

## Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming

Kooijmans, Tijs; Borgers, M.J.

*Published in:*  
Delikt en Delinkwent

*Document version:*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2010

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Kooijmans, T., & Borgers, M. J. (2010). Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming. *Delikt en Delinkwent*, 40(3), 205-270.

### General rights

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

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

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming<sup>2</sup>

---

**16** *In het najaar van 2009 heeft de minister van justitie een wetsvoorstel ingediend waarin een verruiming van de mogelijkheden tot het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel wordt voorgesteld. Het wetsvoorstel strekt tot vergroting van de toepassingsmogelijkheden van artikel 36e lid 2 Sr, tot wijziging van 36e lid 3 Sr door onder meer een wettelijk bewijsvermoeden te introduceren, tot verruiming van het bereik van de verbeurdverklaring, tot uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van het strafrechtelijk financieel onderzoek, tot verruiming van het ‘anderbeslag’, tot introductie van een verhaalsonderzoek en tot aanpassing van een aantal wettelijke voorschriften betreffende de ontnemingsprocedure. In deze bijdrage wordt, mede aan de hand van het huidige ontnemings(proces)recht en de witwasbepalingen in het Wetboek van Strafrecht, dit scala aan voorgestelde wijzigingen geanalyseerd en wordt hun beoogde meerwaarde beoordeeld.*

### **I Inleiding**

Met de op 1 maart 1993 in werking getreden ontnemingswetgeving (of ‘pluk-ze wetgeving’) beoogde de wetgever indertijd onder meer een verruiming te introduceren van de gevallen waarin kon worden overgegaan tot het opleggen van de ontnemingsmaatregel.<sup>3</sup> Waar vóór de genoemde datum op basis van artikel 36e (oud) Sr slechts voordeel kon worden ontnomen dat was verkregen uit het strafbare feit ter zake waarvan de verdachte veroordeeld werd, maakte de ontnemingswetgeving het mogelijk om ook in drie andere (verderop in

<sup>1</sup> Hoogleraar straf(proces)recht Vrije Universiteit Amsterdam, respectievelijk universitair hoofddocent straf(proces)recht Universiteit van Tilburg.

<sup>2</sup> Citeerwijze: M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘Verruiming of verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming’, *DD* 2010, 16.

<sup>3</sup> Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11.

deze bijdrage te noemen) categorieën van gevallen tot ontneming te komen. Daarnaast behelsde de ontnemingswetgeving – tegen de achtergrond van de wens van de wetgever om de vermogenssancties ten opzichte van elkaar af te bakenen – een inperking van de mogelijkheden om de bijkomende straf van verbeurdverklaring toe te passen. Voorts werd het strafrechtelijk financieel onderzoek (hierna verder: SFO) ingevoerd en werd een aparte regeling voor de ontnemingsprocedure geïntroduceerd: Titel IIIb Boek 5 Sv.

Na een aanpassing van de ontnemingswetgeving aan het begin van het nieuwe millennium waarbij onder meer de vervangende hechtenis werd afgeschaft en vervangen door de mogelijkheid van het toepassen van lijfswang,<sup>4</sup> heeft de minister recent een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt waarin een nieuwe verruiming van de mogelijkheden tot het ontnemen van voordeel wordt voorgesteld (hierna verder: het wetsvoorstel).<sup>5</sup> Het wetsvoorstel betreft niet alleen wijzigingen in de formeelrechtelijke en de materieelrechtelijke regeling van de ontnemingsmaatregel, maar ziet ook op de bijkomende straf van verbeurdverklaring.

In deze bijdrage bespreken wij de voornaamste aspecten van het wetsvoorstel. Wij plaatsen het wetsvoorstel allereerst in het perspectief van het huidige ontnemingsrecht (paragraaf 2). Vervolgens bespreken wij, tegen de achtergrond van dat huidige recht, de voorgestelde wijziging van artikel 36e lid 2 Sr (paragraaf 3) en artikel 36e lid 3 Sr (paragraaf 4). Daarna staan wij stil bij de voorgestelde verruiming van het toepassingsbereik van de verbeurdverklaring (paragraaf 5), de aanpassingen van de regeling van het SFO (paragraaf 6), de vereenvoudiging van de regeling van het zogeheten anderbeslag van artikel 94a leden 3 en 4 Sv (paragraaf 7), de introductie van het (verhaals)onderzoek in de executoriale fase (paragraaf 8) alsmede enkele aanpassingen met betrekking tot de ontnemingsprocedure (paragraaf 9). Voorts maken wij enkele opmerkingen over een reeds aangekondigd amendement dat de hoofdelijke oplegging van de ontnemingsmaatregel mogelijk zou moeten maken (paragraaf 10) alsmede over het advies van de Raad van State omtrent de consultatie van de diverse adviserende organen (paragraaf 11). Wij sluiten af met een puntsgewijs weergegeven conclusie en enkele aanbevelingen (paragraaf 12).

4 Wet van 8 mei 2003, *Stb.* 202.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 2.

## 2 Het huidige ontnemingsrecht

### 2.1 Inleiding

Om het wetsvoorstel op zijn merites te kunnen beoordelen en om te bezien of de voorgestelde wijzigingen een meerwaarde vormen ten opzichte van het thans geldende recht, is het aangewezen om enkele aspecten van het huidige ontnemingsrecht in vogelvlucht te schetsen. Wij stellen daarbij voorop dat de ontnemingsmaatregel ertoe strekt om de betrokkene het voordeel te ontnemen dat hij in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen.<sup>6</sup> Hierna staan wij stil bij de vier varianten die het recht thans biedt om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen, alsmede bij de in de praktijk gehanteerde, door de Hoge Raad toegestane berekeningsmethoden.

### 2.2 Vier varianten

Naar huidig recht bestaan vier varianten van gevallen naar aanleiding waarvan de ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd. De eerste drie varianten zijn neergelegd in artikel 36e lid 2 Sr, de vierde in artikel 36e lid 3 Sr.

De eerste variant betreft de ‘basale’ situatie dat voordeel wordt ontnomen dat is verkregen door het strafbare feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld. Het is bijvoorbeeld de diefstal van een geldsom geweest ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld en welk geldbedrag hem wordt ontnomen.

In de tweede variant wordt voordeel ontnomen naar aanleiding van soortgelijke feiten als het delict waarvoor de betrokkene is veroordeeld.<sup>7</sup> Een veroordeling wegens een Opiumwetdelict kan aldus aanleiding geven tot het ontnemen van voordeel verkregen uit andere Opiumwetdelicten.

De derde variant betreft voordeelsontneming naar aanleiding van feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. De formulering ‘kan worden opgelegd’ duidt erop dat – anders dan bij een frase als ‘waarop naar de wettelijke omschrijving

6 Zie o.a. HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242 m.nt. JR; HR 30 november 2004, *NJ* 2005, 133 en HR 14 februari 2006, *NJ* 2006, 163.

7 Dat het soortgelijke feit inmiddels is verjaard, staat niet aan ontneming van het uit dat feit voortgevloeide voordeel in de weg: HR 7 juli 2009, *NJ* 2009, 422 m.nt. J.M. Reijntjes.

een geldboete van de vijfde categorie is gesteld' – niet wordt geabstraheerd van (strafverlagende en) strafverhogende omstandigheden zoals neergelegd in artikel 23 lid 7 Sr, artikel 6 lid 1 WED en artikel 12 Opiumwet.<sup>8</sup> Het samenstel van die bepalingen maakt het onder omstandigheden mogelijk dat voor een feit dat wordt bedreigd met een geldboete van de derde categorie, een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, waardoor ook een ontnemingsmaatregel naar aanleiding van een dergelijk feit mogelijk is.

In zowel de tweede als de derde variant is vereist dat voldoende aanwijzingen bestaan dat de betreffende feiten door de betrokkene zijn begaan. Het 'grondfeit' – dat wil zeggen: het feit ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld – behoeft in de tweede en derde variant geen voordeel te hebben opgeleverd.<sup>9</sup> Een veroordeling wegens eenvoudige mishandeling kan dus aanleiding geven tot ontneming overeenkomstig artikel 36e lid 2 Sr als voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene een feit – bijvoorbeeld een Opiumwetdelict – heeft begaan waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd en (slechts) laatstgenoemd feit voordeel heeft opgeleverd.

De in artikel 36e lid 3 Sr vervatte, vierde variant ziet op de situatie dat de betrokkene voordeel heeft gegenereerd uit andere strafbare feiten – door wie ook en op welke wijze ook begaan – en de betrokkene is veroordeeld wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd en er een SFO is ingesteld.<sup>10</sup> De tekst van de aanvankelijk door de ontnemingswetgeving in dit artikellid gekozen formulering ('indien aannemelijk is dat ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen') suggereerde dat de betrokkene (ten minste ook) uit het misdrijf waarvoor hij was veroordeeld, voordeel had verkregen. Die suggestie is blijkens een uitspraak van de Hoge Raad uit 2002 onjuist: het voordeel behoeft niet (tevens) uit dat misdrijf te zijn voortgevloeid.<sup>11</sup> Met

8 Zie nader M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001, p. 124-128.

9 Vgl. HR 14 september 1999, *NJ* 2000, 55 m.nt. JR.

10 Artikel 36e lid 3 Sr bepaalt dat een SFO is ingesteld tegen de verdachte van 'dat misdrijf', zijnde het misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd en ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld. De Hoge Raad geeft echter een ruimere uitleg aan artikel 36e lid 3 Sr, welke er op neerkomt dat het SFO geen betrekking behoeft te hebben op het feit waarvoor de verdachte is veroordeeld: HR 14 september 1999, *NJ* 2000, 55 m.nt. JR.

11 HR 26 februari 2002, *LJN* AD5368.

de aanpassing van de ontnemingswetgeving in 2003 is artikel 36e lid 3 Sr in overeenstemming gebracht met deze rechtspraak. Thans spreekt artikel 36e lid 3 Sr over 'ook dat feit of andere strafbare feiten'.

### 2.3 Methoden van voordeelsberekening

In de praktijk van de financiële recherche bestaan grosso modo twee (soorten) methoden aan de hand waarvan de voordeelsberekening plaatsvindt: de concrete en de abstracte methode.<sup>12</sup>

De concrete methode is gebaseerd op het zogenoemde transactieresultaat. Van ieder afzonderlijk strafbaar feit ('transactie') wordt het specifiek daardoor verkregen voordeel berekend. Dat voordeel bestaat uit het 'bruto' voordeel – welk voordeel wordt gevormd door de directe vermogensaanwas door het strafbare feit en door het eventuele vervolgprijt<sup>13</sup> en/of door de besparing van kosten<sup>14</sup> – minus de gemaakte kosten.<sup>15</sup> Deze concrete methode vereist aldus een specificatie van de strafbare feiten, de daardoor verkregen voordelen en de ten behoeve van die feiten gemaakte kosten. Hierbij geldt dat indien de betrokkene is vrijgesproken van een bepaald feit, niet tot ontneming van voordeel uit dat feit aan de hand van de onderhavige berekeningsmethode kan worden gekomen. Ontneming levert onder deze omstandigheden strijd op met de onschuldpresumptie, zo blijkt uit het Straatsburgse *Geerings*-arrest.<sup>16</sup>

12 Zie voor een beschrijving van deze beide methoden ook de Aanwijzing Ontneming van het College van procureurs-generaal, *Strct.* 2009, 40. Vgl. voorts M.A.H. Kempen, *Bewijs in ontnemingsprocedures*, Deventer: Kluwer 2003, p. 100-111.

13 Het gaat om het in artikel 36e lid 2 Sr bedoelde 'voordeel uit de baten van het feit'.

14 Artikel 36e lid 4, tweede volzin, Sr.

15 Het gaat om de gemaakte kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict dat tot het voordeel heeft geleid: HR 8 juli 1998, *NJ* 1998, 841 m.nt. Sch. De wetgever heeft de rechter grote vrijheid gelaten of en zo ja, in welke mate hij rekening wil houden met zodanige kosten. Indien door of namens de betrokkene gemotiveerd en met specificatie van de desbetreffende posten het verweer is gevoerd dat bepaalde kosten bij de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel dienen te worden afgetrokken, zal de rechter in zijn uitspraak tot uitdrukking behoren te brengen hetzij dat de gestelde kosten niet kunnen gelden als kosten die in directe relatie staan tot het delict, hetzij dat zij wel als zodanig kunnen gelden maar dat zij – al dan niet gedeeltelijk – voor rekening van de betrokkene dienen te blijven: HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 124 m.nt. Pme.

16 EHRM 1 maart 2007, *NJ* 2007, 349 m.nt. M.J. Borgers (*Geerings v. the Netherlands*). Wat precies de implicaties zijn van de *Geerings*-uitspraak, is nog altijd onderwerp van discussie. Zie daarover A.A. Franken, 'Het daadwerkelijk verkregen voordeel', *DD* 2007, 34, p. 433-445, alsmede de annotatie van Borgers in de *NJ*.

Ten tweede wordt in voorkomende gevallen ook wel een abstracte methode van voordeelsberekening gehanteerd. Kenmerkend voor deze methode is dat wordt uitgegaan van een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel over een bepaalde periode, waarbij geen direct causaal verband hoeft te worden aangetoond tussen dat berekende voordeel en de strafbare gedragingen.<sup>17</sup> Deze abstracte methode doet zich in verschillende gedaanten voor en leent zich voor de hierboven genoemde vierde variant. Geen rechtsregel staat er evenwel aan in de weg dat deze methode eveneens wordt gehanteerd ter berekening van het in artikel 36e lid 2 Sr verkregen voordeel.<sup>18</sup> De meest voorkomende verschijningsvormen van de abstracte methode zijn de zogenoemde vermogensvergelijkingsmethode<sup>19</sup> en de kasopstelling.<sup>20</sup> Het voert hier te ver om deze methoden in detail te bespreken. In de kern komt het erop neer dat er wordt berekend hoeveel vermogen de betrokkene in een bepaalde periode heeft vergaard en dat vervolgens wordt nagegaan in hoeverre aan de hand van *legale* inkomstenbronnen die vermogensgroei kan worden verklaard. Indien blijkt dat de vermogensgroei niet of niet geheel kan worden verklaard aan de hand van de bekend geworden legale bronnen, wordt van de verdachte gevergd dat hij inzicht verschaft in zijn activiteiten. Van hem wordt verwacht dat hij verklaart welke andere legale bronnen de vermogensgroei verklaren. Slaagt hij daar niet in, dan wordt ervan uitgegaan dat het niet-verklaarde deel van de vermogensgroei afkomstig is uit – al dan niet door de betrokkene zelf begane – strafbare feiten.

De vermogensvergelijkingsmethode is door de Hoge Raad onder meer beoordeeld in de ontnemingszaak tegen Charles Z. De Hoge Raad overwoog, voor zover hier van belang:

‘4.4. Geen rechtsregel en met name niet art. 6 EVRM verzet zich ertegen dat in zaken als de onderhavige, waarin de grondslag van de vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel – hier het strafbare feit door middel van of waaruit dat voordeel is verkregen – in rechte is komen vast te staan, de bewijslast op redelijke en billijke wijze wordt verdeeld tussen het openbaar ministerie en de betrokkene.

17 Borgers 2001, p. 128-130, 293-306; H.G. Punt, *Praktijkboek Ontneming*, Den Haag: Sdu 2009, p. 62.

18 Vgl. HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 m.nt. Pme. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5 en 10.

19 HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 m.nt. Pme.

20 HR 17 september 2002, *LJN* AE3569. In de Aanwijzing Ontneming wordt een onderscheid gemaakt tussen de eenvoudige en de uitgebreide kasopstelling.

Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de rechter steeds bevoegd is het door de betrokkene te betalen geldbedrag lager vast te stellen dan het voordeel dat hij volgens de schatting heeft verkregen.

- 4.5. Voorts staat geen rechtsregel en met name niet het (...) stelsel van bewijsvoorschriften eraan in de weg dat in het kader van een redelijke en billijke verdeling van de bewijslast, als onder 4.4 bedoeld, bij de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel gebruik wordt gemaakt van de door het Hof bedoelde methode, mits
- a. het gaat om een beredeneerde vermogensvergelijking die gebaseerd is op wettige bewijsmiddelen (bijvoorbeeld een rapport dat door een daartoe gekwalificeerd persoon is opgemaakt in het kader van een ingesteld strafrechtelijk financieel onderzoek), alsmede
  - b. de betrokkene de gelegenheid is geboden om – zo nodig door bescheiden gestaafd – tegenover de rechter aannemelijk te doen worden dat en waarom de door middel van die methode vastgestelde stijging van zijn vermogen niet of niet geheel haar oorsprong vindt in feiten als bedoeld in art. 36e Sr dan wel anderszins niet kan gelden als voordeel in de zin van die bepaling.<sup>21</sup>

Op vergelijkbare gronden heeft ook de kasopstelling de goedkeuring van de Hoge Raad gekregen.<sup>22</sup> Anders dan in de concrete methode van voordeelsberekening waarin de berekening plaatsvindt op basis van het transactieresultaat, knopen de geschetste abstracte berekeningsmethoden aan bij het ‘ondernemingsresultaat’: de groei van het vermogen in de onderzochte periode wordt vastgesteld en omdat door politie en justitie voor die vermogensaanwas en gedane uitgaven niet een legale bron kan worden aangewezen, luidt de veronderstelling dat die vermogenscomponenten derhalve een criminele herkomst hebben. De specifieke strafbare feiten die aan die illegale vermogensvermeerdering ten grondslag liggen, zijn bij deze stand van zaken niet altijd bekend en behoeven dat ook niet te zijn.<sup>23</sup> Voor de toepassing van artikel 36e lid 3 Sr betekent dit dat de daar verlangde aannemelijkheid dat ‘andere strafbare feiten’ er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen, reeds kan worden gebaseerd op een financiële rapportage die louter de resultaten bevat van een vermogensvergelijking.

Van belang is voorts dat beide genoemde abstracte methoden als vertrekpunt nemen een (door de financiële recherche) geschat beginvermogen. Er wordt immers gekeken naar de groei van het vermogen in een bepaalde periode, zodat de omvang van het vermogen aan het begin van die periode (het beginvermogen) en het einde van

<sup>21</sup> HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 m.nt. Pme.

<sup>22</sup> HR 17 september 2002, *LJN* AE3569.

<sup>23</sup> Vgl. HR 4 april 2006, *NJ* 2006, 247.



die periode (het eindvermogen) moet worden vastgesteld. Bij de bepaling van het startpunt wordt uitgegaan van ‘de periode die begint met het feit of de feiten als bedoeld in art. 36e Sr’.<sup>24</sup> Onder die feiten kunnen worden begrepen de zo-even bedoelde andere strafbare feiten in de zin van artikel 36e lid 3 Sr. Als gezegd, behoeven die feiten volgens de hierboven weergegeven rechtspraak van de Hoge Raad niet bekend te zijn. Dat brengt met zich dat het startpunt van de te onderzoeken periode een betrekkelijk willekeurig moment in het verleden kan zijn. Ter illustratie: in het geval van een bestuurder van middelbare leeftijd van een criminele organisatie zou dat moment een groot aantal jaren in het verleden kunnen worden gelegd. Begrenzingen zullen hier overwegend worden ingegeven door feitelijke beperkingen: de vermogenspositie van een persoon van, pakweg, tien jaar geleden zal – gelet op de omstandigheid dat wettelijke bewaartermijnen doorgaans slechts enkele jaren belopen – lang niet altijd even eenvoudig in kaart te brengen zijn. Een principiële grens bestaat hier evenwel niet. In theorie zal een vermogensvergelijking ten aanzien van een bepaalde persoon zich dus kunnen uitstrekken over bijvoorbeeld de voorbije vijftien jaar. Steun voor dit standpunt vinden wij niet alleen in de weergegeven rechtspraak maar ook in de volgende opmerking die de Minister van Justitie maakte ter gelegenheid van de parlementaire behandeling van de ontnemingswetgeving:

‘Met betrekking tot het bepaalde in artikel 36e, derde lid, Wetboek van strafrecht, zoals voorgesteld, vroegen de leden van de fractie van het CDA of (...) aan de verkrijging van mogelijk te ontnemen wederrechtelijk voordeel geen enkele tijdslimiet is gesteld. (...) In overeenstemming met de veronderstelling die in de gestelde vraag ligt besloten, *stelt het voorgestelde art. 36e, derde lid, inderdaad geen grens in de tijd* aan het voordeel dat op grond van die bepaling voor ontneming in aanmerking kan worden gebracht. In theorie zou zich dus het in het verband van gestelde vraag gegeven voorbeeld kunnen voordoen. Dat geval en ook andere waarin zeer ver in het verleden zou worden teruggezocht naar wederrechtelijk verkregen voordeel is echter in hoge mate theoretisch. In de praktijk heeft voor een dergelijke vorm van financiële archeologie niet te worden gevreesd. In de eerste plaats niet omdat mag worden verwacht dat bij de uitvoering van strafrechtelijke financiële onderzoeken ook prioriteiten zullen worden gesteld. In de tweede plaats dient te worden bedacht dat het onderzoek naar de financiële handel en wandel van de persoon tegen wie het strafrechtelijk financieel onderzoek is gericht, steeds sterker voor problemen zal stellen naarmate verder in het verleden wordt teruggegaan; dat is te meer het geval doordat

24 HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 m.nt. Pme.

na verloop van tijd niet meer kan worden verwacht of geëist dat relevante bescheiden worden bewaard.<sup>25</sup>

Praktische redenen vormen aldus een belemmering voor het verrichten van onderzoek naar de vermogenssituatie van de betrokkene in het verre verleden, principiële redenen bestaan hier in de optiek van de bewindsman niet.

Hoewel voor een vermogensvergelijking een beginvermogen behoort te worden bepaald, kan zich af en toe een situatie voordoen waarin de omvang van een beginvermogen niet kan worden geschat, bijvoorbeeld omdat er over de betrokkene geen relevante informatie dienaangaande is te vergaren. De vraag rijst dan of er dan een andere abstracte wijze van de berekening van het voordeel beschikbaar en toelaatbaar is. In een uitspraak uit 2003 kreeg de Hoge Raad de gelegenheid om zich ook over deze situatie uit te laten.<sup>26</sup> Het betrof een ontnemingszaak waaraan een strafzaak voorafgegaan was die had geleid tot een veroordeling wegens een aantal transporten van hasj naar Engeland. Het lag voor de hand dat deze persoon het nodige had verdiend aan deze drugshandel, maar in het onderzoek was onduidelijk gebleven hoeveel geld de betrokkene per drugstransport ontving. Om die reden werd in de financiële rapportage voor de voordeelschatting – bij gebreke aan een andere berekeningswijze – het bedrag van dat voordeel gesteld op het totaalbedrag dat ter zake van de desbetreffende drugtransporten door de betrokkene werd geïnvesteerd en aan derden voor hun diensten werd uitbetaald. Deze door het hof overgenomen berekeningswijze werd door de Hoge Raad gesauveerd. In aanmerking genomen, aldus ons hoogste rechtscollege, dat

‘het gaat om een beredeneerde methode van voordeelsberekening gebaseerd op wettige bewijsmiddelen, terwijl voorts niet blijkt dat de betrokkene in feitelijke aanleg heeft aangevoerd dat en waarom het aan de hand van de bedoelde methode te schatten voordeel hier niet kan gelden als wederrechtelijk verkregen voordeel in de zin van art. 36e Sr, heeft het Hof zonder schending van enige rechtsregel het bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel als bedoeld in art. 36e Sr kunnen schatten aan de hand van het bedrag van al de terzake van de desbetreffende hashtransporten gedane investeringen en gemaakte kosten en heeft het kunnen oordelen dat er dan geen plaats meer is voor de door de verdediging voorgestane aftrek van vergeefs gedane investeringen of gemaakte kosten.’

25 *Kamerstukken II 1990/91*, 21 504, nr. 5, p. 13-14 (cursivering onzerzijds; MJB & TK).

26 HR 18 maart 2003, *NJ* 2003, 528.

Opmerking verdient dat in de hier door de Hoge Raad toegelaten berekeningsmethode van het hof geen aandacht is geschonken aan het risico van dubbeltellingen.<sup>27</sup> Een eenvoudig voorbeeld kan dat risico illustreren.

Stel dat een persoon overeenkomstig het volgende schema zou hebben gehandeld:

Transport 1: opbrengst = 50

Deze opbrengst wordt volledig geïnvesteerd ten behoeve van transport 2.

Transport 2: opbrengst = 75

Deze opbrengst wordt volledig geïnvesteerd ten behoeve van transport 3.

Transport 3: opbrengst = 100

Indien niet bekend wordt wat de opbrengst per transport is maar alleen het bedrag van de investeringen blijkt, kan het voordeel – overeenkomstig de zo-even weergegeven, door de Hoge Raad geaccordeerde berekeningsmethode – worden geschat op basis van de gedane investeringen en bedraagt het voordeel  $50+75=125$ .

Als in aanmerking wordt genomen dat de betrokkene feitelijk aan transport 2 een opbrengst heeft overgehouden van  $75-50=25$  en aan transport 3 een opbrengst van  $100-75=25$ , dan bedraagt het totale voordeel  $50+25+25=100$ , en zelfs nog minder indien de betrokkene ter verwezenlijking van het eerste transport (eveneens) kosten heeft gemaakt die zich voor aftrek van het uit dat feit verkregen voordeel lenen.

Men kan dit eenvoudige cijferbeeld uitbreiden met veel meer transacties en kostenposten en het is ook mogelijk om de bedragen te veranderen, maar dat verandert niets aan het feit dat de hier gepresenteerde berekeningswijze een aanzienlijke foutmarge kent. Dat er allerlei investeringen zijn gedaan en kosten zijn gemaakt, kan – indien er geen (toereikende) legale vermogensbestanddelen bekend zijn – er zeker op duiden dat de betrokkene zich op illegale wijze heeft verrijkt. Echter, het totaalbedrag aan investeringen en kosten is geen betrouwbare indicator voor het daadwerkelijk verkregen voordeel.

De schatting die onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie is opgesteld en die bij gebreke van concrete gegevens

<sup>27</sup> Dat risico is als zodanig wel onder gezien door Rb. Amsterdam 19 februari 2009, *LJN* BH6018.

in het genoemde voorbeeld leidt tot een betrekkelijk groot voordeel, kan aldus door de betrokkene worden weersproken. Dat weerwoord zou dan kunnen leiden tot een meer reëel beeld van het daadwerkelijk verkregen voordeel, nu dubbelstellingen uit de voordeelsberekening worden geëcarteerd.<sup>28</sup> Dat lijkt dan ook een adequate waarborg te zijn tegen de zojuist beschreven foutmarge. Toch schuilt hier een niet onbelangrijk addertje onder het gras. Om een aannemelijk weerwoord te kunnen bieden en daarmee de genoemde, door de Hoge Raad gesauveerde berekeningsmethode te ‘passeren’, dient de betrokkene inzicht te verschaffen in de wijze waarop hij zijn vermogen heeft vergaard en daarmee in zijn concrete criminele handel en wandel. Dat vergt in feite dat hij belastende verklaringen jegens zichzelf aflegt omtrent specifieke, door hem begane strafbare feiten. Die feiten zouden tot dat moment – het moment dus waarop de betrokkene dienaangaande verklaart in de ontnemingsprocedure – buiten het blikveld van de overheid en buiten de ten laste gelegde en bewezen verklaarde periode kunnen zijn gebleven. In het hierboven genoemde voorbeeld zou transport 1 (waarvan de overheid tot dusver onkundig was gebleven) aldus in het vizier kunnen komen. De betrokkene zou dat feit moeten bekennen om tot op zekere hoogte aan een betalingsverplichting uit hoofde van een ontnemingsmaatregel te ontkomen. In het licht van het nemo tenetur-beginsel is het de vraag of, indien het openbaar ministerie in die verklaring van de betrokkene aanleiding vindt om transport 1 separaat te vervolgen, de verklaring in die strafrechtelijke procedure voor het bewijs mag worden gebezigd. Voor de hand ligt dat niet.<sup>29</sup>

### 3 De vereenvoudiging van artikel 36e lid 2 Sr

Het wetsvoorstel brengt de thans bestaande tweede en derde variant terug tot één variant: ontneming van voordeel dat de betrokkene

28 Aldus het in de vorige voetnoot genoemde vonnis van de Rechtbank Amsterdam: ‘Deze methode heeft (...) een ultimum remedium karakter. De verdediging kan feiten en omstandigheden aandragen die nopen tot aanpassing van de opgevoerde kosten en/of investeringen. De raadsman en de veroordeelde hebben echter niets in het geding ingebracht dat noopt tot een andere zienswijze of aanpassing van de gebruikte getallen. Over een langere periode zijn soortgelijke feiten gepleegd en er zijn geen legale inkomsten bekend. In dit geval ligt het derhalve op de weg van de veroordeelde om informatie omtrent zijn inkomsten en uitgaven te verschaffen.’

29 Vgl. de noot van Knigge onder EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (*Saunders v. UK*).

heeft verkregen door middel van of uit baten van ‘andere strafbare feiten’ waartoe voldoende aanwijzingen bestaan dat deze door hem zijn begaan. De belemmeringen die nu nog bestaan door het vereiste van soortgelijkheid en, als het gaat om ontneming uit niet-soortgelijke feiten, door de voorwaarde dat het voordeel is voortgevloeid uit een feit waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, komen daarmee te vervallen. Anders dan de Minister van Justitie in de memorie van toelichting suggereert, worden de mogelijkheden om lichte(re) delicten in de ontnemingsvordering te betrekken door het wetsvoorstel vergroot.<sup>30</sup> Hoe relatief de huidige grens van de ‘vijfde-categorie-feiten’ ook is (derde variant), en hoe betrekkelijk ruim ook de grens is die wordt bestreken door de eis van soortgelijkheid (tweede variant), in het wetsvoorstel wordt iedere afbakening losgelaten.

Is dat nu bezwaarlijk? Bij de beantwoording van deze vraag kan worden aangeknoopt bij de doelstelling van de ontnemingsmaatregel. Zoals hierboven aan de orde is gesteld, strekt deze maatregel ertoe de betrokkene het voordeel te ontnemen dat hij in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft verkregen.<sup>31</sup> Aldus wordt beoogd rechtsherstel te realiseren: de betrokkene wordt – in financieel opzicht – in de situatie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien hij geen strafbaar feit of feiten zou hebben begaan. Vanuit deze grondslag van de ontnemingsmaatregel gedacht, bestaat er geen principiële reden om de reikwijdte van artikel 36e lid 2 Sr aan banden te leggen. De doelstelling van de ontnemingsmaatregel kan dan ook materieel tot op grote hoogte<sup>32</sup> worden verwezenlijkt door het voorgestelde artikel 36e lid 2 Sr, nu dat artikellid het mogelijk maakt om alle voordeel dat is voortgevloeid uit door de betrokkene begane feiten te ontnemen.

In aanmerking genomen dat abstracte berekeningsmethoden zoals de vermogensvergelijkingsmethode naar huidig recht ook kunnen worden toegepast bij artikel 36e lid 2 Sr en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geen aanwijzingen bevat waaruit kan worden afgeleid dat de minister onder het voorgestelde lid 2 op dit punt een koerswijziging zou willen inzetten, zal die methode ook bij

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 10. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 7 en 13.

<sup>31</sup> Zie o.a. HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242 m.nt. JR; 30 november 2004, *NJ* 2005, 133 en HR 14 februari 2006, *NJ* 2006, 163.

<sup>32</sup> Slechts het voordeel dat de betrokkene heeft gegenereerd uit door anderen begane feiten, valt niet (gevallen van witwassen door de betrokkene daargelaten) binnen het bereik van artikel 36e lid 2 Sr.

het toekomstige lid 2 kunnen worden gehanteerd. Het is daarom opmerkelijk dat de minister zich in de memorie van toelichting op het standpunt stelt dat ‘anders dan het voorgestelde artikel 36e, derde lid, Sr hier echter niet tot zes jaren in tijd [kan] worden teruggegaan’.<sup>33</sup> Bedoelt de minister hier toch een restrictie aan te brengen op de inzet van de vermogensvergelijking bij het voorgestelde tweede lid? Dat lijkt ons niet waarschijnlijk. Hierboven is onder 2.3 betoogd dat de vermogensvergelijking kan aanknopen bij de vele jaren in het verleden gelegen vermogenspositie van de betrokkene en dat zulks nauwelijks aan principiële beperkingen is gebonden. Het wil ons voorkomen dat de minister deze bestaande mogelijkheid niet scherp voor ogen had toen hij de geciteerde opmerking maakte. Bovendien laat de minister in het midden welk moment in de zes jaren voorafgaand aan het feit dan wel het beginpunt van de vermogensvergelijking zou kunnen markeren. Om deze redenen stellen wij ons op het standpunt dat de abstracte berekeningsmethoden ook onder de vigeur van het nieuwe lid 2 onverkort zullen kunnen worden gehanteerd.

Laatstgenoemde constatering heeft consequenties. Anders dan onder het huidige en voorgestelde lid 3, is een veroordeling wegens een feit van de vijfde geldboetecategorie niet vereist in het voorgestelde lid 2. Wel geldt als voorwaarde dat voldoende aanwijzingen bestaan dat de ‘andere feiten’ door de betrokkene zijn ‘begaan’. Dat de feiten door de betrokkene zijn begaan, wordt door het huidige lid 3 – hoe de situatie zal zijn onder het voorgestelde lid 3 bespreken wij hierna onder 4 – weer niet als eis gesteld: het in dat artikellid bedoelde voordeel kan ook in het vermogen van de betrokkene zijn gevloeid door strafbare feiten die (uitsluitend) door anderen zijn begaan. Het is echter de vraag of het voorgestelde lid 2 op dit punt een wezenlijke beperking bevat ten opzichte van het huidige lid 3. Voor de beantwoording van deze vraag moet de blik worden verlegd naar de strafbaarstelling van witwassen (artikel 420bis-420quater).<sup>34</sup>

33 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 10.

34 Wet van 6 december 2001, *Stb.* 606, i.w.tr. 14 december 2001. Zie voor een overzicht van de wettelijke regeling F. Diepenmaat & P.A.M. Verrest, ‘De strafbare gedraging witwassen’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 49-63. Hetgeen hierna over witwassen wordt opgemerkt geldt tot op zekere hoogte ook voor de helingsbepalingen (artikel 416-417bis Sr), maar de witwasbepalingen kennen een ruimer bereik doordat a) de ‘heler-steler-regel’ niet van toepassing is (HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 m.nt. M.J. Borgers); b) van wetenschap (bij opzetwitwassen als bedoeld in artikel 420bis Sr) onderscheidenlijk een redelijk vermoeden (bij schuldwitwassen als bedoeld in artikel 420quater) van de criminele herkomst van het voorwerp ten tijde van de verwer-

→

Als (opzet)witwassen is onder meer strafbaar gesteld het verwerven van een voorwerp, wetende dat<sup>35</sup> het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. Voor schuldwitwassen geldt dat de dader redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf. Dat het voorwerp middellijk uit enig misdrijf afkomstig mag zijn, houdt in dat ook de voorwerpen die zijn verkregen door de omzetting daarin van de oorspronkelijke revenuen van het misdrijf, een strafbaar voorhanden hebben van die voorwerpen (en daarmee witwassen) kan opleveren.<sup>36</sup> Indien crimineel verworven geld wordt aangewend om luxegoederen te kopen, gelden die luxegoederen als middellijk uit enig misdrijf verkregen.<sup>37</sup> Kenmerkend voor witwassen is voorts dat, voor wat betreft het bestanddeel ‘afkomstig uit enig misdrijf’, niet is vereist dat uit de bewijsmiddelen moet kunnen worden afgeleid dat het betreffende voorwerp afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf. Dat betekent dus dat uit de bewijsmiddelen niet hoeft te kunnen worden afgeleid door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.<sup>38</sup> De wetgever, aldus oordeelde de Hoge Raad in 2008, heeft niet beoogd andere beperkingen aan te leggen voor wat betreft het gronddelict waaruit het voorwerp van de witwashandelingen afkomstig is, dan dat het moet gaan om een misdrijf.<sup>39</sup> Witwassen van voorwerpen afkomstig uit overtreding is niet strafbaar. Ten tijde van het indienen van het toenmalige wetsvoorstel witwassen zag de minister ‘vooralsnog’ geen aanleiding om de strafbaarstelling uit te breiden tot opbrengsten uit overtredingen, met name niet omdat bij meer groot-

ving ervan nog geen sprake hoeft te zijn; als die wetenschap of dat vermoeden later ontstaat, treedt op dat moment in beginsel strafbaarheid in (vgl. HR 5 september 2006, *NJ* 2006, 612 m.nt. M.J. Borgers) en c) onder ‘een door misdrijf verkregen goed’ in de zin van de helingsbepalingen niet valt het indirect verkregene (vgl. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 17). Om deze redenen gaan wij uitsluitend in op de witwasbepalingen.

- 35 Voorwaardelijk opzet is hier toereikend: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 11.
- 36 Vgl. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 17.
- 37 Onder de voorwaarden genoemd in artikel 420bis en 420quater levert het omzetten van criminele revenuen in andere voorwerpen een zelfstandige witwashandeling op.
- 38 HR 28 september 2004, *NJ* 2007, 278 en HR 27 september 2005, *NJ* 2006, 473. Uit HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 147 m.nt. M.J. Borgers kan worden afgeleid dat de omstandigheid dat het betreffende misdrijf is begaan vóór de inwerkingtreding op 14 december 2001 van de witwasbepalingen en mogelijk voor of na die datum is verjaard, niet in de weg staat aan strafbaarheid ter zake van een witwashandeling begaan na die datum.
- 39 HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94 m.nt. M.J. Borgers.

schalige witwasactiviteiten al snel kan worden aangenomen dat de daaraan ten grondslag liggende delicten misdrijven zijn.<sup>40</sup> Voor het bewijs van dergelijk witwassen kunnen feitelijke vaststellingen een belangrijke rol spelen.<sup>41</sup> In aanvulling daarop worden bewijsconstructies in witwaszaken nogal eens ‘rondgemaakt’ aan de hand van feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregelen.<sup>42</sup> De combinatie van feitelijke vaststellingen en algemene ervaringsregelen – ook wel aangeduid als typologieën van witwassen<sup>43</sup> – leidt in voorkomende gevallen tot het oordeel van feitenrechters dat het niet anders kan dan dat het betreffende voorwerp uit enig misdrijf afkomstig is,<sup>44</sup> met name ook in gevallen waarin de verdachte geen plausibele verklaring omtrent de (legale) herkomst van het voorwerp heeft afgelegd.<sup>45</sup>

Vanwaar nu deze uitweiding over de strafbaarstelling van witwassen? De uitkomst van een onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie opgestelde vermogensvergelijking is een vermogenssituatie van de betrokkene waarin voor politie en justitie onverklaarbare – en daardoor vermoedelijk illegaal verkregen – vermogensbestanddelen zijn aangetroffen. Die constatering vraagt om een plausibele verklaring van de betrokkene. Blijft een dergelijke verklaring uit, dan kan tegen de achtergrond van het gestelde in de vorige alinea al snel worden aangenomen dat de betrokkene zich heeft schuldig gemaakt aan witwassen. Of zulks in een strafrechtelijk vervolgingstraject wegens witwassen voldoende zou zijn voor een op de rechterlijke overtuiging gebaseerde bewezenverklaring, is hier minder

40 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 16.

41 In de zaak die leidde tot HR 28 september 2004, *NJ* 2007, 278 stelde het hof vast dat de op Schiphol aangehouden verdachte naar Bonaire wilde reizen; dat hij vertelde dat hij slechts \$ 800 bij zich had en niet méér; dat bij fouillering bleek dat hij voor in totaal €24.000 aan geld bij zich had, op verschillende plaatsen in pakketjes verstopt; dat hij dit geld van ene J had gekregen; dat hij dacht dat het niet van eerlijk werken kwam, maar van drugs of stelen afkomstig was; dat J hem had gezegd dat als hij, verdachte, gepakt zou worden, hij niet mocht vertellen van wie het geld afkomstig was; dat hij, verdachte, wist dat hij iets verbodens deed. Tegen deze achtergrond oordeelde het hof, met goedkeuring van de Hoge Raad, dat sprake was van opzetwitwassen.

42 Zo is het van algemene bekendheid dat de luchthaven Schiphol niet zelden wordt gebruikt voor de in-, uit-, of doorvoer van voorwerpen die (on)middellijk afkomstig zijn uit misdrijf: HR 27 september 2005, *NJ* 2006, 473.

43 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 9. Bijlage 2 bij de door het College van procureurs-generaal uitgevaardigde Aanwijzing witwassen (*Stcr.* 2008, nr. 45, p. 15) bevat een overzicht van dergelijke typologieën.

44 Bijvoorbeeld HR 27 september 2005, *NJ* 2006, 473.

45 Zie G.C. Haverkate, *Bereik en toepassing van de Nederlandse strafbepalingen inzake witwassen* (preadvies NVVS), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 40, voetnoot 110, voor een groot aantal voorbeelden uit de feitenrechtspraak.



relevant omdat wel al gauw voldaan kan zijn aan de in ontnemingszaken op de voet van artikel 36e lid 2 Sr vereiste maatstaf van ‘voldoende aanwijzingen’. In deze benadering is het door de betrokkene witgewassen vermogensbestanddeel aan te merken als uit witwassen verkregen voordeel.

Bij deze stand van zaken moet worden geconcludeerd dat het voorgestelde lid 2 op dit punt nauwelijks enige beperking bevat ten opzichte van het huidige lid 3 en dat het huidige lid 3 derhalve eenvoudigweg kan worden gemist. Deze conclusie wordt nog versterkt indien de wetgever het alsnog introduceren van strafbaarstellingen van witwassen van voorwerpen afkomstig uit enige overtreding in overweging zou nemen. Het voorgestelde lid 2 maakt het huidige lid 3 dan helemaal overbodig. Kan eenzelfde conclusie worden getrokken ten aanzien van het voorgestelde nieuwe lid 3? Die vraag wordt in het navolgende onder ogen gezien.

#### **4 De verruiming van artikel 36e lid 3 Sr: de oplossing voor een non-probleem**

##### *4.1 Achtergrond van het voorstel*

Voor een goed begrip geven wij het voorgestelde nieuwe artikel 36e lid 3 Sr hier integraal weer:

‘3. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, indien aannemelijk is dat behalve dat misdrijf ook het plegen van andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe heeft geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In dat geval wordt vermoed dat:

- a. uitgaven die de veroordeelde heeft gedaan in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf, wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan uit een legale bron van inkomsten, of;
- b. voorwerpen die in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren voordeel belichamen als bedoeld in het eerste lid, tenzij aannemelijk is dat aan de verkrijging van die voorwerpen een legale bron van herkomst ten grondslag ligt.’

Het huidige artikel 36e lid 3 Sr zal door het wetsvoorstel enkele wijzigingen ondergaan – zo komt de eis dat een SFO moet zijn ingesteld, te vervallen – en wordt aangevuld met een bewijsvermoeden. Die

aanvulling is blijkens de memorie van toelichting opgenomen op advies van het openbaar ministerie dat er op heeft gewezen dat het ‘in de praktijk lastig is om te komen tot vaststelling van hetgeen kan worden afgenomen indien er geruime tijd voordat de strafbare feiten zijn gepleegd, illegaal vermogen is opgebouwd’. Bovendien zouden zich problemen voordoen als ingewikkelde financiële netwerken zijn opgezet om de herkomst van geld te versluieren. Voor dit soort gevallen zou het wenselijk zijn om in de wet tot uitdrukking te brengen dat de verdeling van de bewijslast meebrengt dat van de veroordeelde wordt verlangd dat hij inzicht geeft in de (legale) herkomst van zijn vermogen.<sup>46</sup>

Aandacht verdient dat, los van de verderop te bespreken vraag of de voorgestelde regeling de hier geschetste problematiek wezenlijk zou kunnen oplossen, in de praktijk overwegend dadergericht wordt opgespoord en in mindere mate tevens buitgericht.<sup>47</sup> Hier valt nog veel winst te boeken, zonder dat de wet daarvoor hoeft te worden gewijzigd. Dat heeft het openbaar ministerie ook zelf onder ogen gezien. Zo is in het beleidsplan *Perspectief op 2010* van het openbaar ministerie als richtsnoer opgenomen dat de ontneming weer met prioriteit ter hand zal worden genomen en dat daartoe onder meer het plan bestaat om vanaf een vroeg stadium in een strafrechtelijk onderzoek naast de zaakofficier ook een ontnemingsofficier te plaatsen.<sup>48</sup> Dat roept de (retorische) vraag op of het niet verstandig zou zijn om eerst te evalueren wat de tastbare resultaten zijn geweest of nog te zijn te verwachten van dit voornemen, alvorens de wet te (willen doen) wijzigen.

#### 4.2 *De introductie van een wettelijk bewijsvermoeden*

Als gezegd, beoogt de minister met een in de wet neergelegd bewijsvermoeden te verankeren dat van de betrokkene inzicht kan worden verlangd in de herkomst van zijn vermogen. In dit verband wordt volgens de minister ook wel gesproken over een ‘omkering van de bewijslast’.<sup>49</sup> Het berust niet op toeval dat de minister deze term hanteert, want op aandringen van de Tweede Kamer heeft de regering bij de Algemene Politieke Beschouwingen voor het jaar 2009 aangekon-

<sup>46</sup> *Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 3.*

<sup>47</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 1-2* en *Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 5, p. 3, 5-6.*

<sup>48</sup> Openbaar Ministerie, *Perspectief op 2010*, Den Haag 2006, p. 16-17.

<sup>49</sup> *Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5.*

digd dat zij met een voorstel tot de omkering van de bewijslast op het gebied van de ontnemingswetgeving zou komen.<sup>50</sup> Toch geeft de minister er thans,<sup>51</sup> met het oog op de uitleg die het EHRM geeft aan artikel 6 EVRM, de voorkeur aan om de voorgestelde regeling te benaderen als een ‘redelijke en billijke verdeling van de bewijslast’.<sup>52</sup> De bewindsman vervolgt:

‘Het voorgestelde bewijsvermoeden strekt ertoe om meer dan voorheen te komen tot een aanpassing van de reikwijdte van de stelplicht van het openbaar ministerie. Het uitgangspunt was dat het openbaar ministerie de vordering van het te ontnemen voordeel moest onderbouwen met gegevens, waarbij een min of meer direct verband moet worden aangetoond met een strafbaar feit. Door de werking van het bewijsvermoeden, zal nu eerder van de veroordeelde mogen worden verlangd dat hij aannemelijk maakt dat aangetroffen vermogensbestanddelen op een legale wijze zijn verkregen. Ook nu reeds wordt in de rechtspraak uitgegaan van een redelijke en billijke verdeling van de bewijslast. Met het wetsvoorstel worden de bewijsvermoedens die in dit verband worden gehanteerd van een nadere wettelijke grondslag voorzien.’

Dit citaat bevat een aantal passages dat nader aandacht vraagt. Zo stelt de minister zich op het standpunt dat onder het regiem van het huidige artikel 36e lid 3 Sr als uitgangspunt heeft te gelden dat ter onderbouwing van een ontnemingsvordering een ‘min of meer direct verband moet worden aangetoond met een strafbaar feit’. Dit is een onjuiste voorstelling van zaken. Zoals hiervoor onder 2.3 aan de orde is gesteld, is kenmerkend voor een op (het huidige) artikel 36e lid 3 Sr gebaseerde voordeelsberekening dat deze veelal een abstract karakter heeft, waardoor nu juist niet van een concreet of direct verband met één of meer strafbare feiten kan worden gesproken. Deze constatering is van belang omdat daarmee de door de minister gewekte suggestie dat het wetsvoorstel op dit punt tot een – vanuit het perspectief

50 Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 123 VI, nr. 2, p. 63 en *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 5, p. 8.

51 Mede naar aanleiding van kritiek van de Raad van State. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 7.

52 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 5. Dat heeft blijkens het Verslag in de vaste Kamercommissie van justitie geleid tot de nodige terminologische complexiteit en verwarring: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 5, p. 9. Illustratief is de volgende opmerking van de PvdA-fractie: ‘Waarom is de omkering van de bewijslast vergelijkbaar met het civielrechtelijke redelijkheid en billijkheid? Betekent de omkering van de bewijslast niet dat de bewijslast volledig bij de verdachte komt te liggen in tegenstelling tot een wettelijk bewijsvermoeden waarbij een vermoeden of voorshandse aannemelijkheid moet worden ontkracht door middel van tegenbewijs? Hoe moeten deze leden in de omkering van de bewijslast een redelijke en billijke bewijslastverdeling zien?’

van het openbaar ministerie – vereenvoudiging van de voordeelschatting komt, reeds aanzienlijk wordt gerelativeerd.

Maar er is meer. Terecht oordeelt de minister dat ook nu al in de rechtspraak wel wordt uitgegaan van een redelijke en billijke verdeling van de bewijslast. Dat wordt geïllustreerd door de in paragraaf 2.3 weergegeven uitspraak in de ontnemingszaak tegen Charles Z. Dat, zoals de minister stelt, met het wetsvoorstel de bewijsvermoedens die aldus worden gehanteerd van een wettelijke grondslag worden voorzien, roept de vraag op of de minister bedoelt te bewerkstelligen dat hier een exclusieve grondslag wordt gecreëerd. Anders geformuleerd, kunnen de thans toegepaste berekeningsmethoden die de voorgestelde wettelijke mogelijkheden te buiten gaan in de toekomst niet meer worden gehanteerd? Als deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, dan levert het wetsvoorstel op dit punt niet de verruiming op die het kennelijk beoogt te verwezenlijken doch – zo zal hierna nader worden beargumenteerd – een beperking ten opzichte van het huidige recht.

De minister heeft zich ten aanzien van het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr laten inspireren door het ontnemingsrecht in het Verenigd Koninkrijk.<sup>53</sup> In dat rechtstelsel is het in bepaalde gevallen mogelijk dat, indien de betrokkene er een ‘criminal lifestyle’ op nahoudt, van hem wordt gevergd dat hij inzicht verschaft in de herkomst van zijn vermogen, en wel in het licht van de omstandigheid dat alle inkomsten die hij in de zes jaar voorafgaand aan de veroordeling<sup>54</sup> heeft gehad en alle uitgaven die hij in die periode heeft gedaan, worden geacht afkomstig te zijn van of in verband te staan met de delicten ter zake waarvan hij is veroordeeld.

De minister ‘vertaalt’ het ontnemingsrecht in het Verenigd Koninkrijk als volgt naar het wetsvoorstel.<sup>55</sup> Wanneer de ontnemingsvordering verband houdt met een veroordeling wegens een ‘zwaar en potentieel lucratief<sup>56</sup> misdrijf’ wordt ervan uitgegaan dat alle uitgaven

<sup>53</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 6.

<sup>54</sup> Het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr gaat uit van een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van het feit. De door de betrokkene te verantwoorden periode is hier derhalve ruimer dan in het Verenigd Koninkrijk.

<sup>55</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 6.

<sup>56</sup> Vermoedelijk bedoelt de minister hier te zeggen dat een misdrijf bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie een lucratief misdrijf is. Dat standpunt is in zijn algemeenheid te kort door de bocht. Zo is doodslag (artikel 287 Sr) niet per definitie een lucratief delict. Voor diefstal (artikel 310 Sr) en veel hennepgerelateerde delicten (artikel 11 lid 2 jo. artikel 3 sub B, C en D) kan dat heel anders liggen, maar die delicten worden bedreigd met (slechts) een geldboete van de vierde categorie (de uitzondering van artikel 12 Opiumwet daargelaten).

die de betrokkene in een periode van zes jaren voorafgaand aan het ‘plegen’ van dat misdrijf heeft gedaan, wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. De betrokkene wordt daarbij in de gelegenheid gesteld om aannemelijk te maken hoe hij zijn vermogen op legale wijze heeft verkregen. Dat sprake is van een criminal lifestyle, wordt door de minister aldus verwoord dat ook het ‘plegen’ van andere strafbare feiten ertoe heeft geleid dat de betrokkene voordeel heeft verkregen.<sup>57</sup> De minister suggereert verder dat de criminele levensstijl voorts blijkt uit het feit dat de betrokkene ‘ook eerder van strafbare feiten financieel heeft geprofiteerd’.<sup>58</sup> Daarmee refereert de minister aan het vereiste dat aannemelijk moet zijn dat (behalve het misdrijf waarvoor de betrokkene is veroordeeld) ook het plegen van andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe heeft geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. Echter, eerst met de toepassing van het bewijsvermoeden wordt die voordeelsverkrijging vastgesteld. In zoverre kan dit vereiste niet worden opgevat als een daadwerkelijke beperking van de mogelijkheid tot toepassing van het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr.

Waar voor de toepassing van het huidige artikel 36e lid 3 Sr irrelevant is wie de andere strafbare feiten begaan – dat is ruimer dan ‘gepleegd’ omdat met ‘begaan’ wordt bedoeld op de in artikel 47 lid 1 en artikel 48 Sr genoemde deelnemers – heeft, suggereert de minister, door aan te knopen bij de criminal lifestyle van de betrokkene, dat het in het wetsvoorstel de betrokkene zelf moet zijn die de andere feiten (niet heeft begaan maar) gepleegd.<sup>59</sup> De door de minister niet bedoelde beperking ten opzichte van het huidige recht is daarmee ook op dit punt welhaast een feit, ware het niet dat – zoals hierboven onder 3 is betoogd – het voorhanden hebben van vermogensbestanddelen waarvan de legale herkomst niet kan worden vastgesteld, aannemelijk doet zijn dat sprake is van (door de betrokkene gepleegde) witwashandelingen. Overzichtelijker wordt het echter allerminst. Door de in het Engelse recht geldende voorwaarde van een criminal lifestyle in het Nederlandse recht een plaats te willen geven, maakt de bewindsman het zichzelf dan ook onnodig moeilijk. Ook het EVRM – in het bijzonder de in artikel 6 lid 2 EVRM vervatte onschuldpresumptie – dwingt hier voor Nederland niet tot een dergelijke, aan het Engelse recht ontleende constructie. Illustratief is hier de zaak *Van*

57 Vgl. ook *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 8.

58 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 12.

59 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 6 en *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 8.

*Offeren*.<sup>60</sup> Van Offeren was veroordeeld ter zake van onder meer drugsdelicten. Ter berekening van het door hem wederrechtelijk verkregen voordeel was een vermogensvergelijking opgesteld. Bij het toepassen van die methode stuitte de financiële recherche op vermogensobjecten waarvan de legale herkomst niet kon worden vastgesteld. Om die reden werd verondersteld dat de betreffende vermogensobjecten waren verkregen door illegale activiteiten. Omdat Van Offeren geen (plausibele) verklaring gaf omtrent de (legale) herkomst, werden de vermogensobjecten op basis van de uitgevoerde vermogensvergelijking als wederrechtelijk verkregen voordeel bestempeld. Het EHRM achtte deze gang van zaken niet in strijd met de onschuldpresumptie. Daarbij kende het Straatsburgse hof overwegende betekenis toe aan de omstandigheid dat:

‘the purpose of this procedure was not the conviction or acquittal of the applicant for any other offences, but to assess whether assets demonstrably held by him were obtained by or through drug-related offences and, if so, to assess the amount at which the confiscation order should properly be fixed. In these circumstances, the Court [is] of the opinion that the confiscation order procedure must therefore be regarded as analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a person properly convicted of one or more drug offences and did not involve the bringing of any new “charge” within the meaning of Article 6 § 2 of the Convention.’<sup>61</sup>

Het gaat in deze Straatsburgse toets van de vermogensvergelijkingsmethode (‘property analysis’) derhalve niet zozeer om een strafrechtelijke beoordeling van andere strafbare feiten van de betrokkene – zelfs niet nu de voordeelontneming in de zaak Van Offeren was gebaseerd op (soortgelijke dan wel andere feiten als bedoeld in) artikel 36e lid 2 Sr – als wel om het vaststellen van de illegale herkomst van bij hem aangetroffen vermogensbestanddelen. De criminal lifestyle van de betrokkene behoeft bij deze stand van zaken naar Nederlands recht niet de prominente positie te verkrijgen die de minister er aan toedicht. Dat betekent dat de formulering van het huidige artikel 36e lid 3 Sr op dit punt beter in elkaar steekt dan het voorgestelde lid 3. Naar huidig recht gaat het om de aannemelijkheid dat (het feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld of) ‘andere strafbare feiten er op enigerlei wijze’ – dus ongeacht door wie, waar en wanneer ze zijn be-

60 EHRM 5 juli 2005, appl.nr. 19581/04 (*Van Offeren v. the Netherlands*).

61 Vgl. ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk EHRM 5 juli 2001, appl.nr. 41087/98 (*Phillips v. UK*), DD 2001, p. 1007-1024 en EHRM 23 september 2008, appl.nrs. 19955/05 and 15085/06 (*Grayson & Barnham v. UK*).

gaan – toe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In deze formulering staat een criminal lifestyle van de betrokkene niet op de voorgrond.

De in het wetsvoorstel gekozen frase ‘dat aannemelijk is dat *behalve* dat misdrijf *ook* het plegen van andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe heeft geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen’ wekt bovendien de suggestie dat het feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld ook wederrechtelijk verkregen voordeel moet hebben opgeleverd.<sup>62</sup> Zoals hierboven onder 2.2 aan de orde is gesteld, bevatte de ontnemingswetgeving aanvankelijk een vergelijkbare formulering welke suggereerde dat de betrokkene (ten minste ook) uit het misdrijf waarvoor hij was veroordeeld voordeel had verkregen. Die suggestie is door de Hoge Raad geëcarteerd en vervolgens is de ontnemingswetgeving in 2003 in overeenstemming gebracht met deze rechtspraak. Met het wetsvoorstel zijn we op dit punt weer terug bij af. In de memorie van toelichting zoekt men tevergeefs naar de reden voor deze koerswijziging. Een valide reden laat zich ook niet noemen. Het is al bijna ondoenlijk om na te gaan waarom aanvankelijk het vereiste dat ‘ook andere strafbare feiten’ tot wederrechtelijk verkregen voordeel hebben geleid in artikel 36e lid 3 Sr is beland,<sup>63</sup> en het is dan ook niet voor niets dat in 2003 de tekst van artikel 36e lid 3 Sr op dit punt is aangepast. Hoewel er in het licht van de strekking van het wetsvoorstel vanuit mag worden gegaan dat de minister hier niet een nieuwe voorwaarde voor ontneming op basis van het nieuwe lid 3 heeft willen scheppen, wijst de tekst van de bepaling een andere richting uit.

Naast deze toch niet onbelangrijke terminologische kwestie is er evenwel de niet minder belangrijke vraag hoe de in het voorgestelde lid 3 verwoorde voordeelsberekening zich verhoudt tot de huidige berekeningsmethoden. Het bewijsvermoeden zoals neergelegd in het voorgestelde artikellid knoopt aan bij, wat zou kunnen worden aangeduid als, een halve (of gemankeerde) vermogensvergelijking. Anders dan in de thans gangbare vermogensvergelijkingsmethode, vergt het voorgestelde lid 3 niet een vaststelling van het beginvermogen van de betrokkene, waarbij dan als beginpunt zou hebben te gelden het moment dat is gelegen zes jaar voor het ‘plegen’ van het misdrijf ter zake waarvan hij is veroordeeld. Slechts de gedane uitgaven en de inkomsten worden onder het wetsvoorstel in aanmerking genomen bij

<sup>62</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 12.

<sup>63</sup> Vgl. Borgers 2001, p. 133-134.

de berekening van het voordeel. Strikt genomen biedt het wetsvoorstel op dit punt niets nieuws. Ook in de zaak die leidde tot het hier voor onder 2.3 besproken arrest HR 18 maart 2003, *NJ* 2003, 528 werd een dergelijke halve vermogensvergelijking gehanteerd. Het onder 2.3 geschetste risico op dubbelstellingen – en de daarmee verbonden spanning met het nemo tenetur-beginsel – is derhalve ook aan de orde in de systematiek van het wetsvoorstel. Daar komt bij dat, waar de thans gangbare vermogensvergelijkingsmethode niet principieel is beperkt tot zes jaar voorafgaand aan het begaan van het feit, het wetsvoorstel de halve vermogensvergelijking wel tot die periode beperkt. Daarmee zijn we terug bij de vraag of de minister bedoelt te bewerkstelligen dat hier voor het nieuwe lid 3 een exclusieve grondslag wordt gecreëerd, waarmee gangbare abstracte berekeningsmethoden voor het huidige lid 3 – maar niet voor het huidige en toekomstige lid 2 – worden beperkt.

Het standpunt van de minister is op dit punt niet geheel eenduidig. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt enerzijds opgemerkt dat bij de toepassing van het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr de vermogensvergelijking en de kasopstelling dienstbaar kunnen zijn bij de vaststelling van de hoogte van het genoten voordeel. Anderzijds brengt de minister naar voren dat indien er voordeel moet worden ontnomen dat is verkregen voorafgaand aan de periode van zes jaar, dat uitsluitend mogelijk is op grond van artikel 36e lid 2 Sr.<sup>64</sup> Dat sluit toepassing van de vermogensvergelijking en de kasopstelling over een periode langer dan zes jaar niet geheel uit (omdat die methoden ook op de voet van artikel 36e lid 2 Sr kunnen worden toegepast), maar het betekent wel dat op dit punt de ontnemingsmogelijkheden die het voorgestelde derde lid worden beperkt ten opzichte van het huidige derde lid. Kortom, het is sterk de vraag wat nu eigenlijk de meerwaarde is van het voorgestelde artikel lid 3 Sr. Per saldo is met de uitkomst van de in het voorgestelde artikellid gepresenteerde halve vermogensvergelijking het bewijsvermoeden in wezen al nagenoeg gerealiseerd. Van een verlichting van de bewijspositie van het openbaar ministerie is geen sprake. Voor niet op het eerste gezicht legale inkomsten dient de betrokkene namelijk ook nu al een plausibele verklaring te verschaffen. Geen redelijk denkende financieel onderzoeker zal echter evident legaal gegenereerde inkomsten – bijvoorbeeld uit bonafide dienstbetrekking – willen presenteren als potentieel illegaal vergaarde inkomsten waarvan de betrokkene nog

64 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. [10, 13 van de Word-versie].



salarisspecificaties zou moeten overleggen om de legale herkomst aan te tonen.

De minister ziet ook onder ogen dat een starre toepassing van het vermoeden dat het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr biedt, niet gewenst is. Om die reden stelt de minister voor om in een nieuw vierde lid van artikel 36e Sr de bevoegdheid van de rechter op te nemen om – ambtshalve, op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van de betrokkene – af te wijken van de in het voorgestelde derde lid genoemde periode en een kortere periode in aanmerking te nemen. De toelichting op dit voorstel is betrekkelijk kort,<sup>65</sup> maar om meerdere redenen niet bijster helder. De minister stelt voorop dat het nieuwe vierde lid is geïnspireerd door een vergelijkbare regeling in het Engelse recht om een ‘serious risk of injustice’ af te wenden. Maar wanneer bestaat een dergelijk risico en in hoeverre is inkorting van de termijn het juiste middel ter oplossing van het probleem? De minister duidt twee situaties aan waarin toepassing van het nieuwe vierde lid in zijn optiek voorstelbaar is.

Allereerst spreekt de minister van het recht doen ‘aan de positie van veroordeelde die onvermogen blijkt’. Het komt ons voor dat de minister hier een fundamenteel uitgangspunt van het ontnemingsrecht miskent: het onderscheid tussen enerzijds de schatting van de omvang van het voordeel en anderzijds de vaststelling van de hoogte van de betalingsverplichting.<sup>66</sup> Het vermoeden dat in het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr centraal staat, ziet op de schatting van de omvang van het voordeel. Voor die schatting is de draagkracht van de betrokkene niet relevant. Voor zover de draagkracht aanleiding geeft om aan de betrokkene een ontnemingsmaatregel op te leggen voor een lager bedrag dan het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel, biedt de matigingsbevoegdheid van het huidige vierde lid – straks vernummerd naar het vijfde lid – van artikel 36e Sr daartoe de bevoegdheid.<sup>67</sup> Niet valt in te zien waarom die matigingsbevoegdheid geen toepassing zou vinden in relatie tot het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr en waarom het nodig zou zijn om daarvoor een systeemvreemde ingreep te doen in de systematiek van de vaststelling van het

65 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 7. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 10.

66 Vgl. daarover J.L. van der Neut, ‘Het materiële ontnemingsrecht’, in: M.S. Groenhuijsen, J.L. van der Neut & J. Simmelink (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 62 en Borgers 2001, p. 365.

67 Aan die matigingsbevoegdheid wil de minister overigens geen afbreuk doen, blijkens de Nota naar aanleiding van het Verslag. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 10-11.

voordeel en de betalingsverplichting. Men zoekt ook tevergeefs naar een antwoord op deze vragen in de toelichting van de minister.

De tweede situatie die in de optiek van de bewindsman aanleiding kan geven tot toepassing van de bevoegdheid van het voorgestelde vierde lid van artikel 36e Sr, betreft de situatie waarin niet over de gehele periode van zes jaar voorafgaand aan het plegen van het misdrijf informatie beschikbaar is over de vermogenspositie (dat wil zeggen: het doen van uitgaven en het verkrijgen van voorwerpen). Dat is inderdaad een plausibele reden om met een kortere termijn te werken. Opmerkelijk is evenwel de volgende opmerking die de minister in dit verband doet: 'Het voorgestelde artikel 36e verzet zich er niet tegen dat voor de berekening, in plaats van de voorgestelde zes jaar, als uitgangspunt wordt genomen de periode waarover de ten laste gelegde en bewezen verklaarde feiten zich hebben uitgestrekt.' Dit is evenwel niet onproblematisch in het licht van de tekst van het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr. Daarin wordt immers uitgegaan van de periode van zes jaar *voorafgaand* aan het plegen van het misdrijf. Er wordt niet gerefereerd aan de periode waarover het feit zich heeft uitgestrekt. Men kan erover discussiëren waar nu precies het moment ligt waarop het misdrijf wordt begaan, indien het misdrijf zich over een periode heeft uitgestrekt. Betoogd zou wellicht kunnen worden dat men daarvoor het moment mag nemen dat het einde van die periode markeert. De letterlijke bewoordingen van het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr lijken er daarentegen op te duiden dat het begin van de periode bepalend is. Alsdan geldt dat hetgeen de minister voorstaat, niet mogelijk is. Het voorgestelde vierde lid van artikel 36e Sr maakt dat ook niet anders, omdat het daarin draait om een inkorting en niet om een verschuiving van de periode.

Meer in het algemeen kan nog de vraag worden opgeworpen of de inkorting van de periode waarop het vermoeden betrekking heeft, de beste garantie tegen het realiseren van de serious risk of injustice is. Soms zal dat het geval zijn, bijvoorbeeld wanneer het voor de betrokkene niet doenlijk blijkt om voldoende materiaal bij elkaar te sprokkelen waaruit blijkt dat hij op enig moment in het verleden legale bronnen van inkomsten heeft gehad. Maar in andere situaties schiet men niet zoveel op met de bevoegdheid van het voorgestelde vierde lid van artikel 36e Sr. Eerder hebben wij erop gewezen dat de halve vermogensvergelijking die besloten ligt in de toepassing van het vermoeden op gespannen voet kan komen te staan met het nemo te-

netur-beginsel.<sup>68</sup> Dat probleem lost men niet op met een inkorting van de periode. Daarnaast menen wij dat de balans tussen enerzijds het voorkomen van bewijsproblemen voor het openbaar ministerie en anderzijds het bieden van waarborgen tegen een onrealistisch (hoge) uitkomst van een voordeelsberekenningsmethode, veel beter wordt bewaakt met de huidige methoden van een volledige vermogensvergelijking of kasopstelling, dan met het voorgestelde vermoeden. Dat is op de keper beschouwd ook voor het openbaar ministerie veel aantrekkelijker. Door in het onderzoek niet alleen naar het doen van uitgaven en het gaan toebehoren van voorwerpen te kijken, maar eveneens naar de oorsprong van die vermogenscomponenten (in het bijzonder door aandacht te besteden aan het beginvermogen), zal het openbaar ministerie beter in staat zijn om eventuele verweren van de betrokkene – die vele jaren na afronding van het onderzoek nog kunnen worden opgeworpen – te pareren.<sup>69</sup> Bij deze stand van zaken vragen wij ons dan ook af wat – gelet op de mogelijkheden die het huidige recht thans biedt – de zin is van de introductie van een wettelijk vermoeden, wanneer aanstonds duidelijk is dat de toepassing daarvan onder omstandigheden onbillijk zal uitpakken en daarom tevens in een noodklep moet worden voorzien.

Wij ronden deze paragraaf over het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr af. Zoals wel vaker het geval is als het gaat om het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel,<sup>70</sup> heeft de minister met het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr getracht in een oplossing te voorzien voor een niet bestaand probleem. Het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr bevat niet alleen veel onduidelijkheden maar het biedt ook helemaal niets nieuws ten opzichte van het huidige artikel 36e lid 3 Sr dat op zijn beurt vrijwel zinledig wordt als het voorgestelde artikel 36e lid 2 Sr kracht van wet verkrijgt. De enige ‘toegevoegde’ waarde van de voorgestelde wetswijziging zal zijn dat er zich sneller dat thans het geval is, vragen zullen voordoen omtrent de verenigbaarheid met artikel 6 EVRM.

68 De minister gaat op dit aspect van artikel 6 EVRM niet in wanneer hij de verenigbaarheid van zijn voorstel met die verdragsbepaling bespreekt. Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 7.

69 De minister erkent dit ook met zoveel woorden in de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 9.

70 Zie nader M.J. Borgers & J.B.H.M. Simmelink, ‘Oplossingen voor niet bestaande problemen met de ontneming van voordeel’, *NJB* 2005, p. 992-993 en M.J. Borgers, T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, ‘Hoofdelijkheid bij ontneming van voordeel: Alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen’, *NJB* 2007, p. 17-20.

## 5 De verbeurdverklaring op ruimere leest geschoeid

Het wetsvoorstel strekt niet alleen tot wijziging van de regeling van de ontnemingsmaatregel maar ook tot verruiming van het toepassingsbereik van de bijkomende straf van verbeurdverklaring. Ingevolge het huidige artikel 33a lid 1 sub a Sr zijn vatbaar voor verbeurdverklaring voorwerpen die aan de veroordeelde toebehoren of die hij geheel of ten dele ten eigen bate kan aanwenden en die geheel of grotendeels *door middel van* het strafbare feit zijn verkregen. De minister beoogt met het wetsvoorstel ook de verbeurdverklaring mogelijk te maken van aan de veroordeelde toebehorende voorwerpen die geheel of grotendeels *uit de baten van* het strafbare feit zijn verkregen. Aldus kunnen, anders dan naar huidig recht, ook voorwerpen die niet rechtstreeks afkomstig zijn van het strafbare feit worden verbeurd verklaard.<sup>71</sup> Nieuw is het voorstel van de minister overigens niet. Keulen stelde de verruiming van de verbeurdverklaring al iets meer dan tien jaar geleden voor.<sup>72</sup>

Door de verruiming van de verbeurdverklaring kan, evenals bij de ontnemingsmaatregel het geval is, het vervolgpoffijt van de betrokkene worden afgepakt. In zoverre ontstaat een overlap tussen beide sancties. Dat behoeft geen probleem te zijn, zolang maar voorkomen wordt dat één en hetzelfde vervolgpoffijt dubbel wordt ontnomen: door de verbeurdverklaring en door de ontnemingsmaatregel. Artikel 36e lid 7 Sr bepaalt in dit verband dat bij de oplegging van de maatregel rekening wordt gehouden met uit hoofde van eerdere beslissingen opgelegde verplichtingen tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De regeling van de verbeurdverklaring bevat niet een met artikel 36e lid 7 Sr vergelijkbare voorziening. Introductie van een dergelijke bepaling strekt wel tot aanbeveling omdat de verbeurdverklaring (ook in hoger beroep) kan worden opgelegd in gevallen waarin de oplegging van de ontnemingsmaatregel inmiddels onherroepelijk is geworden.

Aan de voorgestelde verruiming van de verbeurdverklaring ligt de hiervoor genoemde veronderstelling ten grondslag dat vervolgpoffijt niet reeds naar huidig recht kan worden verbeurd verklaard. Het is de vraag of die veronderstelling juist is. Zoals hiervoor

<sup>71</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 4.

<sup>72</sup> B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 45. Het voorstel van Keulen is nadien ondersteund door Simmelink, in diens bespreking van het hier aangehaalde boek van Keulen, *RM Themis* 2001, p. 184-189.

onder 3 is uiteengezet, bevat het Wetboek van Strafrecht sinds 14 december 2001 de strafbaarstelling van (opzet-, gewoonte- en schuld)witwassen. De invoering van de witwasbepalingen is in de wetsgeschiedenis gebaseerd op verschillende gronden, die in de kern telkens min of meer zijn terug te voeren op de beperkingen die voortvloeien uit de aan de helingsbepalingen inherente zogenoemde helersteler-regel.<sup>73</sup> Onder de witwasbepalingen is het mogelijk om een persoon ter zake van witwassen te vervolgen wegens (onder meer) het voorhanden hebben van een voorwerp dat hij, bijvoorbeeld, zelf heeft gestolen. In de rechtspraak van de Hoge Raad ligt besloten dat het rechtscollege deze automatische verdubbeling van aansprakelijkheid – wegens het plegen van een gronddelict en het witwassen van de opbrengst ervan (ook al behoeft het witwassen niet uit méér te bestaan dan het enkele verkrijgen, voorhanden hebben of gebruik maken van het voorwerp<sup>74</sup>) – aanvaardt, zij het (tot dusver) niet expliciet.<sup>75</sup> In het eenvoudige voorbeeld van de diefstal van een fiets en vervolgens de verkoop ervan, is in het licht van het voorgaande sprake van de strafbare feiten diefstal en witwassen (meermalen gepleegd). Het profijt dat met de verkoop van de fiets is gegenereerd kan worden verbeurd verklaard in de witwaszaak. Als met de winst andere goederen zijn aangeschaft, is wederom sprake van witwassen en kunnen ook deze goederen worden verbeurd verklaard. De nu door de minister voorgestelde constructie is daarvoor op zichzelf niet nodig.

Toch bevat het huidige recht hier niet een volledig toereikend instrumentarium ten gevolge waarvan het wetsvoorstel op dit punt iedere meerwaarde zou ontberen. Integendeel, het geldende recht kent beperkingen die door het wetsvoorstel worden weggenomen. Als gezegd, is kenmerkend voor de witwasbepalingen dat zij slechts handelingen strafbaar stellen ten aanzien van voorwerpen die uit enig misdrijf afkomstig zijn. Handelingen ten aanzien van voorwerpen afkomstig uit overtreding zijn niet als witwashandelingen (en evenmin als heling) strafbaar, terwijl er wel aanleiding kan zijn het vervoliprofijt uit die overtreding op laagdrempelige wijze af te pakken zonder een ontnemingsprocedure te entameren. Een volgende beperking van het huidige recht is gelegen in de omstandigheid dat de verbeurdver-

73 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 3, p. 1-8.

74 Een nadere versluisende handeling ten aanzien van het voorwerp is geen vereiste.

75 HR 28 september 2004, *NJ* 2007, 278; HR 27 september 2005, *NJ* 2006, 473; HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 m.nt. M.J. Borgers en HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 147 m.nt. M.J. Borgers.

klaring van vervolgpoffijt slechts mogelijk is bij afzonderlijke vervolging wegens de witwashandeling die tot dat poffijt heeft geleid. Dat vereist telkens wettig en overtuigend bewijs van iedere handeling in het witwastraject. Natuurlijk schuilt in die eis van wettig en overtuigend bewijs een waarborg voor de verdachte, maar tegelijkertijd is goed denkbaar dat vervolging van elke witwashandeling afzonderlijk niet opportuun is terwijl de herkomst van het vervolgpoffijt wel eenvoudig is aan te tonen en de verbeurdverklaring ervan daarom in de vervolging van het gronddelict gestalte moet kunnen krijgen. In zoverre biedt het wetsvoorstel een vereenvoudiging omdat daarmee omslachtige procedures worden voorkomen. Niettemin moet onder ogen worden gezien (door de wetgever) dat niet alleen vanuit de invalshoek van het voorgestelde artikel 36e lid 2 Sr maar ook vanuit het perspectief van de verbeurdverklaring, de vraag op tafel ligt of uitbreiding van de witwasbepalingen tot witwashandelingen ten aanzien van voorwerpen die uit enige overtreding afkomstig zijn, overweging verdient.

## 6 Het SFO

Ter zake van de wettelijke regeling van het SFO bevat het wetsvoorstel enkele betrekkelijk marginale, maar daarom niet onbelangrijke wijzigingen. Alvorens deze te bespreken, merken wij op dat de minister met de keuze voor enkele marginale wijzigingen een fundamentele vraag uit de weg gaat. Die vraag luidt welke toegevoegde waarde het SFO heeft binnen het huidige Wetboek van Strafvordering. Anders dan toen het SFO in 1993 werd geïntroduceerd, bevat de regeling van het SFO op de keper beschouwd thans geen bevoegdheden meer die niet ook buiten het SFO beschikbaar zijn.<sup>76</sup> Gelet op het feit dat financieel onderzoek geenszins een exclusieve aangelegenheid is van het SFO, heeft men het SFO niet langer nodig. Het naast elkaar bestaan van het SFO naast het reguliere vooronderzoek leidt nog slechts tot complexiteit en verwarring, gelet op de vele technische verschillen tussen de SFO-bevoegdheden en de reguliere bevoegdheden in het vooronderzoek. Reeds op grond daarvan kan worden be-

<sup>76</sup> Anders dan de minister in de nota naar aanleiding van het verslag stelt (*Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 6), verschilt het SFO wat betreft de inhoud derhalve niet van het reguliere opsporingsonderzoek.

toogd dat het ernstig overweging verdient om de regeling van het SFO integraal af te schaffen.<sup>77</sup>

Daar komt bij dat in het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr de opening van een SFO niet langer een vereiste is voor de toepassing van deze bepaling.<sup>78</sup> Het is onze indruk<sup>79</sup> dat in de huidige praktijk vrijwel de enige reden voor het instellen van een SFO er nog in is gelegen dat het derde lid van artikel 36e Sr dit eist. Dat wordt dan, gelet op de complexe aard van de regeling van het SFO en het ontbreken van enige toegevoegde waarde van het SFO, als een noodzakelijk kwaad ervaren. Met het vervallen van het SFO-vereiste in het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr is het SFO gedoemd een stille dood te sterven. Het verdient aanbeveling dat de wetgever thans reeds voorziet in de teraardebestelling.

Welke wijzigingen stelt de minister voor? Allereerst gaat het om een uitbreiding van artikel 126a Sv, het voorschrift waarin de bevoegdheid tot (onder andere) het vorderen van financiële gegevens is neergelegd. De minister stelt voor in een nieuw vijfde lid voor te schrijven dat degene tot wie een dergelijke vordering wordt gedaan, in het belang van het onderzoek geheimhouding in acht neemt om-

77 Zie, met nadere verwijzingen, M.J. Borgers, 'Het procesrechtelijke raamwerk van de ontnemingsmaatregel', in: M.J. Borgers & J. Rozie, *Voordeelontneming, de procesrechtelijke invalshoek* (Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, i.h.b. p. 26-50, 55-60, 88-90. De tekst van dit preadvies is – in bewerkte vorm – ook opgenomen in A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j. (losbladig), aantekeningen op artikel 126-126f (suppl. 153). Toegevoegd kan worden dat de minister er in de nota naar aanleiding van het verslag terecht op wijst dat onderzoek dat plaatsvindt met het oog op een ontnemingsprocedure onder de reikwijdte van het (huidige) opsporingsbegrip van artikel 132a Sv valt. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 13-14. Ook daaraan kan een argument worden ontleend voor de stelling dat de toepassing van 'gewone' opsporingsbevoegdheden voor het financiële onderzoek niet problematisch is.

78 Een duidelijke reden wordt niet gegeven voor het schrappen van dit vereiste, vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 9. Dat neemt niet weg dat het naar onze mening goed verdedigbaar is om het SFO-vereiste te schrappen. Dit vereiste is bij de introductie van de ontnemingswetgeving gepresenteerd als een waarborg voor de verdachte, terwijl het geenszins om een waarborg gaat. Vgl. Borgers 2001, p. 131-132.

79 Wij zijn beiden reeds geruime tijd verbonden aan de SSR-opleiding 'Voordeelontneming in het strafrecht'. Tijdens de bijeenkomsten wisselen wij met de deelnemers van gedachten over de gang van zaken in de ontnemingspraktijk, ook waar het gaat om het SFO. Vgl. voor een kort overzicht van het beschikbare (schaarse) empirische onderzoek omtrent het functioneren van het SFO, Borgers 2005, p. 56-57.

trent al hetgeen hem ter zake van de vordering bekend is.<sup>80</sup> Een dergelijke, reeds wel in artikel 126bb Sv neergelegde, geheimhoudingsplicht ontbreekt thans inderdaad voor het SFO, overigens zonder dat zulks – bij ons weten – in de praktijk tot (veel) problemen heeft geleid.

Daarnaast worden enkele wijzigingen voorgesteld die ertoe strekken dat het SFO kan worden heropend nadat in eerste aanleg uitspraak is gedaan in de ontnemingsprocedure.<sup>81</sup> De minister beoogt hiermee tegemoet te komen aan de wens van enkele adviserende organen om meer duidelijkheid te verschaffen ‘over de mogelijkheden tot het verrichten van financieel onderzoek na een veroordeling in de hoofdzaak en de mogelijkheden daartoe in de periode die is gelegen tussen het moment van het sluiten van het [SFO] en het moment waarop het voorgestelde onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde<sup>82</sup> een aanvang kan nemen’.<sup>83</sup> De minister vat deze wens zo op dat er een duidelijke afbakening moet komen van het tijdvak dat het SFO – al dan niet na een heropening – kan beslaan.<sup>84</sup> In die benadering is een beperking gelegen. Immers, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, kan financieel onderzoek ook heel goed buiten het kader van een SFO plaatsvinden. Zo bezien, is de vraag eigenlijk (tevens) in hoeverre gewone opsporingsbevoegdheden kunnen worden ingezet nadat de hoofdzaak een aanvang heeft genomen en al dan niet reeds (onherroepelijk) in een veroordeling is geëindigd. Deze vraag negeert de minister echter en dat is – gegeven de toelaatbaarheid van het verrichten van financieel onderzoek buiten het SFO om<sup>85</sup> – een gemis. Er bestaat namelijk veel onduidelijkheid over het antwoord op deze vraag. Wij zullen de discussie daarover hier niet herhalen, maar volstaan met het onderstrepen van de noodzaak om te voorzien in een algemene wettelijke grondslag voor de toepassing van ‘gewone’ op-

80 Anders dan de PvdA-fractie meent (vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 5, p. 15), richt deze geheimhoudingsplicht zich niet tot medewerkers van politie en justitie, maar tot degene bij wie inlichtingen worden ingewonnen. Vgl. ook *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 20.

81 Hiertoe wordt een nieuw artikel 126fa Sv voorgesteld, tezamen met een kleine tekstuele aanpassing van artikel 126f lid 4 Sv.

82 De minister refereert hierbij aan het verhaalsonderzoek in de executoriale fase, dat wij in paragraaf 8 nader bespreken.

83 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 20.

84 Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 20-21.

85 Hetgeen soms onvermijdelijk is, gelet op het feit dat een SFO alleen kan worden geopend in geval van een verdenking van een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (vgl. artikel 126 lid 1 Sv).



sporingsbevoegdheden met het oog op financieel onderzoek ook na het moment dat de hoofdzaak een aanvang heeft genomen.<sup>86</sup>

Voor een goed begrip van het voorliggende voorstel van de minister is het volgende van belang.<sup>87</sup> De huidige regeling van het SFO gaat ervan uit dat, afgezien van enkele hier nu niet ter zake doende specifieke situaties, een ingesteld SFO wordt gesloten alvorens de ontnemingsvordering (in eerste aanleg) aanhangig wordt gemaakt (vergelijk artikel 511b lid 3 Sv). Dat ligt ook voor de hand: in het SFO worden de onderzoeksresultaten vergaard op grond waarvan de ontnemingsvordering wordt onderbouwd. Het SFO gaat dan ook logischerwijs aan de ontnemingsprocedure vooraf. Indien de rechter zulks noodzakelijk acht, kan een gesloten SFO weer worden heropend (of een nieuw SFO worden geopend) nadat de ontnemingsprocedure een aanvang heeft genomen (artikel 511d lid 2, 511e lid 3 en 511g lid 2 sub c Sv). Zonder dat de wet dat met zoveel woorden bepaalt, zal ook nu het SFO worden gesloten alvorens de rechter tot een uitspraak komt.

De minister stelt thans voor om – met een nieuw artikel 126fa Sv – te voorzien in de mogelijkheid van heropening van het SFO nadat de rechter een einduitspraak heeft gedaan in de ontnemingszaak.<sup>88</sup> Dat maakt het mogelijk dat het SFO ook zal kunnen lopen gedurende de periode na de uitspraak in eerste aanleg in de ontnemingszaak.<sup>89</sup> Dit SFO eindigt – aldus het voorgestelde artikel 126fa lid 2 Sv – zodra de ontnemingsuitspraak in kracht van gewijsde gaat. Wij plaatsen twee kanttekeningen bij dit voorstel. Allereerst valt het op dat het gaat om een *heropening* van het SFO. Dat betekent dat in gevallen waarin – voorafgaand aan de ontnemingsprocedure – geen

86 Zie, met nadere verwijzingen, Borgers 2005, p. 47-50. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt aan deze kwestie slechts aandacht besteed in de vorm van een verwijzing naar een brief van de minister uit 2000, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 14.

87 Zie omtrent de sluiting en de heropening van het SFO onder anderen Keulen 1999, p. 224-236 en T. Kooijmans, in: J. Boksem e.a. (red.), *Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer z.j. (losbladig), onderdeel 17.5.

88 Overigens zou men deze mogelijkheid kunnen inlezen in het huidige artikel 126f lid 4 Sv. Maar, zoals de minister terecht aangeeft (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 21), geeft deze bepaling niet uitdrukkelijk aan in welke gevallen de daarin voorziene mogelijkheid tot heropening kan worden toegepast.

89 Verwarrend is de opmerking van de minister in de memorie van toelichting dat aldus ‘financieel onderzoek in het verband van een heropend sfo, ook kan worden verricht na een veroordeling in de *hoofdzaak*’, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 21 (cursivering onzerzijds; MJB & TK). Die mogelijkheid bestaat thans reeds: artikel 126f lid 2 Sv. Het nieuwe artikel 126fa Sv ziet specifiek op de fase na de uitspraak in de ontnemingszaak (in eerste aanleg).

SFO is geopend, na de uitspraak in de ontnemingsprocedure geen SFO meer kan plaatsvinden. Van heropening zou dan immers geen sprake zijn. De minister lijkt zich, afgaande op de toelichting, overigens niet van deze beperking bewust te zijn.<sup>90</sup>

Voorts kan een kanttekening worden geplaatst bij het doel van de heropening die artikel 126fa Sv mogelijk wil maken. Relevant in dit verband is de volgende passage uit de memorie van toelichting:

‘Het openbaar ministerie wijst er op dat, zoals in de praktijk blijkt, de periode tot het onherroepelijk worden van de beslissing in de ontnemingsprocedure van aanzienlijke duur kan zijn zodat het zicht op de vermogenspositie van de veroordeelde verloren kan raken. Met het voorstel kan het zicht op het vermogen van de veroordeelde in deze tussenfase behouden blijven en kunnen ook daarvoor vatbare voorwerpen in conservatoir beslag worden genomen.’<sup>91</sup>

Het komt er dus op neer dat de heropening van het SFO er niet zozeer toe strekt om informatie te vergaren die voor de behandeling van de ontnemingsvordering ter terechtzitting noodzakelijk is. Dat ligt ook voor de hand, gelet op de mogelijkheden die de appelrechter in een ontnemingsprocedure reeds heeft voor nader financieel onderzoek op de voet van artikel 511g lid 2 sub c Sv. Veeleer gaat het erom om het verhaal van de ontnemingsmaatregel veilig te stellen door zicht te houden op de vermogenspositie van de betrokkene en conservatoir beslag mogelijk te maken.

Dat de minister deze mogelijkheid wil verschaffen, achten wij alleszins begrijpelijk. De vraag is evenwel of het voorgestelde artikel 126fa Sv hiervoor het beste kader biedt. Wij wijzen in dit verband op onze eerdere suggesties om in de wet te voorzien in een expliciete wettelijke grondslag voor de toepassing van ‘gewone’ opsporingsbevoegdheden met het oog op financieel onderzoek vanaf het moment dat de behandeling ter terechtzitting van de hoofdzaak een aanvang heeft genomen. Een dergelijke grondslag zou ook uitkomst bieden op het punt van het monitoren van de vermogenspositie van de veroordeelde en het veiligstellen van het verhaal van de ontnemingsmaatregel door middel van conservatoir beslag. Daartoe zou in de wet kunnen worden geëxpliciteerd dat onder financieel onderzoek niet alleen wordt verstaan het vergaren van onderzoeksgegevens ten dienste

<sup>90</sup> In de nota naar aanleiding van het verslag merkt de minister op dat met het voorgestelde artikel 126fa Sv buiten twijfel wordt gesteld dat ook nadat de rechter in de ontnemingszaak uitspraak heeft gedaan, het financieel onderzoek kan worden voortgezet: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 14.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 21.

van de ontnemingsprocedure, maar tevens met het oog op het verhaal van de ontnemingsmaatregel. Een dergelijke grondslag zou uiteraard moeten worden voorzien van enkele nadere voorschriften omtrent de toe te passen bevoegdheden, hetgeen in lijn met de regeling van het voorgestelde, in paragraaf 8 nader te bespreken verhaalsonderzoek in de executoriale fase zou kunnen geschieden. Dat zou dan ook zodanig kunnen worden vormgegeven dat er in feite één regeling komt voor het verhaalsonderzoek vanaf het moment dat de hoofdzaak een aanvang neemt. Dat komt ons aantrekkelijker voor dan het aanpassen van de toch al complexe regeling van het SFO, die in de praktijk een moeizaam bestaan leidt.

## 7 Het conservatoir anderbeslag

### 7.1 *Het geldende recht*

In 2003 is artikel 94a Sv, dat voorziet in de mogelijkheid van conservatoir beslag, uitgebreid teneinde schijnconstructies beter te kunnen bestrijden. Het gaat daarbij om beslag op vermogensbestanddelen waar de verdachte feitelijk de beschikking over heeft, maar die formeel onderdeel uitmaken van het vermogen van een ander. Gelet op de zogeheten Bucro-beschikkingen<sup>92</sup> ging de wetgever ervan uit dat de conservatoire beslagbevoegdheid van artikel 94a lid 2 Sv onvoldoende is toegesneden op het doorbreken van dergelijke schijnconstructies. Om die reden laat het huidige artikel 94a lid 3 Sv toe dat onder omstandigheden voorwerpen die aan een ander dan de verdachte – namelijk de veronderstelde stroman – toebehoren, in beslag worden genomen. Daartoe moet aan de volgende cumulatief gestelde voorwaarden worden voldaan: *a.* de voorwerpen zijn, onmiddellijk of middellijk, afkomstig van het misdrijf in verband waarmee het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen, *b.* er bestaan voldoende aanwijzingen dat die voorwerpen aan de ander zijn gaan toebehoren met het doel de uitwinning van die voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen, en *c.* op het moment van het gaan toebehoren wist de ander of kon hij redelijkerwijs vermoeden dat de voorwerpen van enig misdrijf afkomstig waren. Het vierde lid van artikel 94a Sv bepaalt dat ‘tevens andere aan de betrokken persoon (de ander dan de verdachte; MJB & TK) toebehorende voorwerpen in

92 Zie onder andere HR 9 januari 1996, *NJ* 1998, 591 m.nt. Sch.

beslag kunnen worden genomen, tot ten hoogste de waarde van de in het derde lid bedoelde voorwerpen’.

## 7.2 De voorgestelde wijzigingen in artikel 94a Sv

De minister stel voor om het onder a. genoemde vereiste – het zogeheten afkomstvereiste – te laten vallen. Ter toelichting merkt de minister het volgende op:

‘De bestaande regeling schiet in het bijzonder met het (...) afkomstvereiste aan haar doel voorbij. Dit vereiste staat aan het leggen van beslag in de weg, in het geval dat een voorwerp op naam van een ander werd gesteld, voordat het misdrijf in verband waarmee het voordeel wordt ontnomen is gepleegd. (...) [De] toepasselijkheid van het “anderbeslag” [is] zo beperkt tot die gevallen waarin aan de delictomschrijving van het delict witwassen welhaast geheel is voldaan. Het is deze achtergrond waartegen het “afkomstvereiste” kan worden begrepen. Het conservatoir beslag, ook in de vorm van het “anderbeslag”, kan echter evenzeer worden begrepen als een verhaalsbeslag waarbij ook legale vermogenscomponenten onderwerp van verhaal kunnen zijn.’<sup>93</sup>

In de kern komt het er dus op neer dat alle vermogensbestanddelen die aan de ander gaan toebehoren met het kennelijke doel om op enig moment verhaal te frustreren, onder de reikwijdte van artikel 94a lid 3 Sv komen te vallen. Dat geldt ook indien die vermogensbestanddelen geen enkel verband houden met het strafbare feit dat aanleiding geeft tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel. Doorslaggevend is daarbij overigens niet, anders dan de minister suggereert, het moment waarop het voorwerp aan de ander gaat toebehoren. Ook na het begaan van het betreffende strafbare feit kan een volstrekt legaal verkregen voorwerp met het oogmerk van verhaalsfrustratie naar een ander overgaan. In dat geval is er evenzeer reden om de opgezette schijnconstructie te doorbreken.

De minister handhaaft het onder b. genoemde vereiste – de aanwijzingen voor de schijnconstructie – in (zo goed als)<sup>94</sup> ongewijzigde vorm. Ook het onder c. genoemde vereiste – het wetenschapsvereiste – blijft bestaan, zij het in gewijzigde vorm. Vanwege het verval-

93 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 11.

94 Het enige verschil is dat in de huidige tekst van artikel 94a lid 3 Sv wordt gesproken van ‘het kennelijke doel de uitwinning van *die* voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen, terwijl in de voorgestelde tekst het woordje ‘die’ komt te vervallen. Het lijkt hier om een ‘slip of the pen’ te gaan, want het zou onzinnig zijn indien dit doel op andere voorwerpen betrekking zou hebben dan die zijn gaan toebehoren aan de ander.

len van het afkomstvereiste houdt het wetenschapsvereiste niet langer verband met de herkomst van het betreffende voorwerp, maar wordt het wetenschapsvereiste toegesneden op het kennelijke doel de uitwinning van voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen. In de voorgestelde tekst van artikel 94a lid 3 Sv, gaat het er dan om of ‘die ander dit wist of redelijkerwijze kon vermoeden’. Ten opzichte van de ander wordt daarmee – niet méér, maar ook niet minder – vereist dan dat hij zich bewust is of kon zijn geweest van de toepassing van de schijnconstructie. De minister wil hiermee voorkomen – mede in het licht van het recht op ongestoord genot van eigendom, zoals gegarandeerd door artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM – dat derden die te goeder trouw een voorwerp verkrijgen, zouden kunnen worden geconfronteerd met een anderbeslag.<sup>95</sup>

Met de gedachtegang die ten grondslag ligt aan de voorstellen die de minister in relatie tot artikel 94a lid 3 Sv doet, kunnen wij zonder meer instemmen. Met het schrappen van het afkomstvereiste wordt tegemoet gekomen aan de kritiek dat dit vereiste in de weg staat aan een effectieve doorbreking van schijnconstructies. Immers, de toepassing van schijnconstructies en – daarmee samenhangend – witwaspraktijken is er juist op gericht de herkomst te verhullen.<sup>96</sup> Bovendien staat een schuldenaar – ook degene die uit hoofde van een ontnemingsmaatregel een betalingsverplichting aan de Staat heeft – met zijn gehele vermogen in voor zijn schuld, dus ook met de door hem legaal verkregen vermogensbestanddelen.<sup>97</sup> In het verlengde daarvan komt het ons ook zinvol voor om ten aanzien van de wetenschap van de ander niet te concentreren op de afkomst, maar juist op het feit dat een schijnconstructie wordt toegepast.

De vraag ligt nog wel voor of artikel 94a lid 3 Sv in het geheel zou kunnen worden gemist. In de literatuur is bepleit dat het begrip ‘toebehoren’ in artikel 94a leden 1 en 2 Sv zich dusdanig ruim laat uitleggen dat ook vermogensbestanddelen die formeel op naam van een ander dan de verdachte staan, maar waarover de verdachte feitelijk de beschikking heeft, kunnen worden aangemerkt als toebehorend

95 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 12 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 4, p. 10.

96 Vgl. M.J. Borgers & J.B.H.M. Simmelink, ‘Schijnoplossingen voor schijnconstructies’, *DD* 2002, p. 1074. Zie voor meer kritiek op het afkomstvereiste M.A.H. Kempen, ‘Vereenzelviging en doorbraak van aansprakelijkheid: oplossingen voor schijnconstructies?’, *Strafblad* 2005, p. 108.

97 Vgl. artikel 3:276 BW.

aan de verdachte.<sup>98</sup> De minister staat kort bij deze vraag stil, maar geeft niet duidelijk aan hoe naar zijn mening het antwoord zou moeten luiden. Hij laat de invulling van het begrip ‘toebehoren’ over aan de rechter.<sup>99</sup> De rechtspraak laat zien dat de hier geschetste feitelijke benadering van het begrip ‘toebehoren’ regelmatig toepassing vindt indien het roerende niet-registergoederen betreft. Waar het gaat om registerzaken (waaronder onroerende zaken), is dat echter niet of nauwelijks mogelijk gelet op de doorslaggevende betekenis die de Hoge Raad toekent aan de tenaamstelling in het register.<sup>100</sup> Voor die categorie voorwerpen zal de voorgestelde wijziging van artikel 94a lid 3 Sv, gegeven de rechtspraak van de Hoge Raad, een belangrijke verbetering teweegbrengen in de mogelijkheden om schijnconstructies te doorbreken.

### 7.3 *De voorgestelde wijziging van artikel 577b lid 1 Sv*

In het kader van de beslagbevoegdheid van artikel 94a leden 3 en 4 Sv is voorts van belang de wijziging van de tekst van artikel 577b lid 1 Sv. Deze tekst zou als volgt moeten komen te luiden:

‘Indien de maatregel bedoeld in artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht is opgelegd, vinden de artikelen 561, tweede en derde lid, 572, 573, eerste en tweede lid, en 574 tot en met 576 overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat mede verhaal kan worden genomen op voorwerpen waarop beslag is gelegd overeenkomstig artikel 94a, derde lid en vierde lid. Artikel 552a is van overeenkomstige toepassing.’

De toelichting van de minister is kort en bondig:

‘[Met dit voorschrift] wordt voorzien in een basis voor executoriaal “anderbeslag”. Met dit onderdeel wordt artikel 577b, eerste lid, Sv aangepast om te verduidelijken dat voorwerpen waarop voorafgaand conservatoir “anderbeslag” is gelegd, ook kunnen worden uitgewonnen.’<sup>101</sup>

98 Zie daarover Borgers & Simmelink 2002, p. 1072-1074. Vgl. ook de noot van Borgers onder HR 19 februari 2008, *NJ* 2008, 340.

99 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, p. 12. Wel wijst de minister erop dat de strafrechter aansluiting zou kunnen zoeken bij in het privaatrecht ontwikkelde leerstukken, bijvoorbeeld waar het gaat om identiteitsverschillen tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon. Daarmee lijkt de minister de in de hoofdtekst besproken feitelijke benadering niet te willen afwijzen. Vgl. in dit verband ook Kempen 2005, p. 189-206.

100 HR 18 februari 2008, *NJ* 2008, 339 en HR 18 februari 2008, *NJ* 2008, 340 m.nt. M.J. Borgers.

101 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 21.

De minister lijkt aldus allereerst tegemoet te willen komen aan de kritiek dat het huidige artikel 577b lid 1 Sv – bezien in samenhang met artikel 573 lid 1 Sv – onvoldoende duidelijk maakt dat voorwerpen die op de voet van artikel 94a leden 3 en 4 Sv in beslag zijn genomen, nadien ook executoriaal kunnen worden uitgewonnen.<sup>102</sup> Die duidelijkheid wordt met het voorstel van de minister verschaft.<sup>103</sup> Echter, dat betekent niet – anders dan de minister lijkt aan te nemen – dat in alle gevallen executoriaal anderbeslag mogelijk is. De wijziging van artikel 577b lid 1 Sv beperkt zich immers tot die voorwerpen waarop reeds – in de conservatoire fase – op de voet van artikel 94a leden 3 en 4 Sv beslag is gelegd, terwijl nadien dat conservatoire beslag – van rechtswege – overgaat in een executoriaal beslag. Daarvan moet worden onderscheiden voorwerpen die *eerst* in de executoriale fase in het vizier van het openbaar ministerie komen. Op generlei wijze wordt thans voorzien in een rechtsgrondslag voor het leggen van executoriaal beslag op voorwerpen als bedoeld in artikel 94a lid 3 Sv, zonder dat daarop reeds conservatoir beslag rust. Het wetsvoorstel bevat op dit punt een lacune. Wij gaan daar in paragraaf 8.3 nader op in.

Aandacht verdient ook de tweede volzin van het voorgestelde eerste lid van artikel 577b Sv. Daarin wordt de klaagschriftprocedure van artikel 552a Sv, waarin (onder andere) kan worden geklaagd over de *conservatoire* inbeslagneming van voorwerpen op grond van artikel 94a Sv, van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat lijkt te betekenen dat voortaan in die klaagschriftprocedure tegen de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel – en dus ook het *executoriale* verhaal op in beslag genomen voorwerpen – kan worden opgekomen. Hoewel aan de rechtsbescherming in de executoriale fase het nodige te verbeteren valt – ook vanuit het gezichtspunt van de ander in het kader van het anderbeslag<sup>104</sup> – wekt dit voorstel van de minister toch de nodige verbazing. Het is opvallend dat in de memorie van toelichting geen enkel woord aan de van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 552a Sv wordt gewijd. Dat is des te opmerkelijker wanneer men zich realiseert dat het Wetboek van Strafvordering reeds verschillende voorschriften kent waarmee rechtsbescherming in de executoriale fase wordt geboden. De huidige

<sup>102</sup> Zie voor die kritiek A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, rubriek ‘Wetgeving’, *DD* 2002, p. 513-514 en Borgers & Simmelink 2002, p. 1067-1069.

<sup>103</sup> Eerder achtte de minister een wettelijke voorziening zoals thans voorgesteld, niet noodzakelijk. Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, A, p. 9.

<sup>104</sup> Zie daarover Borgers & Simmelink 2002, p. 1076-1084. Vgl. voorts Rb. Haarlem 14 oktober 2009, *LJN* BK0219, over de (beperkte) toetsingsmogelijkheden van het anderbeslag in het kader van een klaagschriftprocedure.

regeling van de rechtsbescherming in de executoriale fase is weliswaar complex van aard, terwijl er ook verschillende lacunes kunnen worden aangewezen,<sup>105</sup> maar het is niet zo dat er thans in het geheel geen rechtsbescherming zou worden geboden.

Gelet op de complexiteit van de huidige regeling van de rechtsbescherming in de executoriale fase is het in het leven roepen van een algemene strafvorderlijke procedure voor alle bezwaren ter zake van de tenuitvoerlegging, een alleszins aanlokkelijke gedachte. Dat neemt evenwel niet weg dat het bepaald lastig is om te zien welke rol de klaagschriftprocedure van artikel 552a Sv zou moeten gaan spelen. Zou de klaagschriftprocedure de bestaande vormen van rechtsbescherming moeten vervangen? Of is hier sprake van aanvullende rechtsbescherming? Hoe moet de klaagschriftprocedure in de executoriale fase worden gepositioneerd ten opzichte van de strafvorderlijke procedures die kunnen plaatsvinden bij de executie van de ontnemingsprocedure? Doordat iedere vorm van toelichting ontbreekt, is het welhaast onmogelijk om deze vragen van een zinnig antwoord te voorzien. Wij vragen ons daarom zelfs af of de van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 552a Sv een ‘slip of the pen’ is. Mocht dat niet zo zijn, dan is het noodzakelijk dat de minister een duidelijke toelichting verschaft, al kan daarmee eigenlijk niet worden volstaan. Gelet op de samenhang met de diverse voorschriften die betrekking hebben op rechtsbescherming in de executoriale fase, is een meer uitgewerkte en gedetailleerde wettelijke regeling in onze ogen onontbeerlijk.

#### 7.4 *Afronding*

Tot slot van deze paragraaf vestigen wij de aandacht op het feit dat, waar het gaat om de beslagregeling, de minister zich beperkt tot de hier besproken aanpassing van artikel 94a lid 3 Sv. In de literatuur zijn ook ten aanzien van andere onderdelen van de beslagregeling voorstellen tot wetwijziging gedaan. Dat heeft niet alleen van doen met (het gebrek aan) rechtsbescherming die de ‘ander’ in het kader van een anderbeslag geniet, maar ook in meer algemene zin met de complexiteit en de hanteerbaarheid van de vormvoorschriften die zijn

<sup>105</sup> Een overzicht treft men aan in M.J. Borgers, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j. (losbladig), aantekening 6 op artikel 572-578a (suppl. 138).



verbonden aan inbeslagneming.<sup>106</sup> Uit de toelichting op het wetsvoorstel valt niet op te maken waarom de minister geen verdergaande aanpassing van de beslagregeling voorstelt dan de voorgestelde aanpassing van artikel 94a lid 3 Sv. Wij volstaan met de opmerking dat in onze ogen een bredere herziening van de beslagregeling overweging verdient.

## 8 Verhaalsonderzoek in de executoriale fase

### 8.1 Een schets van de voorgestelde regeling

In 1999 hebben Van der Neut en Simmelink het voorstel gedaan voor de introductie van een ‘executie-sfo’, de mogelijkheid om in de executiefase een onderzoek in te stellen teneinde door de veroordeelde verborgen vermogen te kunnen opsporen.<sup>107</sup> Hoewel de minister niet aan dit voorstel refereert, kan worden geconstateerd dat ook hij inmiddels gecharmeerd is van een dergelijk onderzoekskader. In het thans voorliggende wetsvoorstel wordt namelijk voorzien in de mogelijkheid van een verhaalsonderzoek in de executoriale fase. Kort gezegd komt de voorgestelde regeling erop neer dat, indien de veroordeelde niet vrijwillig voldoet aan een onherroepelijk opgelegde ontnemingsmaatregel, het openbaar ministerie met machtiging van de rechter-commissaris verschillende onderzoeksbevoegdheden kan inzetten teneinde in kaart te brengen of de veroordeelde over vermogensbestanddelen beschikt waarop verhaal kan worden genomen. Tezamen met de voorgestelde wijzigingen in de regeling van het SFO (waarover paragraaf 6) beoogt de minister aldus te voorzien in een wettelijk kader dat de benodigde garanties biedt voor een effectief verhaal van de ontnemingsmaatregel. Dat de minister met dit voorstel komt, is alleszins begrijpelijk wanneer men zich realiseert dat het bedrag dat met de incasso van ontnemingsmaatregelen wordt binnengehaald, beduidend minder is dan het bedrag dat door de rechter aan ontnemingsmaatregelen wordt opgelegd.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> Zie R.M. Vennix, *Boef en beslag*, Nijmegen: Ars Aequi Libiri 1998, p. 198-199, J.L. van der Neut & J. Simmelink, ‘Vijf jaar ontnemingswetgeving: hoe nu verder?’, in P. Everaars e.a. (red.), *Ontnemingswetgeving in perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 146-147, Mevis in zijn noot onder HR 31 januari 2006, *NJ* 2006, 589, onderdeel 11 en M.J. Borgers, ‘Beslagformaliteiten’, *DD* 2008, p. 1091-1092.

<sup>107</sup> Van der Neut & Simmelink 1999, p. 148-149. Vgl. ook Borgers & Simmelink 2005, p. 993 en Borgers, Kooijmans & Simmelink 2007, p. 20.

<sup>108</sup> Zie het cijfermateriaal in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 13, p. 38, 97.

Het voorstel van de minister strekt ertoe dat een reeks aan nieuwe wettelijke bepalingen in het Wetboek van Strafvordering worden gevoegd, te weten de voorgestelde artikelen 577ba-577bg Sv. De hoofdlijnen van de voorgestelde regeling zien er aldus uit. Na het verstrijken van de termijn voor de (vrijwillige) voldoening van de ontnemingsmaatregel kan de officier van justitie een machtiging vorderen van de rechter-commissaris teneinde een onderzoek in te stellen naar het vermogen van de veroordeelde (artikel 577ba lid 1 Sv). De rechter-commissaris verleent deze machtiging indien de hoogte van de resterende betalingsverplichting ‘van aanzienlijk belang’ is en er aanwijzingen bestaan dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren waarop verhaal kan worden genomen (artikel 577ba lid 4 Sv). Indien de rechter-commissaris deze machtiging verleent, heeft de machtiging een geldingsduur van (ten hoogste) zes maanden. Vervolgens is verlenging mogelijk totdat een maximale duur van twee jaar is bereikt (artikel 577ba lid 5 Sv). Artikel 577ba Sv voorziet in dit verband nog in enkele voorschriften met betrekking tot de onderbouwing van de vordering van de officier van justitie (lid 3), het toezicht op de voortgang van het onderzoek (lid 6) alsmede de sluiting en de beëindiging van het onderzoek (leden 7 en 8).

Gedurende het verhaalsonderzoek kunnen diverse bevoegdheden worden aangewend (artikel 577bb-bf Sv). Samengevat gaat het daarbij om het vorderen van opgave van het onder zich hebben (of hebben gehad) van vermogensbestanddelen van de veroordeelde, het vorderen van diverse soorten gegevens, het bevelen van medewerking aan het ontsleutelen van gegevens, het doen van onderzoek naar communicatie, het stelselmatig observeren van personen alsmede de zogeheten bevoegdheden in een besloten plaats (het opnemen van een plaats, het aldaar veilig stellen van sporen en het aldaar plaatsen van een technisch hulpmiddel teneinde de aanwezigheid of de verplaatsing van een goed te kunnen vaststellen). Deze bevoegdheden worden uitgeoefend door of op bevel van de officier van justitie. Voor de uitoefening van sommige bevoegdheden geldt dat een machtiging van de rechter-commissaris is vereist (artikel 577bd lid 6 en 577bf leden 2 en 5 Sv).

De veroordeelde zal doorgaans niet op de hoogte zijn van het instellen van een verhaalsonderzoek. In de voorgestelde regeling is geen plicht opgenomen hem daarover te informeren. Dat ligt ook voor de hand, omdat anders eenvoudig het verhaalsonderzoek zou kunnen worden gefrustreerd. De bevoegdheden die tijdens het verhaalsonderzoek kunnen worden uitgeoefend, worden ‘heimelijk’ toegepast. Na de beëindiging van het verhaalsonderzoek gelden daarom

op grond van het voorgestelde artikel 577bg lid 1 Sv de notificatieplichten van artikel 126bb Sv.

Tot slot voorziet de regeling in de van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 126dd Sv en daarmee in voorschriften omtrent het gebruik van gegevens voor ander onderzoek en het verwerken van gegevens in de relevante registers (artikel 577bg lid 1 Sv). Ook voorziet het voorstel in een vernietigingsplicht ter zake van processen-verbaal en voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend en die zijn verkregen tijdens het verhaalsonderzoek (artikel 577bg lid 2 Sv).<sup>109</sup>

## 8.2 *Het instellen van het verhaalsonderzoek*

De officier van justitie kan overgaan tot het vorderen van een machtiging van de rechter-commissaris voor een verhaalsonderzoek, indien ‘binnen de ingevolge artikel 561, tweede lid, bedoelde termijn’ geen volledige betaling plaatsvindt.<sup>110</sup> Die vordering moet met redenen zijn omkleed en vermelden wat de hoogte is van de betalingsverplichting, het bedrag dat eventueel reeds ter voldoening is voldaan alsmede of een verzoek tot vermindering of kwijtschelding op de voet van artikel 577b lid 2 Sv is gedaan (artikel 577ba lid 3 Sv). De vraag rijst wat moet worden verstaan onder ‘met redenen zijn omkleed’: welke mo-

<sup>109</sup> De redactie van het voorgestelde artikel 577bg lid 2 Sv verdient naar onze mening nog nadere aandacht. Allereerst is het verwarrend dat er wordt verwezen naar ‘de in het eerste lid genoemde bevoegdheden’, terwijl in het eerste lid van het voorgestelde artikel 577bg Sv geen bevoegdheden worden genoemd. Kennelijk wordt bedoeld te verwijzen naar de bevoegdheden in de voorgestelde artikel 577bb-577bf Sv. Voorts lijkt de tekst van het voorgestelde artikel 577bg lid 2 Sv uit te gaan van een absolute vernietigingsplicht, omdat deze geen uitzondering bevat voor de situatie waarin op de voet van het voorgestelde artikel 577bg lid 1 jo. 126dd lid 1 Sv wordt overgegaan tot gebruik van gegevens voor ander onderzoek en/of de verwerking van gegevens in registers. De uitzondering die artikel 126dd lid 2 Sv op de vernietigingsplicht inhoudt, is weliswaar op de voet van het voorgestelde artikel 577bg lid 1 Sv van overeenkomstige toepassing, maar strekt zich strikt genomen alleen uit tot de vernietigingsplicht van artikel 126cc lid 2 Sv, en – naar de letter – niet die van het voorgestelde artikel 577bg lid 2 Sv. Hoewel een welwillende interpretatie naar onze mening best mogelijk is, verdient het de voorkeur dat de tekst van het wetsvoorstel op dit punt wordt aangescherpt.

<sup>110</sup> Artikel 561 lid 2 Sv bepaalt dat het openbaar ministerie de veroordeelde een termijn gunt waarbinnen de betaling uiterlijk moet geschieden. Daarbij beperkt de tekst van artikel 561 lid 2 Sv zich tot geldboeten en schadevergoedingsmaatregelen. De toepasselijkheid van artikel 561 lid 2 Sv op ontnemingsmaatregelen vloeit voort uit artikel 577b lid 1 Sv. Zo bezien beoogt het voorgestelde artikel 577ba lid 1 Sv te verwijzen naar de termijn die op grond van artikel 577b lid 1 jo. 561 lid 2 Sv wordt gegund voor de voldoening van de ontnemingsmaatregel.

tivering mag worden verlangd van de officier van justitie? Het antwoord op deze vraag hangt uiteraard nauw samen met het toetsingskader dat voor de rechter-commissaris geldt. Op dat toetsingskader zal de motivering moeten zijn toegesneden.

Blijkens het vierde lid van het voorgestelde artikel 577ba Sv verleent de rechter-commissaris de machtiging indien *a.* de hoogte van de (resterende) betalingsverplichting ‘van aanzienlijk belang’ is, en *b.* er aanwijzingen bestaan dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren waarop (krachtens artikel 577b Sv) verhaal kan worden genomen. Deze criteria verschaffen niet veel houvast. Immers, wanneer kan men spreken van een (resterende) betalingsverplichting ‘van aanzienlijk belang’? En waaruit kunnen of moeten de vereiste aanwijzingen bestaan?

In de toelichting noteert de minister dat hij ervan heeft afgezien om een minimumbedrag te noemen dat nog zou moeten openstaan alvorens verhaalsonderzoek kan plaatsvinden, omdat ‘de vaststelling van de hoogte van een dergelijk bedrag op voorhand arbitrair zou zijn’.<sup>111</sup> Met het opnemen van de maatstaf ‘van aanzienlijk belang’ beoogt de minister de rechter-commissaris de ruimte te geven voor het aanleggen van ‘een proportionaliteitstoets’.<sup>112</sup> Dat is naar onze mening echter niet onproblematisch. Indien men een proportionaliteitstoets wil aanleggen, zou dat allereerst kunnen inhouden dat er wordt afgewogen of de hoogte van het openstaande bedrag opweegt tegen de inzet die benodigd is voor het verrichten van het verhaalsonderzoek. Dat is primair een beleidsmatige afweging die binnen het openbaar ministerie zal moeten worden gemaakt en waarmee de rechter-commissaris niet (dan hoogstens marginaal) moet worden opgezadeld.<sup>113</sup> Een andere invulling van een proportionaliteitstoets zou zijn het afwegen van de hoogte van het openstaande bedrag tegen de mate van inbreuk die tijdens het verhaalsonderzoek zal worden gemaakt op de fundamentele rechten van de veroordeelde, in het bijzonder diens privacy.<sup>114</sup> De vraag rijst echter hoe de rechter-

<sup>111</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 15.

<sup>112</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 15. Vgl. ook *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 17.

<sup>113</sup> De aan het openen van een SFO te stellen eis dat sprake moet zijn van op geld waardeerbaar voordeel van *enig* belang wordt in de Aanwijzing Ontneming (*Stert.* 2009, 40) aldus uitgelegd dat er sprake moet zijn van een wederrechtelijk verkregen voordeel van ten minste €12.000,-. De minister sluit niet uit dat een dergelijke beleidsregel ook zal worden ontwikkeld voor het verhaalsonderzoek. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 17.

<sup>114</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 18.

commissaris deze afweging handen en voeten zou moeten geven. De rechter-commissaris kan het probleem waarmee de minister kampt niet oplossen: het vaststellen van grensbedragen door de rechter-commissaris is in deze context niet minder arbitrair dan een soortgelijke vaststelling door de minister.

Het komt ons dan ook voor dat de maatstaf om al dan niet over te gaan tot verhaalsonderzoek niet zou moeten worden gezocht in de hoogte van de openstaande betalingsverplichting. Bij nadere beschouwing is dat wellicht ook niet wat de minister voorstaat. Want als concrete invulling van de proportionaliteitstoets noemt hij de beoordeling ‘of de beoogde inzet van bevoegdheden zal kunnen bijdragen aan de verwezenlijking van het doel van het onderzoek, namelijk of hiermee de omvang van het vermogen waarop verhaal kan worden genomen, inzichtelijk kan worden.’<sup>115</sup> Afgezien van het feit dat dit weinig van doen heeft met proportionaliteit, raakt het wel de kern van de zaak: in hoeverre is het aannemelijk dat het reguliere executietraject zonder resultaat zal blijven en in hoeverre valt te verwachten dat met een verhaalsonderzoek een beter resultaat zal worden behaald? Op het eerste gezicht sluit die toets aan bij het onder *b.* genoemde vereiste van de aanwijzingen dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren waarop verhaal kan worden genomen. Als dit inderdaad de zienswijze van de minister is, dan zou het ‘van aanzienlijk belang’-vereiste net zo goed kunnen worden gemist.

Tegen deze achtergrond is het van belang om nader te bezien welke invulling de minister voor ogen staat met betrekking tot het onder *b.* genoemde vereiste. In de memorie van toelichting wordt hierover ten eerste het volgende opgemerkt:

‘In het voorstel wordt in dit verband als eis gesteld dat er aanwijzingen bestaan dat de veroordeelde, in weerwil van het uitblijven van betaling, over vermogen beschikt. Dergelijke aanwijzingen kunnen worden ontleend aan bijvoorbeeld lopende onderzoeken naar nieuwe strafbare feiten of aan de constatering van een opsporingsambtenaar dat een veroordeelde de beschikking heeft over voorwerpen, waarvan het bezit zich slecht verdraagt met de omstandigheid dat deze veroordeelde in gebreke blijft.’<sup>116</sup>

De bewindsman vervolgt:

<sup>115</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 15.

<sup>116</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 14. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 18.

‘Ook kan, gezien in samenhang met het voorgaande, betekenis toekomen aan het verschil tussen de hoogte van de opgelegde betalingsverplichting en hetgeen daarop reeds is voldaan. In de opgelegde betalingsverplichting komt immers de omvang tot uitdrukking van het, in het verleden, daadwerkelijk door de veroordeelde genoten voordeel. Naarmate het hiervoor aangeduide verschil groter is, zal het vermoeden van betalingsonwil sterker kunnen zijn.’<sup>117</sup>

De eerste invulling die de minister geeft aan het onder *b.* genoemde vereiste is onproblematisch. Er doet zich alsdan een situatie voor waarin – bijvoorbeeld aan de hand van door zogenoemde vermogens-traceerders verricht onderzoek op basis van open bronnen en bepaalde bestanden waarvan zij kennis mogen nemen – voldoende feitelijke grond bestaat om te veronderstellen dat de veroordeelde over vermogensbestanddelen beschikt die uit het zicht van justitie worden gehouden. Wij begrijpen de toelichting van de minister daarbij zo dat de voorhanden zijnde aanwijzingen niet reeds toereikend zijn om (voldoende) verhaalsobjecten te identificeren. In dat geval zou een verhaalsonderzoek immers niet noodzakelijk zijn. Het gaat, zo verstaan wij de minister, om aanwijzingen dat er verhaalsobjecten aanwezig zijn, zij het dat de identificatie daarvan nader onderzoek vergt.

Ten aanzien van de tweede invulling die de minister aan het onder *b.* genoemde vereiste geeft, hebben wij aarzelingen. Het is niet geheel duidelijk of het enkele feit dat een betalingsverplichting van een substantiële omvang niet wordt voldaan, reeds grond kan vormen om aan te nemen dat aan dit vereiste wordt voldaan. Indien dat het geval zou zijn, komt het onder *b.* genoemde vereiste feitelijk samen te vallen met het ‘van aanzienlijk belang’-vereiste. Hoewel voor die interpretatie wel enige steun is te vinden in de memorie van toelichting,<sup>118</sup> laat de uiteenzetting van de minister zich echter ook zo lezen – en dat achten wij ook de meest voor de hand liggende lezing<sup>119</sup> – dat de omvang van de betalingsverplichting (en daarnaast ook het bedrag dat nog moet worden voldaan) niet meer dan een gezichtspunt is dat

<sup>117</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 14.

<sup>118</sup> In de navolgende passage wordt die interpretatie in elk geval niet (expliciet) weersproken: ‘De rechter-commissaris – zo luidt het voorstel – zal alleen dan tot machtiging overgaan, wanneer de (resterende) betalingsverplichting van “een aanzienlijk belang” is. Wat onder “een aanzienlijk belang” moet worden verstaan, zal van geval tot geval verschillen. Met het opnemen van dit vereiste wordt voorkomen dat de enige voorwaarde voor de inzet van, soms verstrekkende, bevoegdheden zou bestaan in de enkele vaststelling dat er een vordering van de Staat op de veroordeelde ligt.’ Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 14 (cursiveringen onzerzijds; MJB & TK).

<sup>119</sup> Gelet op de woorden ‘gezien in samenhang met het voorgaande’ in het citaat.

kan worden betrokken bij de beoordeling van de door het openbaar ministerie aangedragen aanwijzingen dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren waarop verhaal kan worden genomen.<sup>120</sup>

Kortom, binnen het toetsingskader dat het voorgestelde artikel 577ba lid 4 Sv verschaft, staat centraal of er aanwijzingen zijn dat de veroordeelde verhaalsobjecten voorhanden heeft, terwijl de identificatie van die objecten nader onderzoek vergt. De hoogte van de openstaande betalingsverplichting speelt daarbij geen doorslaggevende rol. Het ‘van aanzienlijk belang’-vereiste kan om die reden dan ook worden gemist, al sluit dat niet uit dat de omvang van de opgelegde ontnemingsmaatregel en de nog openstaande betalingsverplichting in enigerlei mate een rol spelen bij de beoordeling of er aanwijzingen zijn dat de veroordeelde verhaalsobjecten voorhanden heeft.

De vraag kan nog worden opgeworpen, of het openbaar ministerie redelijkerwijs in staat zal zijn om te onderbouwen dat de vereiste aanwijzingen bestaan. Men zou immers kunnen stellen dat het juist onderzoek vergt om aan te tonen dat een veroordeelde zijn vermogen uit de greep van justitie houdt of lijkt te houden. Gegeven het feit dat een verhaalsonderzoek ingrijpende gevolgen kan hebben voor de veroordeelde, in het bijzonder voor wat betreft diens privacy, menen wij dat de minister er verstandig aan heeft gedaan – mede met het oog op artikel 8 EVRM – om de eis van aanwijzingen te stellen. Daarbij geldt dat in het strafprocesrecht ‘aanwijzingen’ een tamelijk licht criterium is, zodat in dit opzicht de toegang tot het verhaalsonderzoek geenszins op onredelijke wijze wordt belemmerd.<sup>121</sup>

### 8.3 *Het doel van het verhaalsonderzoek; executoriaal anderbeslag*

Het voorgestelde artikel 577ba lid 2 Sv omschrijft het doel van het verhaalsonderzoek als volgt: ‘Het onderzoek is gericht op de vaststelling van de omvang van het vermogen van de veroordeelde waarop verhaal kan worden genomen ten behoeve van de tenuitvoerlegging van de maatregel, bedoeld in artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht.’ Mede tegen de achtergrond van de toelichting die de minister geeft op het voorstel tot introductie van het verhaalsonderzoek, kan

<sup>120</sup> Vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 18.

<sup>121</sup> Daarbij nemen wij in aanmerking dat – naar onze mening – artikel 8 EVRM zich niet lijkt te verzetten tegen enig onderzoek buiten het kader van het verhaalsonderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van niet-stelselmatige observatie, naar de handel en wandel van de veroordeelde, teneinde te bezien of er aanwijzingen bestaan dat er (niet eenvoudig identificeerbare) verhaalsobjecten aanwezig zijn.

een aantal kanttekeningen worden geplaatst met betrekking tot deze omschrijving van het doel van het onderzoek.

Allereerst valt het op dat het onderzoek zich blijkens de doelomschrijving richt op de vaststelling van de *omvang* van het vermogen waarop verhaal kan worden genomen. Vermoedelijk wil de minister met de term ‘omvang’ tot uitdrukking brengen dat het onderzoek primair gericht is op de vraag of er voorwerpen zijn waarop verhaal kan worden genomen. Buiten dat is het gebruik van de term ‘omvang’ naar onze mening niet helemaal goed gekozen: het is immers niet alleen de omvang, maar ook de *locatie* van het vermogen, die van belang is voor het nemen van verhaal.<sup>122</sup> Zo bezien, zou het wetsvoorstel beter tot uitdrukking kunnen brengen dat het onderzoek zich richt op de vaststelling of de veroordeelde over vermogensbestanddelen beschikt waarop verhaal kan worden genomen en, zo ja, waar deze vermogensbestanddelen zich bevinden.

Voorts beperkt de doelomschrijving zich tot het nemen van verhaal. Onder dat verhaal moet worden verstaan het uitwinnen van voorwerpen waarop – al dan niet na een daaraan voorgaande conservatoire fase – executoriaal beslag rust. In de toelichting brengt de minister evenwel naar voren dat de resultaten van het verhaalsonderzoek ook kunnen worden gebruikt voor het onderbouwen van een vordering tot het toepassen van lijfswang (artikel 577c Sv) dan wel in het kader van verzetprocedures die door derden tegen de uitwinning van voorwerpen kunnen worden ingesteld.<sup>123</sup> Of in dat verband nog kan worden gesproken van het nemen van verhaal, is gelet op het wettelijk systeem van executiebevoegdheden – en de wijze waarop daarbinnen de term ‘verhaal’ wordt gebezigd – niet evident. De minister zou daarom beter in de doelomschrijving niet moeten spreken van het nemen van verhaal, maar in bredere zin te refereren aan het treffen van executiemaatregelen.<sup>124</sup>

Waar de eerste twee kanttekeningen overwegend redactionele kwesties raken, kan er een derde kanttekening worden gemaakt die samenhangt met een lacune in het wetsvoorstel. Het vergt enige uitleg om dit duidelijk te maken. De doelomschrijving in het voorgestelde artikel 577ba lid 2 Sv refereert aan ‘het vermogen van de ver-

<sup>122</sup> Dat ziet de minister blijkens de memorie van toelichting ook onder ogen: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 13-14.

<sup>123</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 14.

<sup>124</sup> Praktisch kan dat worden gerealiseerd door in het voorgestelde artikel 577ba lid 1 Sv de woorden ‘waarop verhaal kan worden genomen’ te schrappen. Duidelijk wordt dan dat het gaat om onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde ten behoeve van de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel.



oordeelde'. Uit de toelichting blijkt niet wat de minister daar precies onder wil verstaan. De vraag rijst daarom hoe de toepassing van schijnconstructies zich verhoudt tot het verhaalsonderzoek. Neemt men artikel 94a lid 3 Sv tot uitgangspunt, dan moet men vaststellen dat indien een schijnconstructie wordt toegepast, het betreffende voorwerp toebehoort of gaat toebehoren aan een ander dan de verdachte of veroordeelde. Zoals in paragraaf 7 aan de orde is gekomen, kan ook een ruimere uitleg van het begrip 'toebehoren' worden verdedigd, maar die uitleg heeft niet (onverkort) erkenning gevonden in de rechtspraak van de Hoge Raad. Gaat men ervan uit dat de wijze waarop in artikel 94a lid 3 Sv invulling wordt gegeven aan het begrip 'toebehoren', ook bepalend is voor het voorgestelde artikel 577ba lid 2 Sv, dan heeft dat tot gevolg dat het verhaalsonderzoek zich niet zou mogen richten op de toepassing van schijnconstructies. Dat kan niet de bedoeling zijn. Het is alleszins aannemelijk, ook al wordt in de toelichting hierop niet expliciet ingegaan, dat de minister deze beperking niet heeft willen aanbrengen in het voorgestelde artikel 577ba lid 2 Sv.

Stel nu dat men een ruime uitleg van de doelomschrijving toelaatbaar acht, in die zin dat in het verhaalsonderzoek ook mag worden gekeken naar de toepassing van schijnconstructies. Indien men dan op een dergelijke constructie stuit, doet zich een probleem voor. Het doel van het onderzoek – het nemen van verhaal – kan dan niet worden verwezenlijkt. Het wetsvoorstel voorziet namelijk niet in een bevoegdheid om alsdan over te gaan tot het executoriaal in beslag nemen van het voorwerp ten aanzien waarvan de schijnconstructie wordt toegepast. Ook de reeds bestaande beslagbevoegdheden verschaffen daartoe niet de mogelijkheid. Het verhaalsonderzoek vindt plaats in de executoriale fase. In die fase vinden de conservatoire beslagbevoegdheden, waaronder ook de beslagbevoegdheid van artikel 94a leden 3 en 4 Sv, geen toepassing meer. Evenmin kan met een beroep op artikel 94a lid 3 Sv, zo is recent geoordeeld door het gerechtshof te Amsterdam, door de Staat op de voet van artikel 575 Sv worden overgegaan tot het leggen van executoriaal beslag op voorwerpen die toebehoren aan een ander dan de veroordeelde en die niet voordien reeds op de voet van artikel 94a lid 3 Sv conservatoir in beslag zijn genomen. Kort gezegd: executoriaal anderbeslag kan niet

op grond van artikel 574 of 575 Sv worden gelegd.<sup>125</sup> Wij onderschrijven dit oordeel van het Amsterdamse gerechtshof.

De minister lijkt in de veronderstelling te verkeren dat hij met de voorgestelde wijziging van artikel 577b lid 1 Sv voorziet in een (solide) basis voor executoriaal anderbeslag. Dat is echter – zoals in paragraaf 7.3 reeds ter sprake is gekomen – niet het geval. Met die wijziging stelt de minister ‘slechts’ buiten twijfel dat er executoriaal verhaal kan worden genomen op voorwerpen die reeds – in de conservatoire fase – in beslag zijn genomen op de voet van artikel 94a leden 3 en 4 Sv. Dat brengt geen wijziging in de lacune die door het zojuist besproken arrest van het Amsterdamse gerechtshof zichtbaar is geworden. Het ligt dan ook voor de hand dat de minister het wetsvoorstel op dit onderdeel zal aanvullen met een afzonderlijke bevoegdheid om – tijdens het verhaalsonderzoek, maar ook daarbuiten – executoriaal beslag te leggen op voorwerpen in de zin van artikel 94a leden 3 en 4 Sv, die niet voordien conservatoir in beslag zijn genomen. Daarmee staat dan tevens buiten twijfel dat het verhaalsonderzoek zich ook mag richten op de identificatie van dergelijke voorwerpen.

#### 8.4 *Nog een lacune met betrekking tot de beslagbevoegdheden*

Naast het treffen van een wettelijke voorziening ter zake van het leggen van executoriaal anderbeslag verdient ook een ander aspect van de beslagmogelijkheden tijdens het verhaalsonderzoek de aandacht. Stel dat tijdens een verhaalsonderzoek bij een inkoopoperatie enkele waardevolle voorwerpen worden aangetroffen die toebehoren aan de veroordeelde. Op die voorwerpen berust – vanzelfsprekend: anders waren de goederen allang in de macht van justitie geweest – geen conservatoir beslag. Hoe moet nu worden gehandeld om de voorwerpen te kunnen uitwinnen? Op grond van artikel 575 Sv geschiedt verhaal op voorwerpen van de veroordeelde die niet op grond van artikel 94a in beslag zijn genomen, krachtens een dwangbevel. Dat dwangbevel wordt uitgebracht door het openbaar ministerie en wordt vervolgens ten uitvoer gelegd als een vonnis van de burgerlijke rechter. Dit laatste betekent dat het dwangbevel in handen van de gerechtsdeurwaarder wordt gesteld teneinde overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering execu-

<sup>125</sup> Hof Amsterdam 14 juli 2009, *LJN* BJ7370. Tegen dit arrest is door de Staat cassatieberoep aangetekend.

toriaal beslag en verhaal te doen plaatsvinden. Tot zover is er geen probleem. Wat men evenwel moet beseffen, is dat na het aantreffen van de voorwerpen er diverse (administratieve) handelingen moeten plaatsvinden alvorens de gerechtsdeurwaarder op de voorwerpen executoriaal beslag kan leggen.<sup>126</sup> Daar is enige tijd mee gemoeid. Het wetsvoorstel voorziet evenwel niet in de mogelijkheid om de aange troffen voorwerpen op de één of andere wijze veilig te stellen, teneinde te voorkomen dat deze verdwijnen in de periode die is gelegen tussen het moment van aantreffen en het executoriale beslag door de gerechtsdeurwaarder. Dat is een belangrijke lacune die naar onze mening de aandacht van de minister vergt. Grosso modo zijn twee aanvullende voorzieningen denkbaar: een mogelijkheid tot bevrozing in afwachting van de komst van de gerechtsdeurwaarder, dan wel een – aan nadere voorwaarden te verbinden<sup>127</sup> – bevoegdheid voor opsporingsambtenaar om, vooruitlopend op het optreden van de gerechtsdeurwaarder, voorwerpen executoriaal in beslag te nemen.

### 8.5 *Verhaalsonderzoek en rechtsbescherming*

Binnen het verhaalsonderzoek kunnen, althans zo stelt de minister voor, enkele ingrijpende bevoegdheden worden toegepast, waaronder stelselmatige observatie, ‘inkijken’ en het aftappen van telecommunicatie. Tegen die achtergrond rijst de vraag in hoeverre het wetsvoorstel voorziet in een adequate rechtsbescherming, in de vorm van een duidelijke afbakening van de gevallen waarin en de wijze waarop de betreffende bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend, alsmede de mogelijkheid van rechterlijke toetsing.

In grote lijnen sluit het wetsvoorstel voor wat betreft de toepassingsvoorwaarden van de diverse in het verhaalsonderzoek uit te oefenen bevoegdheden aan bij de voorwaarden die gelden ten aanzien van dezelfde bevoegdheden in de opsporingsfase. Zo geldt als

<sup>126</sup> Of iets nauwkeuriger gezegd: executoriaal beslag in combinatie met gerechtelijke bewaring op de voet van artikel 446 Rv.

<sup>127</sup> Gedacht zou kunnen worden, naar gelijkenis van artikel 103 Sv, aan een op vordering van de officier van justitie te verlenen machtiging van de rechter-commissaris te vereisen. Onder omstandigheden kan het ook hier nuttig en nodig zijn om, in afwachting daarvan, van een te introduceren bevrozingsbevoegdheid (vgl. artikel 96 lid 2 Sv) gebruik te maken. Een andere optie zou kunnen zijn het in het voorgestelde artikel 577ba Sv opnemen van een met artikel 126b lid 1 Sv – inhoudende dat de officier van justitie tijdens het SFO bevoegd is om zonder verdere rechterlijke machtiging te gelasten dat voorwerpen op grond van artikel 94a Sv in beslag worden genomen – vergelijkbare voorziening.

gemeenschappelijk uitgangspunt dat de diverse bevoegdheden worden uitgeoefend door of op bevel van de officier van justitie, al dan niet met machtiging van de rechter-commissaris.

Er zijn ook verschillen. Afgezien van enkele meer technische kwesties,<sup>128</sup> roepen die verschillen enkele vragen op die verband houden met de, gelet op de ingrijpendheid van de betreffende bevoegdheden, noodzakelijke begrenzing van de uitoefening van die bevoegdheden. Zo ontbreekt het vereiste van een verdenking van een – al dan niet nader gespecificeerd – misdrijf. Dat is op zichzelf logisch. De aanleiding voor het verhaalsonderzoek is niet gelegen in een verdenking, maar in het niet voldoen aan de betalingsverplichting. De bevoegdheden van het verhaalsonderzoek kunnen niet zomaar worden ingezet. Daarvoor is, zoals in paragraaf 8.2 aan de orde kwam, vereist dat er aanwijzingen voorhanden zijn dat er verhaalsobjecten aanwezig zijn, terwijl de identificatie van die objecten nader onderzoek vergt. Dat neemt niet weg dat er sprake is van een zekere vervlakking van de ‘drempel’ voor de toepassing van bevoegdheden, wanneer men de reguliere variant van de bevoegdheden afzet tegen de voorgestelde regeling van diezelfde bevoegdheden in het verhaalsonderzoek. Zo geldt dat stelselmatige observatie op grond van artikel 126g lid 1 Sv is toegelaten in geval van een verdenking van een misdrijf. Het betreden van een besloten plaats ten behoeve van deze observatie is echter slechts toegelaten indien er sprake is van een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv, dat gezien zijn aard of samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Een dergelijke differentiatie ontbreekt in het voorgestelde artikel 577bb leden 1, onder d, en 5 Sv. Voorts springt in het oog dat ten aanzien van de vordering van gegevens artikel 126nd lid 6 Sv in sommige gevallen een machtiging van de

128 Zo is het opmerkelijk, gelijk door de PvdA-fractie in het Verslag (*Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 5, p. 15*) wordt opgemerkt, dat in het eerste lid van het voorgestelde artikel 577bc Sv wordt voorgeschreven dat een wijziging, aanvulling, verlenging of intrekking van een bevel (als bedoeld in het voorgestelde artikel 577bb) *schriftelijk* wordt gegeven, terwijl in het zesde lid van het dezelfde artikel ruimte wordt geboden om met een *mondeling* bevel – een lidwoord ontbreekt in de tekst van het wetsvoorstel – te volstaan (mits daarvan melding wordt gemaakt in een proces-verbaal). Zie voor de niet al te heldere nadere toelichting van de minister *Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 20-21*. Een volgend aandachtspunt betreft het voorgestelde artikel 577bd lid 4 Sv: zou daarin niet tevens naar het tweede lid van dezelfde bepaling (en daarmee naar artikel 126nd leden 2, 3, 4 en 7 Sv) moeten worden verwezen? Tot slot werpen wij de vraag op of het niet voor de hand ligt te voorzien in een pendant van artikel 126ng en 126nh Sv.

rechter-commissaris is vereist, terwijl in artikel 577bd Sv niet een dergelijk machtigingsvereiste is opgenomen.<sup>129</sup>

Deze verschillen laten zich verklaren doordat in het verhaalsonderzoek niet (een verdenking ter zake van) een specifiek misdrijf aanleiding geeft tot de toepassing van bevoegdheden. Niettemin kan de vraag worden opgeworpen of niet juist hierin een argument zou moeten worden gevonden om anderszins de toepassingsvoorwaarden te verstevigen, bijvoorbeeld in de vorm van een versterkte positie van de rechter-commissaris. Er is ook een verschil dat zich niet laat verklaren doordat in het verhaalsonderzoek niet (een verdenking ter zake van) een specifiek misdrijf centraal staat. Het gaat er daarbij om dat in de voorgestelde regeling van het verhaalsonderzoek een limitering ontbreekt van de duur van het bevel tot stelselmatige observatie, terwijl artikel 126g lid 4 Sv die duur beperkt – zij het met de mogelijkheid tot verlenging – tot ten hoogste drie maanden. Waarom is hier niet voor uniformiteit gekozen? Dat het ook anders kan, blijkt uit het voorgestelde artikel 577be lid 2 Sv, waarin met betrekking tot het doen van een vordering tot het verstrekken van toekomstige gegevens over een gebruiker van een communicatiedienst, een geldigheidsduur van de vordering van vier weken wordt bepaald, terwijl in de reguliere variant – zie artikel 126n lid 3 Sv – een termijn van drie maanden wordt gehanteerd.<sup>130</sup>

Naast de begrenzing van de diverse bevoegdheden in het verhaalsonderzoek verdient ook de zogeheten doelbinding aandacht. In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt dat het doel van het verhaalsonderzoek, zoals geformuleerd in het voorgestelde artikel 577ba lid 2 Sv, met zich brengt dat ‘het onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde, op zichzelf niet kan strekken tot – bijvoorbeeld – de opsporing van nieuwe strafbare feiten.’<sup>131</sup> Hiermee bedoelt de minister kennelijk tot uitdrukking te brengen dat de bevoegdheden in het verhaalsonderzoek niet *uitsluitend* mogen worden aangewend om nieuwe strafbare feiten op te sporen. Het komt ons voor dat daarmee niet wordt verhinderd dat, indien tijdens het verhaalsonderzoek op de één of andere wijze nieuwe strafbare feiten aan

129 Het voorgestelde artikel 577bd lid 2 Sv verklaart het zesde lid van artikel 126nd Sv niet van overeenkomstige toepassing. Ter volledigheid: in het verhaalsonderzoek is een machtiging van de rechter-commissaris wel vereist voor de directe verstrekking van toekomstige gegevens (zie het voorgestelde artikel 577bd lid 6 Sv).

130 De minister licht dit verschil in de duur van de termijnen niet toe.

131 *Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 16.*

het licht komen,<sup>132</sup> naar die feiten ‘regulier’ opsporingsonderzoek mag worden gedaan. Dat lijkt ook in lijn te liggen met de regeling van het voorgestelde artikel 577bg Sv. Het tweede lid van dat voorschrift schrijft de vernietiging voor van de resultaten van het verhaalsonderzoek binnen een termijn van twee maanden nadat het verhaalsonderzoek is beëindigd (en aan de notificatieplicht is voldaan). Op die vernietigingsplicht bestaan op grond van het voorgestelde artikel 577bg lid 1 Sv jo. artikel 126dd Sv enkele uitzonderingen, onder andere in verband met ander strafrechtelijk onderzoek dan waartoe de bevoegdheden in het verhaalsonderzoek zijn uitgeoefend.<sup>133</sup>

Het voorgestelde artikel 577ba lid 6 Sv schrijft voor dat de rechter-commissaris waakt<sup>134</sup> tegen nodeloze vertraging van het onderzoek. De officier van justitie, zo vervolgt deze bepaling, verschafft eigener beweging of op verzoek van de rechter-commissaris de benodigde inlichtingen. De hier omschreven taak van de rechter-commissaris sluit aan bij diens toezichthoudende taak met betrekking tot het opsporingsonderzoek (artikel 180 Sv), alsmede bij de soortgelijke taken van de rechter-commissaris en de rechtbank tijdens het SFO (artikel 126 lid 5 jo. 126e Sv). Nu mag als bekend worden verondersteld dat in de praktijk de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris (en in het geval van het SFO ook de rechtbank) vooral als een papieren tijger moet worden beschouwd.<sup>135</sup> Daaraan liggen diverse praktische redenen ten grondslag, waaronder het (te) omvangrijke takenpakket van de rechter-commissaris in verhouding tot diens tijd. Het is niet overdreven om te stellen dat het voorgestelde artikel 577ba lid 6 Sv – zoals thans reeds geldt voor artikel 180 Sv en artikel 126 lid 5 jo. 126e Sv – hoogst waarschijnlijk een zieltogend bestaan zal

<sup>132</sup> Bijvoorbeeld een verdenking ter zake van witwassen indien wordt geconstateerd dat er handelingen zijn verricht met betrekking tot uit enig misdrijf verkregen voorwerpen.

<sup>133</sup> Overigens rijst de vraag of de voorgestelde vernietigingsplicht niet iets te scherp is afgesteld. Het is mogelijk dat nadat een verhaalsonderzoek op de voet van het voorgestelde artikel 577ba lid 7 Sv is gesloten, een procedure wordt gestart waarvoor de resultaten van het verhaalsonderzoek relevant zijn. Te denken valt aan de situatie waarin de ander zich verzet tegen de executie van voorwerpen die op grond van een anderbeslag zijn beslagen, terwijl in het verhaalsonderzoek feiten en omstandigheden zijn gebleken die relevant zijn teneinde de stellingen van de ander te pareren. Strikt genomen bevat het op grond van het voorgestelde artikel 577bg lid 1 Sv van overeenkomstige toepassing zijnde artikel 126dd Sv voor deze situatie geen uitzondering op de vernietigingsplicht, tenzij men de woorden ‘een ander strafrechtelijk onderzoek’ zeer extensief zou willen uitleggen.

<sup>134</sup> Het wetsvoorstel bevat hier een doublure: ‘waakt waakt’.

<sup>135</sup> Vgl. ook P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, Deventer: Kluwer 2010, p. 531-533.

leiden. In hoeverre dat bezwaarlijk is, hangt er maar van af vanuit welk gezichtspunt men dat bekijkt. De veroordeelde zal het talmen vermoedelijk niet storend vinden, nu dit niet in zijn nadeel werkt.<sup>136</sup> Vanuit het meer algemene gezichtspunt dat (strafvorderlijke) overheidsbemoeienis niet zonder goede reden moet plaatsvinden en niet onnodig lang moet duren, ligt dat bepaald anders.

Aandacht verdient ook het gegeven dat de rechter-commissaris op grond van het voorgestelde artikel 577ba lid 6 Sv alleen waakt tegen nodeloze vertraging. Een algemene toezichthoudende taak op het rechtmatige verloop van het verhaalsonderzoek, anders dan op grond van de machtigingsverplichting voor de uitoefening van sommige bevoegdheden, ontbreekt. Ook anderszins is van rechterlijke controle geen sprake. Nog afgezien van het feit dat artikel 359a Sv is beperkt tot het voorbereidend onderzoek, vindt er na beëindiging van het verhaalsonderzoek niet – standaard – een rechterlijke procedure plaats waarin eventuele vormverzuimen kunnen worden geredresseerd. Naar het zich laat aanzien, kunnen dergelijke verzuimen ook niet in een ander kader ter discussie worden gesteld. Het toetsingskader in de procedures die thans kunnen worden aangewend in de executorial fase,<sup>137</sup> is vanzelfsprekend – bij gebreke aan onderzoeksbevoegdheden met het oog op het verhaal – niet gericht op de toetsing van de rechtmatigheid van de verkrijging van voor het verhaal relevante gegevens. Het wetsvoorstel verandert daar niets in.

Bij deze stand van zaken moet worden geconstateerd dat de rechterlijke controle op de in het verhaalsonderzoek uitgeoefende bevoegdheden niet adequaat is geregeld en dat het wetsvoorstel op dit punt een belangrijke lacune bevat. Met het oog op de gewenste versterking van het rechterlijk toezicht geven wij het volgende in overweging. Allereerst valt naar onze mening aan het feit dat niet structureel controle achteraf plaatsvindt op de uitoefening van bevoegdheden, een belangrijk argument te ontleen om de positie van de rechter-commissaris tijdens het verhaalsonderzoek te versterken. Dat zou kunnen geschieden door voor de uitoefening van iedere bevoegdheid een machtiging van de rechter-commissaris te verlangen, zodat het ontbreken van (structureel) rechterlijk toezicht achteraf wordt gecompenseerd door (structureel) rechterlijk toezicht vooraf. Dat betekent wel een aanzienlijke taakverzwaring voor de rechter-commissaris, terwijl de rechter-commissaris thans al een overbelaste

<sup>136</sup> De veroordeelde zal veelal ook niet op de hoogte zijn van het feit dat een verhaalsonderzoek gaande is.

<sup>137</sup> Zie voetnoot 105.

functionaris is. Een andere mogelijkheid zou zijn om te voorzien in één procedure waarin de veroordeelde de rechtmatigheid van het executoriale verhaal ter discussie kan stellen, met inbegrip van het gebruik van gegevens die zijn verkregen tijdens het verhaalsonderzoek. Juist vanuit het oogpunt van de noodzaak en wenselijkheid van rechterlijke controle zou het in het leven roepen van een algemene strafvorderlijke procedure voor alle bezwaren ter zake van de tenuitvoerlegging, waarover wij in paragraaf 7.3 reeds spraken, uitkomst kunnen bieden.

## 8.6 *Afronding*

Samenvattend kan worden gesteld dat het voorgestelde verhaalsonderzoek een belangrijke en welkome aanvulling is van de strafvorderlijke voorzieningen met betrekking tot de tenuitvoerlegging van onherroepelijk opgelegde ontnemingsmaatregelen. Het wetsvoorstel bevat evenwel enkele belangrijke lacunes met betrekking tot de mogelijkheden om voorwerpen in executoriaal (ander)beslag te nemen. Voorts verdienen enkele andere onderdelen van de voorgestelde regeling nadere aandacht, waaronder de formulering van het doel van het verhaalsonderzoek alsmede de rechterlijke controle op de uitoefening van de ter beschikking staande bevoegdheden.

## 9 **Enkele procesrechtelijke wijzigingen**

### 9.1 *De termijn waarbinnen uitspraak wordt gedaan*

Het wetsvoorstel bevat enkele wijzigingen die verband houden met de ontnemingsprocedure. Allereerst gaat het om een wijziging in artikel 511e lid 1 sub b Sv. Thans geldt er geen vaste of gelimiteerde termijn voor het doen van uitspraak in de ontnemingsprocedure. De datum van de uitspraak hoeft ook niet te worden vastgesteld op het moment dat het onderzoek ter terechtzitting in de ontnemingsprocedure wordt gesloten. Dat werkt volgens de minister nadelig uit met het oog op de voorbereiding van een appelschriftuur. Deze schriftuur moet binnen twee weken nadat de uitspraak is gedaan, worden ingediend (artikel 511g lid 2 jo. 410 lid 1 Sv). Indien niet vaststaat wanneer in de ontnemingsprocedure uitspraak wordt gedaan, staat eveneens niet tevoren vast wanneer de – voor het openbaar ministerie verplichte en voor de verdachte facultatieve – appelschriftuur gereed moet zijn. Dit belemmert, zo brengt de minister naar voren, de planning van de daarvoor benodigde werkzaamheden. De minister stelt daar-



om voor om voor het doen van uitspraak een maximumtermijn van zes weken te laten gelden.<sup>138</sup>

Voor een goed begrip van het voorstel van de minister is het nuttig kort in te gaan op het huidige wettelijke stelsel. De huidige tekst van artikel 511e lid 1 sub b Sv sluit de toepasselijkheid van artikel 345 (lid 3) Sv alleen uit voor zover het gaat om de termijn waarbinnen uitspraak dient te worden gedaan. In zoverre wordt geen afbreuk gedaan aan de – op grond van artikel 511e lid 1, aanhef, jo. artikel 345 lid 1 Sv geldende – verplichting van de rechter om bij het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting de datum te bepalen waarop uitspraak wordt gedaan. Wel bestaat de mogelijkheid – zo moet worden afgeleid uit artikel 511e lid 2 Sv – dat de rechter bij het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting aangeeft dat de uitspraak zal worden gedaan op een nader te bepalen datum.<sup>139</sup> Voor die situatie schrijft artikel 511e lid 2 Sv voor dat, na vaststelling van die datum, een kennisgeving van de datum van de uitspraak aan de betrokkene wordt betekend, behoudens het geval dat door de politierechter uitspraak wordt gedaan.<sup>140</sup> Deze laatste uitzondering is bedoeld voor de situatie waarin de politierechter aanstonds mondeling uitspraak wil doen.<sup>141</sup>

Gelet op het vorenstaande zal zich naar onze mening niet snel de situatie voordoen waarin de betrokkene en het openbaar ministerie in het ongewisse blijven over het moment waarop de rechter uitspraak zal doen in de ontnemingsprocedure. Voor zover de datum van de uitspraak niet reeds ter zitting wordt bepaald, zal op de voet van artikel 511e lid 2 Sv daarvan mededeling worden gedaan.<sup>142</sup> In zoverre valt niet in te zien dat de voorbereiding van de appelschriftuur in de praktijk veelvuldig in het gedrang zou komen. Los daarvan verdient het de aandacht dat met de door de minister voorgestelde tekst

<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 18-19. Het voorstel van de minister lijkt te zijn ingegeven door het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten.

<sup>139</sup> Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 37 en 74, HR 13 juni 2006, *NJ* 2006, 347, D. van der Landen & J. Simmelink, 'De ontnemingsprocedure', in: M.S. Groenhuijsen, J.L. van der Neut & J. Simmelink (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 169 en Keulen 1999, p. 285.

<sup>140</sup> Zie over de consequenties van het niet doen van deze kennisgeving met betrekking tot de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 5.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 28-29.

<sup>142</sup> Al kan worden opgemerkt dat, strikt genomen, artikel 511e lid 2 Sv niet voorziet in het informeren van het openbaar ministerie. Aangezien de betekening via het openbaar ministerie verloopt, brengt dit echter geen probleem met zich.

van artikel 511e lid 1 sub b Sv<sup>143</sup> alleen wordt geëxpliciteerd dat voor het doen van de uitspraak een maximumtermijn van zes weken gaat gelden. Bedacht moet worden dat de rechter daarmee nog steeds niet is verplicht, gelet op het feit dat de minister het tweede lid van artikel 511e Sv ongemoeid laat, om bij het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting in de ontnemingsprocedure de datum van de uitspraak concreet te bepalen. Met het oog op de door de minister voorgestane duidelijkheid omtrent die datum ligt een (aanvullende) wijziging voor de hand van de strekking dat, afgezien van de termijn voor het doen van uitspraak, het bepaalde in artikel 345 Sv onverkort toepassing vindt in de ontnemingsprocedure. Daartoe is het aangewezen om het huidige voorschrift van artikel 511e lid 2 Sv te schrappen, omdat juist daarin de mogelijkheid wordt geboden om bij de sluiting van het onderzoek ter terechtzitting te bepalen dat de uitspraak op een nader te bepalen datum wordt gedaan.<sup>144</sup> Het verplichten van de rechter om wel die datum concreet vast te stellen heeft bovendien het voordeel dat de betekeningsverplichting die thans in artikel 511e lid 2 Sv is opgenomen, ook kan komen te vervallen.<sup>145</sup>

## 9.2 *Schriftelijke voorbereiding*

De behandeling van de ontnemingsvordering ter terechtzitting kan, zo bepaalt de tweede volzin van artikel 511d lid 1 Sv, worden voorafgegaan door een schriftelijke voorbereiding. Momenteel bepaalt de rechtbank de wijze waarop deze schriftelijke voorbereiding verloopt.<sup>146</sup> Na een aanloopperiode wordt thans in de praktijk regelmatig gebruik gemaakt van de schriftelijke voorbereiding. Veelal geschiedt dat door tijdens de eerste zitting termijnen vast te stellen voor de uitwisseling van de stukken: een toelichting van de zijde van het openbaar ministerie (veelal het rapport van de financiële recherche), een antwoord van de betrokkene en eventueel repliek en dupliek. Diverse rechtbanken hebben in dat verband in samenspraak met het lokale

<sup>143</sup> Luidende: 'b. de uitspraak in geen geval later mag plaatsvinden dan zes weken na de dag waarop het onderzoek is gesloten'.

<sup>144</sup> Alsdan geldt dat op grond van artikel 511e lid 1, aanhef, Sv het bepaalde in artikel 345 van overeenkomstige toepassing is, behoudens voor wat betreft de termijn voor het doen van uitspraak.

<sup>145</sup> Daarmee zou tegelijkertijd tegemoet worden gekomen aan de kritiek op de enigszins omslachtige en onpraktische regeling van het huidige artikel 511e lid 2 Sv. Zie voor die kritiek Van der Landen & Simmelink 1997, p. 170.

<sup>146</sup> Ook in hoger beroep kan een schriftelijke voorbereiding plaatsvinden (artikel 511g lid 2 sub b Sv).

parket en de plaatselijke balie procesreglementen opgesteld, waarin nadere afspraken zijn vastgelegd over de termijnen en de procedurele gang van zaken.<sup>147</sup> Het is onze indruk dat men in de praktijk aldus goed uit de voeten kan met de schriftelijke voorbereiding. Wat niet-temin nog wel eens als knelpunt wordt ervaren, is dat het wettelijke instrumentarium de rechter geen mogelijkheid verschaft om een sanctie te stellen op de overschrijding door het openbaar ministerie of de verdediging van de vastgestelde termijn om een schriftelijk stuk te produceren.

In de consultatieronde naar aanleiding van het concept van het hier besproken wetsvoorstel hebben de Nederlandse Orde van Advocaten en het openbaar ministerie de minister verzocht om te voorzien in een wettelijke regeling van de schriftelijke procedure. Daarbij wijzen deze adviserende instanties expliciet op het gebrek aan wettelijke sancties op het niet-naleven van de door de rechter vastgestelde termijnen. De minister komt aan dit verzoek tegemoet met het voorstel om voortaan niet meer de rechter op zaaksniveau te laten bepalen hoe de schriftelijke voorbereiding verloopt, maar in plaats daarvan – met een uitbreiding van artikel 511d lid 1 Sv – te voorzien in een wettelijke grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de schriftelijke voorbereiding. ‘Daarmee kunnen’, aldus de minister, ‘regels worden gesteld met het oog op de bevordering van een vlot verloop en een deugdelijke procesgang van de ontnemingsprocedure in het geval deze van een schriftelijke voorbereiding wordt voorafgegaan.’<sup>148</sup> In de toelichting wordt geen beeld geschetst van de (mogelijke) inhoud van deze regels.<sup>149</sup>

Er kunnen drie samenhangende kanttekeningen worden geplaatst bij het voorstel van de minister. Allereerst gaat de minister voorbij aan de vraag of het noodzakelijk is om de bestaande procesreglementen integraal te vervangen door een algemene maatregel van bestuur. Begrijpen wij de adviezen van de Nederlandse Orde van Advocaten en het openbaar ministerie goed, dan wordt het werken

<sup>147</sup> Zie bijvoorbeeld het Rotterdamse Reglement betreffende ontnemingszaken en het Alkmaarse Reglement schriftelijke voorbereidingen ontnemingen, beide gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>148</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 19.

<sup>149</sup> Al wordt in de nota naar aanleiding van het verslag ter illustratie gewezen op de mogelijkheid om regels te stellen met betrekking tot de termijnen voor de uitwisseling van stukken. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 19. Over de rechtsgevolgen die zouden kunnen worden verbonden aan de overschrijding van die termijnen, laat de Nota naar aanleiding van het Verslag zich evenwel niet uit.

met dergelijke reglementen op zich niet afgewezen, maar bestaat er vooral behoefte aan wettelijke normering van de sanctionering van het niet-naleven van door de rechter vastgestelde termijnen.

Onze tweede kanttekening houdt hiermee verband. De minister geeft namelijk geen inzicht in zijn standpunt ten aanzien van de vraag of het noodzakelijk dan wel wenselijk is om te voorzien in sancties op het niet-naleven van door de rechter vastgestelde termijnen. Wij brengen in herinnering dat de minister zich daarvan in 2004 juist geen voorstander heeft getoond:

‘[Ook] al voorziet de wet niet in aparte sancties voor het niet nakomen van termijnen in een door de rechtbank gelaste schriftelijke voorbereiding op de voet van artikel 511 wetboek van Strafvordering, er [is] in de regel voldoende belang bij de verdediging om niet belast te raken met het verwijt van een passieve proceshouding. Een wettelijke voorziening ter zake is derhalve niet nodig. De rechtbank heeft voldoende middelen om, relevante belangen afwegend, de ontnemingszaak in goede banen te leiden.’<sup>150</sup>

Concreter gezegd: ook al beschikt de rechter niet over een specifieke sanctie, dat laat onverlet dat de rechter thans reeds degene die zich niet houdt aan de vastgestelde termijnen kan beletten om alsnog het stuk of de conclusie te produceren. Dat kan op zichzelf weer gevolgen hebben bij de beoordeling of bepaalde stellingen of verweren afdoende zijn onderbouwd. Nu is het natuurlijk mogelijk dat de minister thans anders oordeelt over de wenselijkheid van een wettelijke voorziening. Maar dan moet niet uit het oog worden verloren – en op dat punt zou een toelichting niet misstaan – dat het vormgeven van een sanctioneringsmogelijkheid niet zonder complicaties is. Een sanctie die ertoe zou strekken dat de nalatige partij het recht wordt ontzegd om de vordering of het verweer nader – mondeling ter terechtzitting – te onderbouwen, komt al snel in strijd met het recht op pleidooi, zoals dat voortvloeit uit artikel 511d lid 1 jo. 311 Sv alsmede artikel 6 EVRM. Daarbij laten wij nog maar buiten beschouwing dat zich bezwaarlijk laat denken dat een op schrift gesteld requisitoir of een pleitnota feitelijk niet zou kunnen worden (voorgedragen of ten minste) overgelegd aan de rechter.<sup>151</sup>

Het is natuurlijk mogelijk dat de minister zijn overwegingen omtrent het al dan niet voorzien in een sanctiemogelijkheid, eerst kenbaar wil

<sup>150</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 26 268, nr. 6, p. 8. De minister schrijft dit in reactie op een voorstel in SBV Forensics, *Evaluatie grote ontnemingszaken*, Capelle aan den IJssel 2004, p. 68.

<sup>151</sup> Vgl. HR 29 september 2009, *LJN* BL4663.

maken op het moment dat de beoogde algemene maatregel van bestuur wordt opgesteld. Dat roept echter de vraag op – en dat is onze derde kanttekening – of een dergelijke sanctiemogelijkheid niet veeleer in het Wetboek van Strafvordering thuishoort dan in een algemene maatregel van bestuur. Mede gelet op de zojuist aangestipte spanning met het recht op pleidooi moet het voorzien in een sanctioneringsmogelijkheid naar onze mening als een dermate belangrijke regeling worden beschouwd dat normering in een wet in formele zin is aangewezen. Dat ligt overigens anders ten aanzien van voorschriften die ‘slechts’ betrekking hebben op het verloop van de schriftelijke voorbereiding. Ook al zien wij daartoe vooralsnog geen dwingende noodzaak – zie onze eerste kanttekening – er zijn ook geen principiële bezwaren om die wel in een algemene maatregel van bestuur neer te leggen. In zoverre zou opsplitsing – ten dele een formeel-wettelijke regeling, ten dele een regeling in een algemene maatregel van bestuur – overweging verdienen.<sup>152</sup>

## 10 Hoofdelijke aansprakelijkheid in ontnemingszaken?

In het najaar van 2006 hebben de Kamerleden Van Haersma Buma (CDA) en Weekers (VVD) een initiatiefwetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend, waarin wordt voorgesteld de ontnemingsrechter de bevoegdheid te geven om, ingeval het voordeel van strafbare feiten ‘die door twee of meer personen zijn gepleegd’ aan meerdere personen ten goede is gekomen, elk van die personen hoofdelijk de verplichting op te leggen om het totaalbedrag van het voordeel aan de Staat te betalen.<sup>153</sup> Eerder hebben wij, tezamen met Simmelink, betoogd dat dit wetsvoorstel problemen wil oplossen die niet bestaan en ook dat het voorstel zonder deugdelijke rechtvaardiging één van de fundamentele van de ontnemingswetgeving – te weten: het rechtsherstel dat met de ontnemingsmaatregel wordt beoogd – onderuit trekt.<sup>154</sup> Wij zullen dat betoog niet herhalen. Er is evenwel een andere reden om het initiatiefwetsvoorstel hier te noemen.

<sup>152</sup> Zie meer in het algemeen over het gebruik van algemene maatregelen van bestuur in het strafprocesrecht B.F. Keulen, ‘Per amvb naar een nieuwe strafvordering?’, in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling (Knigge-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-330. Op p. 319 gaat hij in op de mogelijkheid van opsplitsing.

<sup>153</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 30 841, nr. 2.

<sup>154</sup> Borgers, Kooijmans & Simmelink 2007. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 6, p. 1-2.

Zoals gebruikelijk<sup>155</sup> heeft de Raad van State advies uitgebracht over dit initiatiefwetsvoorstel. Het advies is tot op heden echter niet gepubliceerd. Dat heeft ermee van doen dat de indieners er niet toe zijn overgegaan om naar aanleiding van het advies een nader rapport te schrijven (en eventueel het voorstel of de toelichting daarop aan te passen). Dientengevolge wordt het advies niet openbaar, kan de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel door de Tweede Kamer geen aanvang nemen en ligt het voorstel thans alweer ruim drie jaar te verstoffen. Volledigheidshalve wijzen wij erop dat openbaarmaking van het advies van de Raad van State achterwege blijft indien het advies zonder meer instemmend luidt, dan wel uitsluitend opmerkingen van redactionele aard bevat.<sup>156</sup> Wij veronderstellen dat die uitzonderingsgrond in dit geval geen toepassing vindt. Het feit dat het initiatiefwetsvoorstel volledig stil is komen te liggen, laat zich daar immers moeilijk mee rijmen.

Het Verslag bevat een interessante passage die duidt op een mogelijke doorstart van het voorstel van de Kamerleden Van Haersma Buma en Weekers. De leden van de CDA-fractie merken hierin op:

‘De indieners hebben hun wetsvoorstel aangehouden toen bleek dat de regering met het onderhavige wetsvoorstel zou komen. In dit wetsvoorstel is echter geen hoofdelijke aansprakelijkheid opgenomen. Om die reden zijn deze leden voornemens hun voorstel in de vorm van een amendement bij dit wetsvoorstel in [te] dienen.’

De hier gepresenteerde argumentatie is naar onze mening niet zuiver. De indieners beschouwden het kennelijk als een vanzelfsprekendheid dat de minister hun voorstel zou opnemen in zijn wetsvoorstel, en tonen zich thans teleurgesteld. Maar waarom zou de hoofdelijke aansprakelijkheid in het wetsvoorstel van de minister moeten worden opgenomen? Het is geenszins uitgesloten dat de minister de noodzaak en de wenselijkheid van die hoofdelijke aansprakelijkheid niet onderschrijft. En belangrijker nog: waarom zetten de indieners niet gewoon hun eigen initiatiefwetsvoorstel door? Daarover zouden zij naar onze mening duidelijkheid moeten verschaffen. Een toelichting

<sup>155</sup> Zie artikel 15a Wet op de Raad van State. Vgl. ook C. Roorda & W. Konijnenbelt, ‘Advisering door de Raad van State over initiatiefwetsvoorstellen’, *Regelmaat* 2004, p. 211.

<sup>156</sup> Artikel 25b lid 3 Wet op de Raad van State. Er wordt in deze bepaling nog een andere uitzonderingsgrond genoemd: in de gevallen, bedoeld in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur. Deze hier niet van toepassing zijnde uitzonderingsgrond ziet op staatsgeheimen en dergelijke.

in de trant dat het op praktische gronden is te prefereren om niet twee wetsvoorstellen op het terrein van de voordeelsontneming parallel te laten lopen, zouden wij op voorhand als onbevredigend willen aanmerken. Want dat zou geen recht doen aan het enorme tijdsverloop sinds de indiening van het initiatiefwetsvoorstel. Bovendien laden de indieners de verdenking op zich dat zij een truc toepassen om het advies van de Raad van State niet openbaar te hoeven maken. De koninklijke weg in deze lijkt ons dan ook te zijn dat de indieners van het initiatiefwetsvoorstel alsnog overgaan tot het openbaar maken van het advies van de Raad van State tezamen met het door hen op te stellen nader rapport. Nadien kan dan altijd nog worden bezien of op grond van pragmatische overwegingen een integratie van het initiatiefwetsvoorstel in het wetsvoorstel van de minister is aangewezen. Mochten de indieners niet de hier geschetste weg willen volgen, dan ligt het wat ons betreft voor de hand dat – na de indiening van het aangekondigde amendement – de Tweede Kamer of de minister zelf zorg draagt voor het bekend worden van het advies van de Raad van State.<sup>157</sup>

## II Het advies van de Raad van State

Het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel van de minister is – zoals dat hoort – wel openbaar gemaakt. Wij gaan niet in op de kanttekeningen van de Raad van State bij de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel. Waar relevant, zijn deze reeds (voetnootsgewijs) aan de orde gekomen. Wel willen wij nog de aandacht vestigen op een meer algemeen punt uit het advies van de Raad van State en de reactie daarop van de minister.

De Raad van State constateert dat, nadat diverse adviserende instanties zich hebben uitgesproken over het conceptwetsvoorstel, de minister een aantal onderdelen heeft toegevoegd aan het wetsvoorstel zoals dat aan de Raad van State is voorgelegd. Het gaat hierbij, aldus de Raad van State, om ‘ver strekkende en ingrijpende wijzigingen (...) ten opzichte van het eerdere ontwerp’, zoals de invoering van de bewijsvermoedens van het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr en diverse aanpassingen in de regeling van het anderbeslag.<sup>158</sup> De minis-

<sup>157</sup> Zien wij het goed, dan kan de Tweede Kamer op de voet van artikel 25b Wet op de Raad van State zelf tot openbaarmaking van het reeds gegeven advies besluiten. Een alternatief is dat de minister op grond van artikel 15 lid 2 Wet op de Raad van State een nieuw advies vraagt over het amendement.

<sup>158</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 2.

ter heeft daarmee vooral gehoor gegeven aan het advies van het openbaar ministerie. De consequentie daarvan is dat de overige adviserende instanties zich niet over de wijzigingen ten opzichte van het conceptwetsvoorstel hebben kunnen uitspreken. De Raad van State brengt daarbij naar voren dat '(e)en ordentelijke wetgevingsprocedure [meebrengt] dat over dermate ingrijpende wijzigingen van het voorontwerp opnieuw advies wordt gevraagd' bij die instanties.<sup>159</sup>

In de memorie van toelichting zet de minister kort uiteen waarom hij niet om nader advies heeft verzocht. De reden daarvoor is, kort samengevat, dat in de adviezen van de andere instanties dan het openbaar ministerie, reeds het een en ander is opgemerkt over de mogelijkheid en de wenselijkheid van een redelijke en billijke verdeling van de bewijslast alsmede de mogelijkheden en beperkingen van het anderbeslag.<sup>160</sup> Deze argumentatie is naar ons mening niet bevredigend. Nog los van de vraag of de minister bepaalde passages uit de adviezen niet uit de context trekt, dringt de vraag zich op – een vraag waar de minister geheel aan voorbij gaat – of de adviserende instanties hebben kunnen bevroeden dat zij met hun opmerkingen impliciet steun hebben betuigd aan voorstellen die zij op dat moment niet kenden. Het komt ons voor dat deze vraag redelijkerwijs alleen maar ontkennend kan worden beantwoord. Voorts begrijpen wij de weerstand van de minister om nader advies in te winnen ook niet goed. Er doen zich geen prangende omstandigheden voor die met zich brengen dat het wetsvoorstel met grote haast zou moeten worden behandeld, terwijl het juist het draagvlak van het wetsvoorstel ten goede had kunnen komen om wel alle adviserende instanties te consulteren over de wijzigingen ten opzichte van het conceptwetsvoorstel.<sup>161</sup>

## 12 Tot besluit

Het wetsvoorstel beoogt, blijkens de titel ervan, de toepassing van de ontnemingsmaatregel te verbeteren en de mogelijkheden van voordeelsontneming te verruimen. Deze vlag dekt de lading slechts ten dele, zo laten de bevindingen in dit artikel zien. Van een verruiming is niet op alle onderdelen sprake, terwijl ook niet over de gehele linie

<sup>159</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 2.

<sup>160</sup> *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 3, p. 3-4. Met betrekking tot het anderbeslag merkt de minister ook op dat de wijzigingen van het anderbeslag 'niet dermate verstrekkend' zijn dat nadere consultatie zou zijn geboden. Zie voorts *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 6, p. 7.

<sup>161</sup> Vgl. ook de opmerkingen hieromtrent in het Verslag: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 5, p. 6-7.



van een verbetering kan worden gesproken. Naar onze mening verdient het aanbeveling het wetsvoorstel op een aantal onderdelen aan te passen of nader te doordenken. Het gaat daarbij – puntsgewijs – om de volgende suggesties:

- *Artikel 36e lid 2 Sr.* De voorgestelde aanpassing van artikel 36e lid 2 Sr betreft een vereenvoudiging die tevens als verbetering kan worden opgevat. Wat er schort aan (de toelichting op) het wetsvoorstel is een doordenking van de mogelijkheden die artikel 36e lid 2 Sr – thans, maar zeker ook na aanvaarding van het wetsvoorstel – biedt in combinatie met de strafbaarstelling van witwassen. Onder ogen moet worden gezien dat die combinatie feitelijk artikel 36e lid 3 Sr – in de huidige en in de voorgestelde vorm – overbodig maakt. De wettelijke regeling van de ontnemingsmaatregel zou er daardoor veel eenvoudiger kunnen uitzien. Het verdient overweging om de strafbaarstelling van witwassen uit te breiden tot voorwerpen afkomstig uit enige overtreding.
- *Artikel 36e lid 3 Sr.* De voorgestelde aanpassing en uitbreiding van artikel 36e lid 3 Sr bieden naar onze mening een oplossing voor een non-probleem. Het voorstel is ook geen verbetering ten opzichte van het huidige derde lid van artikel 36e Sr, gelet op alle onduidelijkheden die zijn verbonden aan de introductie van het bewijsvermoeden alsmede de te verwachten discussies omtrent de verhouding tussen het voorgestelde derde lid van artikel 36e Sr en artikel 6 EVRM. Mede in het licht van de voorgestelde wijziging van artikel 36e lid 2 Sr kan zowel het huidige als het voorgestelde artikel 36e lid 3 Sr worden geschrapt.
- *Verbeurdverklaring.* De voorgestelde verruiming van het toepassingsbereik van de verbeurdverklaring kan worden gezien als een verbetering. Tegelijkertijd dient men te beseffen dat de winst klein is, gelet op de mogelijkheden die de verbeurdverklaring thans reeds biedt in combinatie met de strafbaarstelling van witwassen. Introductie van een met artikel 36e lid 7 Sr vergelijkbare voorziening strekt tot aanbeveling.
- *Strafrechtelijk financieel onderzoek.* De voorgestelde wijzigingen leveren een zekere verruiming op van de toepassingsmogelijkheden van het SFO, al geldt dat aan de technische uitwerking van de voorstellen het één en ander schort. Het is naar onze mening een gemiste kans dat de minister er niet voor heeft gekozen om het SFO integraal af te schaffen en in plaats daarvan te voorzien in een expliciete wettelijke grondslag voor de toepassing van ‘gewone’ opsporingsbevoegdheden met het oog op financieel onderzoek

vanaf het moment dat de hoofdzaak een aanvang heeft genomen. Dat had het wettelijke systeem ook aanzienlijk eenvoudiger kunnen maken.

- *Anderbeslag.* De voorgestelde verruiming van de regeling van het anderbeslag is zonder meer een verbetering te noemen. Wat nadere aandacht verdient, is de welhaast terloopse van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 552a Sv in de voorgestelde tekst van artikel 577b lid 1 Sv. Ons voorstel zou zijn dat de minister zich nog eens buigt over de introductie van een algemene strafvorderlijke procedure voor alle bezwaren ter zake van de tenuitvoerlegging. Los daarvan achten wij het een gemiste kans dat de minister niet heeft gekozen voor brede herziening – en vereenvoudiging – van de strafvorderlijke beslagregeling gelet op de complexiteit en de hanteerbaarheid van de vormvoorschriften die thans zijn verbonden aan inbeslagneming.
- *Verhaalsonderzoek.* De introductie van het verhaalsonderzoek betekent niet alleen een verruiming maar ook een verbetering. Niettemin valt er aan de uitwerking van de voorgestelde regeling nog wel het één en ander te verbeteren. In de voorliggende regeling is ten onrechte geen aandacht besteed aan de mogelijkheden tot het leggen van executoriaal (ander)beslag.
- *Termijn voor het doen van uitspraak.* De voorgestelde wijziging reikt een oplossing aan voor een probleem dat zich in de praktijk niet snel voordoet. Bovendien zou van een echte verbetering pas sprake zijn op het moment dat de wettelijke regeling buiten twijfel stelt dat de rechter altijd bij het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting de datum van de uitspraak moet bepalen.
- *Schriftelijke voorbereiding.* Of het introduceren van de mogelijkheid om in een algemene maatregel van bestuur regels omtrent de schriftelijke voorbereiding neer te leggen, een verbetering oplevert, kan men pas zeggen indien wordt vastgesteld dat het werken met de huidige informele procesreglementen tekort zou schieten. Daarop gaat de minister in zijn toelichting niet in. Bovendien verdient het naar onze mening stellig de voorkeur om niet alles in een algemene maatregel van bestuur te vangen. Sanctionering van de niet-naleving van de gestelde termijnen behoort, zo men daar al iets over wil regelen, thuis in de wet in formele zin (en dus in het Wetboek van Strafvordering).
- *Hoofdelijke aansprakelijkheid.* De indieners van het initiatiefwetsvoorstel met betrekking tot de mogelijkheid van hoofdelijke oplegging van de betalingsverplichting – een verruiming die allerminst een verbetering is – roepen wij op om het advies van de

Raad van State tezamen met hun nader rapport openbaar te maken. Indien dat niet gebeurt, betekent het indienen van een amendement dat deze indieners heel handig, maar ook op oneigenlijke wijze één van de waarborgen die in de wetgevingsprocedure ligt besloten – namelijk het informeren van alle bij het wetgevingsproces betrokken actoren omtrent het advies van de Raad van State – zouden willen passeren. Indien de indieners niet de nodige stappen willen zetten teneinde het advies te openbaren, zou de Tweede Kamer dan wel de minister hiervoor zorg moeten dragen.