedrag dat deels uit beide bronnen afkomstig is. Over die vermenging tussen besmet en legaal vermogen krijgt de Hoge Raad te oordelen op 23 november 2010.¹² In die situatie oordeelt de Hoge Raad dat uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat als van misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen zijn vermengd met vermogensbestanddelen uit legale activiteiten, het aldus vermengde vermogen kan worden aangemerkt als (mede of deels) uit misdrijf afkomstig. De wetgever heeft geen begrenzing gesteld aan de mate waarin de vermogensbestanddelen gedeeltelijk en/of middellijk uit misdrijf afkomstig kunnen zijn en heeft het aldus aan het Openbaar Ministerie en rechter overgelaten ervoor zorg te dragen dat de witwasbepalingen niet worden toegepast ten aanzien van in wezen niet strafwaardige gedragingen. Een terughoudende toepassing is van groot belang omdat een te ruim bereik van de witwasbepaling een normaal handelsverkeer onevenredig zou kunnen belemmeren.

De Hoge Raad neemt dan aan dat onder omstandigheden geen sprake is van witwassen en geeft aan dat bij de beoordeling moet worden betrokken :

- een geringe waarde van het van misdrijf afkomstige vermogensbestanddeel ten opzichte van het op legale wijze verkregen vermogen;
- een groot tijdverloop tussen de vermenging en het tijdstip waarop het verwijt van witwassen betrekking heeft;
- een groot aantal of bijzondere veranderingen in dat vermogen in de tussentijd;
- een mogelijk incidenteel karakter van de vermenging van het van misdrijf afkomstig vermogen met het legale vermogen.

Dat lijkt de nodige ruimte te bieden, maar in dat arrest vond een vermenging plaats van een uit misdrijf verkregen vermogen van ruim 3 miljoen gulden met een vermogen van enkele tientallen miljoenen gulden uit legale bron. Het oordeel van het hof dat daarmee het gehele vermogen besmet was geraakt en afkomstig was uit misdrijf gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was ook niet onbegrijpelijk.

6. Tussenconclusie

Als tussenconclusie kan worden getrokken dat de witwasbepalingen veel verstrekkender zijn dan waarvan menig curator zich bewust is. Te lichtvaardig hiermee omgaan kan verstrekkende gevolgen hebben, zoals bijvoorbeeld een FI-OD-inval ten kantore bij de curator of het risico van strafrechtelijke vervolging. Dat kan bovendien het geval zijn als de curator niet het oogmerk heeft om ten eigen faveure wit te wassen – zoals in het geval waarin er voldoende legaal vermogen is om zijn honorarium te dekken – en hij zich van geen kwaad bewust is. De Aanwijzing witwassen¹³ geeft in bijlage 2 een opsomming van typologieën waaraan een vermoeden van witwassen kan worden ontleend. Het wat flauwe en wellicht wat weinig bevredigende advies is dan ook dat de curator er goed aan doet om zelfs bij vermoedens in overleg te treden met justitie.

7. Heeft de Staat ook een vordering in het faillissement?

De vraag rijst of de Staat ook een vordering kan instellen ten laste van het voor vereffening vatbare vermogen en die vordering kan indienen in het faillissement. Dat antwoord lijkt eenvoudig omdat in art. 94d Sv met zoveel woorden staat dat de officier van justitie tot bewaring van het recht van verhaal de bevoegdheid heeft namens de Staat als schuldeiser in het faillissement op te komen, terwijl hij zolang het bedrag van de boete of het te ontnemen voordeel nog niet

10. Mogelijk is natuurlijk dat de curator in een vroeg stadium met de Staat afspraken maakt over de vergoeding van zijn werkzaamheden ten behoeve van de Staat. Die afspraken zouden inhoudelijk er ook op neer kunnen komen dat ook het niet voor vereffening vatbare vermogen betrokken wordt in de omslag, maar zonder een dergelijke contractuele grondslag is dit in onze ogen niet mogelijk.

11. Vgl. HR 28 september 2004, *NJ* 2007/278, r.o. 3.6.2.

12. HR 23 november 2010, *NJ* 2011/44.

13. Aanwijzing Witwassen, *Stcrt.* 2008, 45.

vaststaat, geacht wordt voor een voorwaardelijke vordering op te komen. De vraag rijst in dat verband wanneer de vordering van de Staat ontstaat. In de literatuur is daarvoor een aantal visies te onderscheiden, uiteenlopend van het ontstaan op het moment dat een voordeel wordt verkregen uit het strafbare feit tot het vonnis van de rechtbank.¹⁴ Naar wij menen wringt er iets met de hiervoor geformuleerde uitgangspunten bij het aannemen van de verifieerbaarheid van een voorwaardelijk vorderingsrecht van de Staat. Dat voorwaardelijke vorderingsrecht strekt dan immers tot voldoening uit het zich wel voor vereffening lenende vermogen. In die situaties waarin de Staat zich volledig zou kunnen verhalen door ontneming van het niet voor vereffening vatbare vermogen is ondenkbaar dat dezelfde Staat tot eenzelfde bedrag een vordering zou hebben ten laste van het zich voor vereffening vatbare vermogen. In dat geval zou zij een en dezelfde schuld tweemaal voldaan zien maar eenmaal ten detrimente van de gefailleerde en eenmaal ten detrimente van diens schuldeisers.

Wij menen dat de voorwaardelijkheid van het vorderingsrecht tweeledig is. Niet alleen is de vordering voorwaardelijk totdat de rechter er over zal hebben beslist maar voorts voor zover die vordering niet voldaan kan worden uit het niet voor vereffening vatbare vermogen. In concreto betekent dat dan ook dat het faillissement niet kan worden afgewikkeld voordat de rechter over de (hoogte van) de ontnemingsvordering heeft beslist. Maar die implicatie heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk aanvaard in zijn hiervoor aangehaalde arrest van 13 juli 2010. Bij gevolg wordt de rechtsgang tot ontneming als een zich buiten het faillissement afspelende procedure ook niet getroffen door art. 29 Fw.¹⁵

8. Conclusie

Conclusie is dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd om het hogere doel, de ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen en de daaruit voortvloeiende inkomsten, boven de belangen van het conglomeraat te stellen. De curator die wordt geconfronteerd met een vermogen dat mogelijk geheel of gedeeltelijk afkomstig is uit criminele bron, kan zich niet 'rijk rekenen' door er zondermeer van uit te gaan dat dit vermogen tot de boedel behoort en ter delging van de algemene faillissementskosten kan worden aangewend. Sterker nog: hij die lichtvaardig met die materie omgaat, heeft zelfs strafvervolgning te vrezen, ondanks zijn goede motieven om het lagere belang waarvoor hij is aangesteld – dat van het conglomeraat – te behartigen.

14. Voor een volledig overzicht vergelijk de conclusie van A-G Knigge voor HR 2 juli 2013, *NJ* 2014/226 vanaf 4.4 tot en met 4.8 en daar vermelde literatuur.

15. HR 2 juli 2013, *NJ* 2014/226.