Strafrechtelijke 'aansprakelijkheid' van mede-ontwikkelaar Tornado Cash als medepleger: een te ruime interpretatie?

Annotatie bij Rechtbank Oost-Brabant 14 mei 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:2069

mr. A.B. Vissers en mr. J.P.T.G. van den Uithoorn[1]

De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant dateert alweer van enige tijd geleden. Een (kritische) noot bij deze uitspraak mag in dit themanummer evenwel niet ontbreken. De uitspraak is bijzonder omdat hierin (met name) centraal staat of de mede-ontwikkelaar van een (legale) open source tool strafrechtelijk aansprakelijk is voor het witwassen van cryptovaluta. Meer specifiek gaat het om de vraag of zijn bijdrage kan kwalificeren als die van medepleger. Dit punt stellen wij hierna centraal. Voorts is de uitspraak actueel. De zaak is momenteel aanhangig in hoger beroep. Daarnaast is in het recente verleden een andere mede-ontwikkelaar in de Verenigde Staten veroordeeld. Opvallend in die uitspraak is dat de jury kwam tot een veroordeling vanwege het runnen van een ongeregistreerd geldtransferbedrijf. Ten aanzien van het witwassen bleef de jury daarentegen verdeeld en volgde geen veroordeling.

1. Achtergrond zaak volgens de vaststellingen van de rechtbank

De zaak speelt zich af tegen de achtergrond van een in maart 2022 gepleegde hack waarbij grote hoeveelheden cryptovaluta Ether (hierna: ETH) werden gestolen. De ETH zouden een waarde van 625 miljoen USD vertegenwoordigen. Een deel daarvan, ter waarde van ongeveer 450 miljoen USD, wordt via een zogeheten 'crypto mixer' (Tornado Cash) witgewassen. Uit nieuwsberichten en aangiften volgt dat Tornado Cash in meer gevallen zou worden gebruikt voor het verhullen van geldstromen die afkomstig zijn uit hacks.[2] Uit opsporingsonderzoek volgt dat de verdachte een van de ontwikkelaars (en directieleden) van Tornado Cash is, waarna het onderzoek zich mede op hem richt. Het Openbaar Ministerie legt aan de verdachte het (mede)plegen van (gewoonte)witwassen[3] ten laste van (ongeveer) 535.809 cryptovaluta (ETH) ter waarde van (afgerond) 1.2 miljard USD door – kort samengevat – de herkomst en de verplaatsing te verbergen of te verhullen, te verbergen of te verhullen wie de rechthebbenden waren en te verbergen of te verhullen wie de voorwerpen voorhanden hadden, terwijl verdachte en/of zijn medeverdachten wist(en), althans redelijkerwijs moest(en) vermoeden, dat de voorwerpen geheel of gedeeltelijk – onmiddellijk of middellijk – afkomstig waren uit enig misdrijf.[4]

2. De werking van Tornado Cash

Tornado Cash biedt een zogeheten 'crypto mixer' dienst: cryptocurrencies worden gemixt. Daarbij hanteert Tornado Cash 'pools', een soort verzamelbakjes, die stortingen van het ene walletadres accepteren en opnames via een ander walletadres mogelijk maken. Het transactiespoor tussen een storting en een opname op de blockchain wordt zo verbroken. Het transactiespoor stopt bij Tornado Cash. Deze 'pools' beschikken over eigen 'smart contracts': regels en afspraken die door de organisatie worden gemaakt. Het beheer van en over de gestorte cryptovaluta vindt plaats via een stortingsbewijs (een 'note'), waarmee de gebruiker kan storten en

1. Annabel Vissers en Jeff van den Uithoorn zijn werkzaam als advocaat bij De Bont Advocaten te Amsterdam.
2. Zie het nieuwsbericht '64 maanden cel geëist tegen mastermind cryptomixer Tornado Cash' van 27 maart 2024, te raadplegen via de website www.om.nl (laatst geraadpleegd op 13 september 2025).
3. Het maken van een "gewoonte" fungeert als wettelijke strafverzwaringsgrond, zie HR 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1702.
4. De tenlastelegging is toegesneden op art. 420bis resp. art. 420quater (telkens eerste lid aanhef en onder a Sr), in verbinding met art. 420ter Sr. Zie uitgebreider over de uitleg van en het onderscheid tussen de diverse feitelijkheden die kunnen worden verborgen of verhuld, O.S. Pluimer en W.S. de Zanger, 'Witwassen', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, i.h.b. p. 131-135.

opnemen. Het stelt de gebruiker in staat Tornado Cash volledig anoniem te gebruiken. Tornado Cash verkrijgt op geen moment de beschikkingsmacht of controle over de cryptovaluta.

3. Feitelijke invulling medeplegen door de rechtbank

In de uitspraak komen meerdere elementen naar voren die het benoemen waard zijn.

Opbouw en motivering

De rechtbank concludeert dat Tornado Cash witwashandelingen heeft uitgevoerd, namelijk het verhullen of verbergen van de herkomst en de verplaatsing van uit misdrijf afkomstige cryptovaluta, wie de rechthebbenden daarvan waren en wie deze daadwerkelijk voorhanden hebben (gehad). Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of de verdachte voor die witwashandelingen strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden.

In dit verband komt onder meer aan de orde dat Tornado Cash in de tenlastegelegde periode is gaan functioneren als Decentralized Autonomous Organisation (DAO),[5] hetgeen inhoudt dat de governance werd overgedragen aan – en Tornado Cash op dat moment onder leiding stond van – de gemeenschap. Dit staat volgens de rechtbank aan de toerekening van het witwassen aan de verdachte niet in de weg. De rechtbank kent in dat verband veel gewicht toe aan de omstandigheden dat:
- de governance tot het moment waarop Tornado Cash een DAO werd, bij de verdachte en zijn medeverdachten lag;
- het uit handen geven van de governance een bewuste keuze van hen is geweest en;
- dat de verdachte – ook na de overdacht van de governance - 'substantiële zeggenschap' binnen Tornado Cash zou hebben behouden. Die vaststelling is gebaseerd op het volgende. Gelijktijdig met het functioneren als DAO, werden 'tokens' uitgegeven (tien miljoen in totaal). Daarmee konden voorstellen worden gedaan en kon worden gestemd. De kern van de werking van Tornado Cash kon, vanwege de onveranderlijke en autonoom werkende smart contracts, niet worden aangepast. Van een daadwerkelijke overdracht van de governance is volgens de rechtbank evenwel geen sprake geweest omdat een kleine groep bestaande uit de verdachte, twee medeverdachten en twee anderen, 30% van de tien miljoen tokens hielden, waarmee deze groep substantiële zeggenschap zou hebben behouden. In het kader van deze toerekening acht de rechtbank ten slotte nog van belang dat de verdachte na het feitelijk overdragen van de governance, de belangrijkste leverancier van ideeën en codes is gebleven en dat de verdachte een (financieel) belang had – en bleef houden – bij het gebruik van Tornado Cash door derden.

Een kanttekening kan worden geplaatst bij de overweging van de rechtbank over de vraag of de verdachte verantwoordelijk is voor de uitvoering van witwashandelingen door Tornado Cash. Eén van de doorslaggevende elementen lijkt te zijn dat ook na het overdragen van de governance aan de gemeenschap, sprake zou zijn gebleven van 'substantiële zeggenschap' bij de verdachte.

In het kader van deze zeggenschap stelt de rechtbank vast dat van de tien miljoen tokens, 30% daarvan in handen was van de verdachte en vier anderen. Ten aanzien van grotere strategische beslissingen is vastgesteld dat personen over minimaal 1.000 tokens moeten beschikken om een voorstel te kunnen doen. Een voorstel kon pas worden aangenomen als ten minste 25.0000 stemmen zijn uitgebracht. Onder die omstandigheden valt de vaststelling dat de verdachte en vier anderen, met 30% van de tokens, 'substantiële zeggenschap' zouden hebben gehad, moeilijk te volgen. Gelet op het belang dat de rechtbank toekent aan het behouden van (enige) zeggenschap – hetgeen ook begrijpelijk is omdat anders maar moeilijk tot strafrechtelijke 'verantwoordelijkheid' had kunnen worden gekomen – had het voor de hand gelegen wanneer de rechtbank dit nader had gemotiveerd. Uit de uitspraak volgt thans niet op welke wijze de verdachte daadwerkelijk zeggenschap kon uitoefenen en daadwerkelijke beslissingen kon nemen of kon tegenhouden.

Is Tornado cash de uitvoerder of de faciliteit?

De rechtbank beantwoordt de vraag of de verdachte strafrechtelijk verantwoordelijk is voor de uitvoering door Tornado Cash, bevestigend. Concluderend overweegt de rechtbank in dit verband: "verdachte, medeverdachte 1 en medeverdachte 2 zijn de bedenkers, de makers en de uitvoerders van Tornado Cash. Daarmee zijn zij ook verantwoordelijk voor de (gevolgen van de) werking van deze tool. Het autonome, onveranderlijke en niet te stoppen karakter van de smart contracts werkt in dit verband niet disculperend. Dat is immers geen toevallige omstandigheid. Deze eigenschappen zijn het gevolg van bewuste keuzes van de ontwerpers. Tornado Cash werkt zoals het is bedacht. Naar het oordeel van de rechtbank kan verdachte daarom worden aangemerkt als pleger van de door Tornado Cash uitgevoerde witwashandelingen".[6]

De tool, Tornado Cash, voert – aldus de rechtbank – de witwashandelingen uit, maar de verdachte wordt als pleger van die witwashandeling aangemerkt. In de overweging van de rechtbank ligt besloten dat de tool als zodanig een zelf handelend vermogen heeft. Met de tool worden de witwashandelingen uitgevoerd. Omdat de verdachte en zijn mededa-

5. Een DAO kwalificeert niet als een rechtspersoon (art. 51 Sr). Zie over de rechtspersoon o.m. D.R. Doorenbos, 'Wat is een rechtspersoon in de zin van artikel 51 Sr?', *AA* 2023, afl. 9, p. 676-682, met nadere bronvermelding.

6. Op grond van art. 47 lid 1 aanhef en onder 1° worden zij die het feit plegen (...) of medeplegen, als daders aangemerkt. Wij begrijpen de overwegingen van de rechtbank aldus dat de verdachte met de medepleger gelijk wordt gesteld.

ders de tool hebben ontwikkeld (hebben bijgehouden) en daarover zeggenschap zouden hebben behouden, kunnen zij als (mede)plegers worden aangemerkt van de witwashandelingen van Tornado Cash. De vraag kan worden gesteld of de tool juridisch niet had kunnen (of beter: had moeten) worden aangemerkt als een 'middel waarmee het misdrijf is gepleegd', zijnde een hulpmiddel waarmee handeling(en) worden verricht die het misdrijf van de ander daadwerkelijk bevordert of het misdrijf vergemakkelijkt. Wanneer de tool wordt gekwalificeerd als een middel waarmee het misdrijf is gepleegd dan zou de deelnemingsvariant medeplichtigheid voor de hand hebben gelegen. De verdachte zou alsdan een middel ter beschikking hebben gesteld waarmee door een ander kan worden witgewassen. In dit verband verdient opmerking dat het de verdachte niet op voorhand bekend was of iemand de diensten van Tornado Cash zou gebruiken voor legaal of illegaal vermogen. Ook vanwege volstrekt legale (privacy)redenen kon de gebruiker immers voor Tornado Cash kiezen. Daarmee dringt een vergelijking zich op met een tweetal (fiscale) uitspraken waarin het eveneens ging om het aanbieden van een 'faciliteit' waarmee een misdrijf kon worden gepleegd, maar waarbij niet op voorhand vaststond dat de gebruiker daartoe ook zou overgaan.

Clickfonds-zaak

In de zogenaamde Clickfonds-affaire ging het om de vervolging van een uit Nederland afkomstige, in Zwitserland gevestigde vermogensbeheerder. Feitelijk in Zwitserland gevestigde vennootschappen, waarvan de vermogensbeheerder (enig) bestuurder en enig aandeelhouder was, ontvingen gelden van personen die in Nederland binnenlands belastingplichtig waren.[7] Die gelden werden door de cliënten gestort op een bankrekening van een van de vennootschappen. Ter uitvoering van een daartoe strekkende overeenkomst was de vermogensbeheerder (*Treuhändler*) bevoegd en verplicht het saldo op de bankrekening te beheren overeenkomstig de instructies van – en voor rekening en risico van – de cliënt. Het saldo bleef buiten het vermogen van de vermogensbeheerder, maar werd door hem ondergebracht op verschillende (sub)rekeningen. Derden konden door deze handelwijze geen verband leggen tussen de cliënt en de hem betreffende (sub)rekening. Feitelijk een soort Tornado Cash *avant la lettre*. De tenlastelegging in de Clickfonds-zaak was toegesneden op medeplegen van het samen met anderen opzettelijk onjuist en onvolledig doen van belastingaangifte, dan wel de medeplichtigheid daarbij of daartoe.[8] Gerechtshof Amsterdam spreekt vrij voor het medeplegen en overweegt in dat verband dat 'de gedragingen in een te ver verwijderd verband staan om te oordelen dat de verdachte in z'n algemeenheid de onjuiste aangifte heeft medegepleegd'.[9] Het bereik van strafrechtelijke aansprakelijkheid via de band van medeplichtigheid werd in deze uitspraak volgens Valkenburg aanzienlijk uitgebreid.[10] Ter zake het wel of niet verantwoordelijk (kunnen) houden van de verdachte voor het misbruik dat van de faciliteit kon worden gemaakt, overwoog het gerechtshof in reactie op een gevoerd verweer: "De stelling van de verdediging dat degene die een faciliteit aanbiedt niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het misbruik dat daarvan wordt gemaakt, ook niet als hij onderkent dat zijn legale activiteit de mogelijkheid in zich bergt door derden te worden misbruikt, getuigt in zijn algemeenheid van een onjuiste rechtsopvatting (...). Dat de subrekening geen middel tot het plegen van het delict is geweest, doet aan 's hofs oordeel evenmin af aangezien strafbare hulpverlening niet enkel hoeft te bestaan uit het verschaffen van middelen. Strafbare hulpverlening kan voorts bestaan uit (...) gelegenheid tot het plegen van dat misdrijf ".[11]

Dat de verdachte niet (altijd) wist of een specifieke cliënt daadwerkelijk overging of over zou gaan tot het doen van een onjuiste en onvolledige aangifte en hij evenmin de zekerheid had over het moment waarop dat plaatsvond of zou plaatsvinden omdat hij met die belastingaangifte geen directe bemoeienis had, staat (gelet op de voorwaardelijk opzet redenering) aan het aannemen van strafbaarheid niet in de weg.[12] De hof-uitspraak werd door de Hoge Raad bekrachtigd.[13]

De Clickfonds-zaak is relevant omdat ook in die zaak centraal stond of het aanbieden van een faciliteit die zowel voor legale als voor illegale doeleinden kon worden gebruikt, kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het verschil tussen de Clickfonds-zaak en Tornado Cash is dat in de Clickfonds-zaak het strafrechtelijke verwijt zag op de deelneming aan het indienen van onjuiste belastingaangiften. Omdat de vermogensbeheerder met die aangiften zelf niets van doen had gehad, was geen sprake van een nauwe en bewuste samenwerking, die ter zake van medeplegen wel is vereist. De vraag is of de uitkomst in de Clickfonds-zaak anders zou zijn geweest als de officier van justitie de vermogensbeheerder een zelfstandig verwijt van witwassen had gemaakt, zoals in Tornado Cash aan de orde is.

Andersom kan de vraag worden gesteld of een vervolging ter zake medeplichtigheid in de zaak van Tornado Cash niet meer voor de hand had gelegen. Weliswaar is het delict waarvoor in de Clickondszaak werd vervolgd een ander feit, maar de meer algemene overwegingen van het gerechtshof in de Clickfonds-zaak die zien op de deelneming, passen ook goed bij de vaststellingen in de Tornado Cash-

7. Zie over deze zaak ook A.B. Vissers in: G.J.M.E. de Bont e.a. (red.) *'De belastingadviseur onder vuur. Enige beschouwingen uit de praktijk en wetenschap'*, Amsterdam 2015, p. 53-54.
8. De overige tenlastegelegde feiten laten wij buiten beschouwing.
9. Zie andersluidend in deze zaak: Rb. Amsterdam 16 januari 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AF3008.
10. W.E.C.A. Valkenburg, *Inleiding fiscaal recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 76.
11. Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2006, *LJN* AV4924, i.h.b. rov. 38-42.
12. Zie daarover kritisch Valkenburg, a.w., p. 76.
13. HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA8463.

zaak. Zo overweegt het gerechtshof in de Clickfondszaak "dat de verdachte het plegen van een misdrijf heeft bevorderd en elk geval heeft gefaciliteerd." In de Tornado Cash-zaak is sprake van het ontwikkelen van een tool en een eventuele bijdrage is, zo bezien, in hoofdzaak voor het strafbare feit geleverd.
In het kader van het opzet van de vermogensbeheerder in Clickfonds, citeert het gerechtshof de verklaringen van de verdachte. Daarover valt in het arrest te lezen: "Het openen van een subrekening was een faciliteit van de banken, je maakte daar gewoon gebruik van. Het doel van de constructie was niet om een naam verborgen te houden, maar dat vloeide er wel uit voort. Ik hoefde aan klanten niet te vragen waarom zij bij mij kwamen. Dat is voor geen enkele Treuhand een thema". En: "Het is juist dat het gehanteerde systeem de mogelijkheid bood om geld buiten het zicht van de fiscus te houden."
Deze verklaring past binnen het kader van de Tornado Cash-uitspraak. Ook daarin is feitelijk 'slechts' sprake van het aanbieden van een tool waarmee personen (de herkomst van) vermogen buiten het zicht van de autoriteiten konden houden, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het doel van het aanbieden van het middel.

Leverancier kassasystemen

In een andere zaak was de verdachte een leverancier van kassasystemen waarmee – kort samengevat – (kassa)bonnen uit het systeem konden worden verwijderd (de 'gumfunctie'). Afnemers van deze kassasystemen deden op basis van (gemanipuleerde) kassa-administratie, onjuiste belastingaangiften. De verdachte bood klanten ondersteuning, ook ten aanzien van de gumfunctie. De tenlastelegging was toegesneden op het medeplegen van, dan wel het medeplichtig zijn aan, het opzettelijk doen van onjuiste belastingaangiften. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat zij zich geen andere bedoeling kon voorstellen bij de verborgen functie dan het illegaal bewerken van omzetgegevens en de verdachte is zich daar volgens de rechtbank ook bewust van geweest. Met het verkopen van de software heeft de verdachte 'willens en wetens de aanmerkelijke kans dat de afnemer met het programma omzet zal wissen en aan de waarneming door de fiscus zal onttrekken, met alle fiscale gevolgen van dien', aanvaard.[14] De rechtbank concludeerde dat sprake is van medeplegen.[15]
In het hoger beroep volgde evenwel een andere uitkomst. Hoewel het gerechtshof heeft overwogen dat de gedragingen van de verdachte (het leveren van een instrument waarvan het onmiddellijke effect het vervalsen van de kassabonnen en administratie is) strafrechtelijk gezien niet in een te ver verwijderd verband stonden voor daderschap, werd vrijgesproken ter zake het medeplegen, vanwege onvoldoende bewijs van een nauwe en bewuste samenwerking.[16] De gedragingen kwalificeerde wel als medeplichtigheid, bestaande uit het opzettelijk inlichtingen verschaffen. De hof-uitspraak werd door de Hoge Raad bekrachtigd.[17]

Hoewel ook in de zaak van de leverancier van de kassasystemen sprake is van een fiscaal delict, kan opnieuw een parallel worden getrokken met de Tornado Cash-zaak. Het is immers opnieuw een voorbeeld van een faciliteit die zowel voor legale als illegale doeleinden kan worden gebruikt, en waarin de bijdrage van de verdachte (de aanbieder) – in hoger beroep – 'slechts' kwalificeert als medeplichtigheid.

In de besproken rechtspraak waren meerdere delictsbetrokkenen aan de orde (medeplegen en medeplichtigheid), maar de conclusie in hoger beroep is telkens dat de verdachte niet aansprakelijk wordt geacht voor medeplegen, maar voor medeplichtigheid. Ook met oog op andere bijbehorende rechtsgevolgen,[18] waaronder de toepasselijke strafmaxima (waarbij het maximum van de hoofdstraf bij medeplichtigheid met een derde wordt verminderd), is het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid relevant. In de Tornado Cash-zaak werd de verdachte veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van 64 maanden. Hoewel die straf nog binnen de bandbreedte valt van de maximale straf indien de verdachte ter zake medeplichtigheid was veroordeeld, zou een verschil in kwalificatie waarschijnlijk tot een lagere straf hebben geleid.

Contra-indicaties

Ten slotte is hetgeen de rechtbank in de Tornado Cash-zaak heeft overwogen met betrekking tot (het ontbreken van) contra-indicaties relevant. De rechtbank beantwoordt die vraag in het kader van het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte. Daarbij vallen twee elementen op. Het eerste is dat de Tornado Cash – ten tijde van het tenlastegelegde – niet onder de FinCen regelgeving viel en geen verplichting bestond om compliance-maatregelen in te bouwen in de tool. Hoewel daartoe dus niet gehouden,[19] hebben de ontwikkelaars wel een tweetal van dergelijke maatregelen getroffen (namelijk het implementeren van een functie waarmee de transactiegeschiedenis van de cryptovaluta kon worden aangetoond en een functie waarmee transacties konden worden gemonitord). De rechtbank acht die omstandigheden niet van belang, omdat die maatregelen niet effectief zouden zijn gebleken en omdat de tool ongeschikt was om het 'misbruik' van Tornado Cash te voorkomen. Het tweede element ziet op het mede-

14. Rb. Rotterdam 2 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX6802.
15. Zie vergelijkbaar: Rb. Zwolle 8 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW5187.
16. Gerechtshof Den Haag 29 februari 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC5500, i.h.b. onder 'F.1-F4'.
17. HR 21 december 2010, LJN: BM4415.
18. Zie ook A.R. Hartmann, 'Medeplegen: back to basics', *DD* 2012/43.
19. Sinds 30 december 2024 moeten aanbieders van cryptoactivadiensten (CASP's), op grond van de MiCAR-regelgeving, een vergunning of notificatie hebben van de AFM of een andere Europese toezichthouder. Het gaat daarbij om partijen die gebruikers helpen bij het beheren, verhandelen of opslaan van hun crypto-activa. Sinds 4 februari 2025 kwalificeren CASP's als een financiële instelling ingevolge de Wwft en vallen zij onder toezicht van de AFM.

plegen. De rechtbank kent in dat verband veel gewicht toe aan het niet distantiëren: "Ook had verdachte zich kunnen distantiëren van Tornado Cash door het gebruik ervan niet meer te promoten en nadrukkelijk te wijzen op het feit dat er misbruik van werd gemaakt. Verdachte heeft echter op geen enkel moment bij autoriteiten melding gemaakt van het feit dat in Tornado Cash van misdrijf afkomstige Ether werden gestort of andere maatregelen werden genomen. In tegendeel, verdachte, [medeverdachte 1] en [medeverdachte 2] hebben enkel een algemeen bericht opgesteld dat zij verzenden naar instanties en personen die vragen om hulp, als blijkt dat hun gestolen Ether in Tornado Cash zijn gestort". Het is de vraag of van een verdachte kan worden verlangd dat hij niet heeft gewezen op 'misbruik' van een tool, als hij van dat misbruik geen wetenschap had. Uit de inleidende overwegingen hierboven volgt dat de 'omvangrijke' hack plaatsvond in maart 2022. De 36 afzonderlijke bewezenverklaarde hacks vonden plaats vanaf 2019. De hack uit maart 2022 beslaat een gedeelte van het totaalbedrag dat zou zijn witgewassen. Hoewel wij de overwegingen van de rechtbank die zien op gemiste signalen ten aanzien van gestorte cryptovaluta na maart 2022 wel kunnen volgen, zien wij dat dus anders voor wat betreft de veronderstelde wetenschap ten aanzien van alle bewezenverklaarde hacks. Daarin had de rechtbank onderscheid moeten maken. Had de rechtbank zulks gedaan, dan had dat ook consequenties moeten hebben in de pleegperiode (en derhalve ook in de strafmaat). Daarbij komt ook dat aan het niet distantiëren, blijkens bestendige rechtspraak van de Hoge Raad, minder gewicht toekomt.[20]

In de hiervoor benoemde Clickfonds-zaak is door het gerechtshof eveneens een overweging gewijd aan het niet distantiëren door de verdachte. Het gerechtshof overwoog in die zaak: "Aldus beschouwd is de KLM, dat zij de verdediging toegegeven, niet per definitie medeplichtig aan alle drugstransporten die met door haar gebruikte toestellen worden uitgevoerd, maar wel aan die specifieke transporten waarvan zij weet dat die plaatsvinden, eventueel zonder zich daarvan als vervoersmaatschappij op enig moment te distantiëren. Het hof wil voorts beslist niet uitsluiten dat in het buitenland gevestigde filialen van Nederlandse bankinstellingen zich schuldig maken aan medeplichtigheid tot belastingontduiking. Of dat het geval is valt buiten het bestek van deze procedure, maar het zal in algemene bewoordingen afhangen van de wetenschap die medewerkers van dat filiaal hebben van de beweegredenen van de klanten en van de moeite die zij zich hebben getroost daaromtrent informatie in te winnen". Het niet distantiëren wordt door het gerechtshof nadrukkelijk niet los gezien van de vraag: waar had de verdachte specifiek wetenschap van?

4. Afrondend

In de Tornado Cash-uitspraak is de rechtbank voorbij gegaan aan het verweer dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de (mede)pleger van het witwassen en degene die een faciliteit heeft ontwikkeld om dat witwassen (eventueel) mogelijk te maken. Geheel vanzelfsprekend is dat niet. De vaststellingen van de rechtbank geven ons aanleiding de vraag te stellen of de gedragingen niet eerder kwalificeren als medeplichtigheid. De handelingen van de medeplichtige hebben in tegenstelling tot die van de medepleger geen bepalende invloed op de gang van zaken tijdens de uitvoering. Dat dit laatste in Tornado Cash het geval was, volgt nadrukkelijk uit de vaststellingen van de rechtbank zelf omtrent de autonome werking van Tornado Cash. Daarbij komt dat uit de besproken (fiscale) rechtspraak volgt dat in die zaken – waarin het eveneens ging om het aanbieden van een 'faciliteit' waarmee een misdrijf kon worden gepleegd, maar waarbij niet op voorhand vaststond dat de gebruiker daartoe ook zou overgaan – in hoger beroep werd vrijgesproken voor het medeplegen. Die rechtspraak toont in elk geval (ook) aan dat een nadere bewijsoverweging aangewezen is, waarin aandacht dient te worden besteed aan de vraag of wel zo nauw en bewust is samengewerkt dat van medeplegen kan worden gesproken.[21] Gelet op het belang voor de rechtsgevolgen menen wij dat in de bewijsvoering van de rechtbank onvoldoende dragend tot uitdrukking is gebracht dat sprake is van medeplegen.

20. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:3637, rov. 3.2.2.

21. Zie ook het standaardarrest HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:3474 en HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316. Zie ook HR 6 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09905.