

Tilburg University

Recente rechtspraak over de ontnemingsmaatregel

Borgers, M.J.; Simmelink, J.B.H.M.

Published in:
Delikt en Delinkwent

Publication date:
2005

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Borgers, M. J., & Simmelink, J. B. H. M. (2005). Recente rechtspraak over de ontnemingsmaatregel: het voordeelsbegrip en hoofdelijkheid. Manuscript in preparation.

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.

Recente rechtspraak over de ontnemingsmaatregel: het voordeelsbegrip en hoofdelijkheid

M.J. Borgers & J.B.H.M. Simmelink*

xx.1 HR 21 september 2004, NJ 2005, 17

‘3.4. Voorzover het middel berust op de stelling dat het Hof heeft geoordeeld dat het door de rechtspersonen wederrechtelijk verkregen voordeel zonder meer heeft te gelden als voordeel dat door de betrokkene is verkregen, berust het op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Het Hof heeft immers blijkens zijn met C2 en C3 aangeduide overwegingen onderzocht of en zo ja in hoeverre de betrokkene zelf daadwerkelijk voordeel heeft verkregen uit de door de rechtspersonen en hemzelf begane strafbare feiten. Ook overigens slaagt het middel niet. Het uiteindelijke oordeel van het Hof dat van een dergelijk daadwerkelijk voordeel van de verdachte sprake is geweest, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is. Voorts heeft het Hof de schatting van het bedrag van f 940.000,-- aan de gebezigde bewijsmiddelen kunnen ontleen.’

xx.2 HR 30 november 2004, LJN AR3721

‘4.4 (...) Op grond hiervan [enkele passages uit de wetsgeschiedenis; MB/JS] moet worden aangenomen dat, ook gelet op het reparatoire karakter van de maatregel, bij de bepaling van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald.

4.5. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat de juistheid van de stelling dat de betrokkene op zijn beurt is beroofd van de partij kobalt in het midden kon blijven, omdat door de betrokkene op het moment van de voltooiing van het ten laste van hem bewezenverklaarde delict wederrechtelijk voordeel is verkregen en dat daaraan niet kan afdoen dat de kobalt later uit de door betrokkene gebruikte opslagplaats zou zijn ontvreemd. Dat oordeel getuigt, gelet op het hiervoor onder 4.4 overwogene, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. Dat de omvang van dat voordeel volgens het Hof vervolgens in dit geval bepaald diende te worden aan de hand van een schatting van de opbrengst die de betrokkene en zijn mededaders bij verkoop van de kobalt in het illegale circuit minimaal zouden hebben kunnen realiseren, getuigt evenmin van een onjuiste rechtsopvatting, is - anders dan het middel stelt - niet onverenigbaar met 's Hof's oordeel dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft genoten en is evenmin onbegrijpelijk. In zoverre faalt het middel derhalve.’

xx.3 HR 7 december 2004, LJN AQ8489 en HR 7 december 2004, LJN AQ8491

‘3.2. De bestreden uitspraak houdt, voorzover hier van belang, het volgende in: “Op grond van de onder 6.1 genoemde bewijsmiddelen is het hof van oordeel dat verdachte en zijn mededader €859.197,94 ... met het onder 5.1 genoemde feit hebben

* Beiden UHD straf(proces)recht, UvT.

verkregen. Het wederrechtelijk verkregen voordeel schat het hof op dit bedrag (...), te verminderen met de aan benadeelde derden toegekende vorderingen, (...). Het hof (...) legt aan de veroordeelde de verplichting op tot betaling aan de staat van (...) ter ontneming van het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel, met dien verstande, dat indien dit bedrag door de mededader van verdachte geheel of gedeeltelijk is of wordt betaald verdachte in zoverre is of zal zijn bevrijd.”

3.3.1. Aan het hiervoor weergegeven oordeel van het Hof ligt de opvatting ten grondslag dat aan de betrokkene ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als bedoeld in art. 36e Sr de verplichting kan worden opgelegd tot betaling van het bedrag van het voordeel dat de betrokkene en zijn mededader tezamen wederrechtelijk hebben verkregen, zonder dat behoeft te zijn vastgesteld welk deel daarvan als in het vermogen van de betrokkene gevloeid moet worden aangemerkt. Die opvatting is onjuist; zij verdraagt zich niet met de aard van de maatregel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Die maatregel strekt er immers toe dat de betrokkene het voordeel dat hijzelf daadwerkelijk wederrechtelijk heeft verkregen, wordt ontnomen.

3.3.2. De rechter zal, in het geval er verscheidene daders zijn, niet altijd de omvang van het voordeel van elk van die daders aanstonds kunnen vaststellen. Dan zal hij op basis van alle hem bekende omstandigheden van het geval, zoals de rol die de onderscheiden daders hebben gespeeld en het aantreffen van het voordeel bij één of meer van hen moeten bepalen welk deel van het totale voordeel aan elk van hen moet worden toegerekend. Indien de omstandigheden van het geval onvoldoende aanknopingspunten bieden voor een andere toerekening, kan dit ertoe leiden dat het voordeel pondspondsgewijze wordt toegerekend.’

xx.4 HR 21 december 2004, LJN AR3658

‘5.3. Met betrekking tot de op de rekening van [B] NV gestorte bedragen (...) heeft het Hof, naar volgt uit hetgeen hiervoor onder 4.3 is weergegeven, aannemelijk geacht dat “dat geld, dat blijkens het Grootboek naar Zwitserland wordt overgebracht voor een deel via [B] bij [betrokkene] komt”. Kennelijk heeft het Hof de daartoe gebezigde bewijsmiddelen, (...) – waaronder de verklaring van [persoon 6] dat hij verantwoording aflegt aan [betrokkene] voor wat betreft het financieel handelen ten opzichte van [B] NV –, in die zin verstaan dat het in feite de betrokkene was die bevoordeeld is door de overboekingen naar [B] en die gelden ten eigen bate kon aanwenden. (...) Voorzover het middel ziet op de onder post 6) genoemde bedragen is niet meer aangevoerd dan dat de betrokkene niet met [C] GmbH is te vereenzelvigen. Aldus steunt het middel op de opvatting dat reeds de enkele omstandigheid dat de aldaar bedoelde bedragen waren gestort op de rekening van die rechtspersoon meebrengt dat deze bedragen niet kunnen gelden als voordeel in de zin van art. 36e Sr dat door de betrokkene is verkregen. Die opvatting is in haar algemeenheid echter onjuist.’

Vooraf

1. In een recent artikel over de ontnemingswetgeving stelt Van der Landen dat slechts 10% van de rechtspraak van de Hoge Raad in ontnemingszaken van werkelijk belang is voor de praktijk. Van der Landen zoekt de oorzaak van dat lage percentage in het

feit dat in cassatiezaken vaak ‘gezeurd’ wordt over de gemiddelde opbrengst per wietplantje en over de vraag welke kosten daarbij in aftrek kunnen worden genomen.¹ Dit sombere – maar niet onrealistische – beeld zou bijna doen vergeten dat er naast gezeur ook heel interessante rechtsvragen aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Er blijken telkens weer boeiende twistpunten naar boven te komen. In sommige gevallen vloeien de rechtsvragen voort uit beslissingen die eerder door de Hoge Raad zijn geweest. In deze bijdrage komt een aantal van dergelijke rechtsvragen aan de orde. Zo heeft de door de Hoge Raad geformuleerde regel dat de schatting van het voordeel moet zijn gebaseerd op het in de concrete omstandigheden van het geval behaalde voordeel geleid tot vragen omtrent de vaststelling van het voordeel in het geval de buit aan de dader is ontstolen. Dezelfde regel speelt ook een rol in de discussie omtrent de (on)mogelijkheid van een hoofdelijke veroordeling in het geval meerdere daders bij de voordeelsverkrijging zijn betrokken. Daarnaast blijkt de toepassing van het voorschrift van art. 36e lid 6 Sr, op grond waarvan een vordering van een benadeelde derde in mindering moet worden gebracht op de betalingsverplichting, steeds weer tot nieuwe vragen te leiden. In de hier besproken uitspraken scheidt de Hoge Raad weer (meer) duidelijkheid, ook al geven de arresten hier en daar ook weer stof tot discussie.

Het voordeelsbegrip en de ontstolen buit

2. Een onderwerp dat in de beginjaren van de – in 1993 in werking getreden – ontnemingswetgeving tot veel discussie heeft geleid, betreft de in art. 36e Sr besloten liggende waarderingsmethode. Deze methode is van belang indien het voordeel niet uit een (contant) geldbedrag, maar uit stoffelijke voorwerpen bestaat. Deze voorwerpen zullen op een geldelijke waarde moeten worden geschat teneinde het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel te kunnen vaststellen. Maar welke waarde moet daarbij worden gehanteerd? In de literatuur en de ontnemingsrichtlijn zijn hier aanvankelijk uiteenlopende standpunten over ingenomen.² De Hoge Raad heeft de knoop op 1 juli 1997 doorgesneden in een zaak die bekend is komen te staan als ‘de geripte juwelendief’.³ Na een overval op een juwelier, waarbij juwelen afhandig zijn gemaakt met een winkelwaarde van 140.000 gulden, treedt de overvaller in contact met een heler. Zij spreken af dat de heler de juwelen voor 20.000 gulden zal overnemen. De transactie met de heler vindt echter nooit plaats, althans zo verklaart de man, omdat hij vervolgens zelf is beroofd van de juwelen.

In de ontnemingszaak tegen de (eerste) juwelendief stellen rechtbank en hof het wederrechtelijk verkregen voordeel gelijk aan de waarde van de juwelen in het helingscircuit, te weten: 20.000 gulden. De stelling van de man dat hij zelf van de juwelen is beroofd, doet daar niet aan af, omdat het een omstandigheid betreft die voor zijn rekening en risico behoort te blijven.⁴ In cassatie komt vervolgens – op basis van een door het openbaar ministerie voorgedragen middel – alleen de vraag aan de orde of er terecht is gekozen voor een waardering van de juwelen *in het criminele circuit* of dat er gekozen had moeten worden voor een waardering op basis van de *winkelwaarde*. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van de rechtbank en het hof. Op grond van wetshistorische argumenten overweegt de Hoge Raad dat

¹ D. van der Landen, ‘Voordeelsontneming’, *NJB* 2004, p. 2241.

² Zie voor een overzicht van de discussie: M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 208-217.

³ HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242, m.nt. JR. Zie ook HR 6 januari 1998, *JOW* 1998, 48.

⁴ Rechtbank Breda 6 maart 1995, *JOW* 1997, 97, en Hof Den Bosch 9 mei 1996, *JOW* 1996, 157.

‘(...) moet worden aangenomen dat, gelet op het reparatoire karakter van de maatregel, bij de bepaling van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald.’

De vaststelling van het voordeel op 20.000 gulden als (potentiële) helingsopbrengst geeft daarbij geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Deze uitspraak van de Hoge Raad heeft in veel opzichten duidelijkheid gecreëerd over de te hanteren waarderingsmethode, maar op één onderdeel laat het arrest de lezer in het duister tasten. Want betekent het feit dat de juwelen aan de juwelendief zijn ontstolen, eigenlijk niet dat de juwelendief in de concrete omstandigheden van geval daadwerkelijk *geen* voordeel heeft behaald? In de literatuur is die vraag vrijwel eensluidend positief beantwoord.⁵

3. In het arrest van 30 november 2004 gaat de Hoge Raad alsnog, zij het summier, in op de vraag die in de zaak van de geropte juwelendief onbeantwoord was gebleven. Ook in deze zaak zou de buit – bestaande uit een partij kobalt – zijn ontstolen aan de daders. Het hof overweegt dat deze tweede diefstal voor rekening en risico van de daders komt. Vervolgens schat het hof het wederrechtelijk verkregen voordeel op 15% van de marktwaarde van de partij kobalt, ervan uitgaande dat de daders een dergelijke opbrengst minimaal zouden hebben verkregen bij de verkoop ervan in het criminele circuit.

Het middel klaagt er in deze zaak expliciet over dat bij de vaststelling van de hoogte van het voordeel geen rekening is gehouden met het (gestelde) ontvallen van de buit door de tweede diefstal. De Hoge Raad herhaalt bij de bespreking van dit middel de regel dat er moet worden uitgegaan van het in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk behaalde voordeel. Die norm heeft het hof naar het oordeel van de Hoge Raad niet miskend. Wel scherpt de Hoge Raad de motivering van het hof nog iets aan door op te merken dat het hof ‘kennelijk’ heeft geoordeeld dat de juistheid van de gestelde beroving van de partij kobalt in het midden kon blijven, omdat het voordeel is verkregen op het moment van voltooiing van het bewezenverklarde delict – het medeplegen van diefstal van de partij kobalt. Het feit dat deze partij later weer is gestolen doet daar niet aan af. De Hoge Raad onderschrijft ook de schatting van het bedrag van het voordeel op de waarde in het criminele circuit.

4. Het belang van de uitspraak in de zaak van de geropte kobaltdieven schuilt er vanzelfsprekend in dat de Hoge Raad duidelijkheid schept over zijn antwoord op de veel bediscussieerde vraag of het ontvallen van de buit door een (tweede) diefstal relevant is voor de voordeelsverkrijging. Het antwoord van de Hoge Raad is tegengesteld aan dat van de literatuur. Daar is uiteraard niets op tegen, maar het wekt dan wel verbazing dat de motivering zo summier is. Het kernargument van de Hoge Raad ligt verscholen in de (her)formulering van het kennelijke oordeel van het hof. Daarin wordt erop gewezen dat het voordeel al is verkregen op het moment van voltooiing van het

⁵ Zie J.L. van der Neut & W. Wedzinga, ‘Wat waren de juwelen waard?’, *Advocatenblad* 1997, p. 874, Th.A. de Roos, ‘Het begrip “voordeel” in de strafrechtelijke ontnemingsmaatregel’, *AA* 1998, p. 319, B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 90, 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. 130, en Borgers 2001, p. 218-219. Vgl. ook Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242, en *Kamerstukken I* 1992/93, 21 504 en 22 083, nr. 53, p. 2 (VV).

delict. Wie dus een partij kobalt steelt, heeft direct na de voltooiing van de diefstal voordeel verkregen. Dat voordeel bestaat op dat moment uit de (nader te concretiseren) vermogenswaarde van de verkregen partij kobalt.

Deze (gereconstrueerde) gedachtegang van de Hoge Raad is niet helemaal onproblematisch. Want de Hoge Raad overweegt in een arrest van 6 januari 1998 nog dat de stelling dat ‘(...) de omvang van het voordeel dient te worden bepaald op de waarde van de gestolen goederen op het moment van voltooiing van het delict’ *geen* steun vindt in het recht.⁶ Deze overweging staat haaks op het kernargument dat de Hoge Raad in de zaak tegen de geripte kobaltdieven aan het hof toedicht. Een verklaring voor deze (schijnbare) tegenstelling kan vermoedelijk worden gevonden in het gegeven dat het middel (van het openbaar ministerie) in het arrest van 6 januari 1998 stelde dat bij diefstal het voordeel zou moeten worden vastgesteld op de waarde van de gestolen goederen op de *legale* markt. Het is die stelling die de Hoge Raad weerlegt in het arrest van 6 januari 1998. Uit het arrest in de zaak tegen de geripte kobaltdieven blijkt dat de waarde van gestolen goederen op het moment van voltooiing van het delict ook gelijk kan zijn aan de waarde in het illegale circuit. Zo geredeneerd, is de incongruentie met de uitspraak van 6 januari 1998 weggenomen. Maar er resteert dan nog wel een ander (potentieel) probleem. In sommige gevallen kan het verkrijgen van het voordeel zich pas op een later moment voordoen dan het moment van voltooiing van het delict. Voorbeelden daarvan zijn misbruik van voorwetenschap, valsheid in geschrift en de invoer van drugs. Niet alleen het begaan van het delict, maar juist ook latere gebeurtenissen – een daling/stijging van de koers, het onterecht verkrijgen van subsidie, de verkoop van drugs – leiden tot verkrijging van voordeel. Het ligt dan ook voor de hand dat in de kennelijke gedachtegang van de Hoge Raad de rechter niet in alle gevallen bij het moment van voltooiing van het delict moet aanknopen, maar alleen in gevallen waarin op dat moment de betrokkene ook iets voorhanden heeft gekregen.

De vraag rijst vervolgens hoe de rechter de waarde van het verkregene moet bepalen. Ten aanzien van deze vraag is weer de regel van belang dat de concrete omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn. Verkoopt de dief zijn buit aan de heler, dan gaat het om de opbrengst aan de heler. Maar weet de dief zijn buit op andere wijze te verkopen, bijvoorbeeld als een nauwelijks gebruikt tweedehands voorwerp via een (virtuele) marktplaats, dan kan er worden aangeknoopt bij de waarde op deze markt. Bij eigen gebruik van het gestolen voorwerp, kan worden aangeknoopt bij de bespaarde kosten. Het wordt ingewikkelder indien de dief stelt dat zijn buit aan hem is ontstolen. De rechter hoeft niet te onderzoeken of die stelling feitelijk juist is, want het ontvallen van de buit doet volgens de Hoge Raad niet af aan de voordeelsverkrijging. Maar op grond van welke feiten en omstandigheden moet de rechter bepalen bij welke waarde hij aanknoopt? Welke markt komt in aanmerking ten aanzien van bestolen dieven? De redenering van de Hoge Raad zal hier vermoedelijk zijn, maar het blijkt niet uit het arrest, dat de rechter moet kijken naar *a.* de intentie van de dader – wat was hij van plan met de buit? – en/of *b.* de beschikbare afzetmogelijkheden. In zoverre zijn de concrete omstandigheden van het geval weer van belang. In de praktijk komt dat erop neer dat bij diefstal vrijwel altijd naar de – ten opzichte van de waarde op de legale markt veel lagere – helingswaarde wordt gekeken. Bij gebreke aan nadere concrete gegevens mag de rechter die waarde schatten. In de zaak van de geripte kobaltdieven onderschrijft de Hoge Raad een dergelijke aanpak van het hof.⁷

⁶ HR 6 januari 1998, JOW 1998, 48.

⁷ In de zaak van de geripte kobaltdieven gaat de Hoge Raad niet (expliciet) in op een klacht van de betrokkene dat de schatting van het voordeel op 15% van de marktwaarde in het legale circuit in strijd is

5. A-G Vellinga komt in zijn conclusie tot dezelfde uitkomst als de Hoge Raad. Zijn argumentatie rust daarbij op eenzelfde gedachtegang.⁸ Interessant is dat de A-G aanknoopt bij rechtspraak ten aanzien van '(...) andere gevallen dan diefstal waarin de wederrechtelijk verkrijger in het voordeel van het verkregene wordt teleurgesteld.'⁹ Het eerste arrest waarnaar wordt verwezen, betreft een uitspraak van de Hoge Raad waarin – kort gezegd – de investering van het voordeel in een (nieuwe) partij drugs, gevolgd door inbeslagname en onttrekking aan het verkeer (of verbeurdverklaring), niet als omstandigheid wordt aangemerkt die het voordeel doet verminderen.¹⁰ Een tweede uitspraak heeft betrekking op een zaak waarin het voordeel wordt weggeschonken aan een ander, waarna vervolgens ten aanzien van het betreffende bedrag tegen die ander een ontnemingsvordering wordt ingesteld.¹¹ De schenking – en de daarop volgende ontneming bij de ander – doen naar het oordeel van de Hoge Raad het wederrechtelijk verkregen voordeel niet verminderen. Zet men deze zaken naast die van de geropte kobaltdieven, dan dringt de gelijkens zich op. In alle zaken heeft de betrokkene na voltooiing van het delict in enigerlei vorm voordeel voorhanden, maar om uiteenlopende redenen komt dit voordeel aan de betrokkene te ontvallen. Dit verlies ligt in de risicosfeer van de betrokkene en doet niet af aan het feit dat hij voordeel heeft verkregen.

Anders dan de A-G doet voorkomen, is er naast gelijkens ook een verschil aan te wijzen. In de door de A-G genoemde zaken heeft de betrokkene het voordeel voorhanden gehad en vervolgens een welbewuste keuze gemaakt over de besteding van het behaalde voordeel (herinvesteren in drugs, schenken of wat dan ook). In de zaak van de geropte kobaltdieven ligt dat anders, voor zover we ervan uitgaan dat de partij kobalt daadwerkelijk aan hen is ontstolen. In dat geval is er van het maken van een welbewuste keuze geen sprake. Of anders gezegd: de kobaltdieven hebben, anders dan de investeerder in een nieuwe partij drugs of de genereuze voordeelsverkrijger, het verkregen voordeel niet *vrijelijk* kunnen besteden. De vraag of het ontbreken van de mogelijkheid van vrije besteding in de weg staat aan het verkrijgen van wederrechtelijk voordeel, moet kennelijk naar het oordeel van de A-G en de Hoge Raad negatief worden beantwoord.¹² Voor de voordeelsverkrijging is in beginsel slechts relevant of de betrokkene op het moment van voltooiing van het delict in enigerlei vorm voordeel voorhanden heeft.

6. Hoe verhoudt de benadering van de Hoge Raad en de A-G zich tot het karakter van de ontnemingsmaatregel? Deze maatregel strekt er immers toe om aan de betrokkene

met art. 511f Sv, gelet op het feit dat dit percentage niet is ontleend aan een wettig bewijsmiddel. Uit eerdere jurisprudentie blijkt al dat de Hoge Raad de feitenrechter veel ruimte laat bij toepassen van dergelijke percentages, ook indien die percentages niet met een wettig bewijsmiddel worden gestaafd. Zie bijvoorbeeld HR 6 oktober 1998, *NJ* 1998, 914. Klachten tegen dergelijke voordeelsberekeningen zijn kansloos indien niet in feitelijke instantie reeds een gemotiveerde en concrete betwisting van de berekening heeft plaatsgevonden. Zie ook de conclusie van A-G Vellinga onder 18-19.

⁸ Zie de conclusie onder 12.

⁹ Conclusie onder 11.

¹⁰ HR 8 juli 1998, *NJ* 1998, 841, m.nt. Sch. De A-G verwijst ook nog naar een passage in hetzelfde arrest met betrekking tot de (niet toegelaten) aftrek van kosten in verband met verliezen tengevolge van een ripdeal. Voor de beoordeling van de vraag in de zaak van de geropte kobaltdieven is de betreffende overweging van de Hoge Raad naar onze mening niet relevant. Het realiseren van voordeel is iets anders dan het maken van kosten.

¹¹ HR 26 augustus 2003, *NJ* 2003, 696, m.nt. PMe.

¹² Anders: Borgers 2001, p. 243. Vgl. ook Reijntjes in zijn noot onder HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242, die aansluit bij het genot van de betrokkene.

te ontnemen wat hij in strijd met de wet heeft verkregen. Of anders gezegd: de ontnemingsmaatregel beoogt vanuit het perspectief van de betrokkene te komen tot een herstel van de rechtmatige toestand.¹³ Gelet op deze strekking ligt het voor de hand om in gevallen waarin dat herstel reeds heeft plaatsgevonden doordat het voordeel op één of andere wijze aan de betrokkene is ontvallen, de oplegging van een ontnemingsmaatregel achterwege te laten. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad eveneens ‘het reparatoire karakter van de maatregel’ centraal stelt, maar tegelijkertijd een ontstolen buit wel als wederrechtelijk verkregen voordeel beschouwt. Betekent dit niet dat de betrokkene feitelijk gezien dubbel wordt gepakt: én hij is de buit kwijt én hij moet een bedrag ter hoogte van de waarde van die buit aan de Staat betalen? Dat de Hoge Raad die consequentie voor zijn rekening wil nemen, is echter niet gezegd. De rechter neemt in een ontnemingsprocedure immers achtereenvolgens twee beslissingen: de vaststelling (schatting) van de hoogte van het voordeel en de vaststelling van de betalingsverplichting. De betalingsverplichting is in beginsel gelijk aan het bedrag van het voordeel, maar kan op grond van art. 36e lid 4 Sr om uiteenlopende redenen worden gematigd, zonodig tot nihil.¹⁴ Het is dus niet uitgesloten dat het ontvallen van de buit wordt verdisconteerd in de betalingsverplichting. Daarop wijst ook de A-G in de zaak tegen de geripte kobaltdieven.¹⁵ De Hoge Raad heeft zich daarover niet uitgesproken, vermoedelijk omdat een expliciet verweer op dat punt ontbrak, maar er zijn geen aanwijzingen dat de Hoge Raad matiging hier principieel wil uitsluiten.

Het komt ons voor dat de Hoge Raad in de zaak van de geripte kobaltdieven ‘slechts’ heeft willen voorkomen dat er veel discussie kan ontstaan over de vraag of de betrokkene voordeel heeft verkregen. Door aan te knopen bij het moment van voltooiing van het delict, doen allerlei feiten en omstandigheden die zich nadien hebben voorgedaan, niet terzake. Dat scheelt inderdaad debat over de vraag of de betrokkene wel of niet vrijelijk over de opbrengst heeft kunnen beschikken.¹⁶ Tegelijkertijd moet wel in het oog worden gehouden dat het debat nu is verschoven naar de vaststelling van de betalingsverplichting. De vraag of het opleggen van een betalingsverplichting ter hoogte van het bedrag van het verkregen voordeel in het concrete geval al dan niet in strijd komt met de strekking van de ontnemingsmaatregel – rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokkene – kan daardoor nog steeds in volle omvang aan de rechter worden voorgelegd. Naar onze mening moet daarbij als uitgangspunt gelden dat in die gevallen waarin aannemelijk is geworden dat het voordeel is komen te ontvallen zonder dat de betrokkene daarover vrijelijk heeft kunnen beschikken, het onverkort opleggen van een ontnemingsmaatregel in strijd is met het beoogde rechtsherstel en (dus) geen redelijk doel dient.¹⁷

Met het oog op de praktijk wijzen wij erop dat de betrokkene in voorkomende gevallen expliciet een verweer dient te voeren van de strekking dat de rechter toepassing moet geven aan zijn bevoegdheid tot bijstelling van de betalingsverplichting. Dat verweer zal concreet en gemotiveerd moeten zijn, hetgeen onder andere inhoudt dat er

¹³ Zie onder andere *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹⁴ Voor zover het voordeel komt te ontvallen doordat het verkregene wordt gerestitueerd aan de benadeelde, wordt de betalingsverplichting bijgesteld op grond van art. 36e lid 6 Sr. Vgl. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 48 (MvT), en HR 9 september 1997, *NJ* 1998, 91.

¹⁵ Conclusie onder 15.

¹⁶ Reijntjes wijst er in zijn noot onder HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242, op dat er zich geen onevenwichtigheid moet voordoen doordat de wijze van besteding van het voordeel bepaalt of een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd.

¹⁷ Het ligt daarbij voor de hand dat de rechter in een dergelijk geval een schatting van de waarde van het wederrechtelijke verkregene achterwege mag laten, omdat op voorhand vast komt te staan dat er matiging tot nihil dient plaats te vinden.

voldoende feitelijke aanknopingspunten worden geboden om aannemelijk te doen worden dat de betrokkene niet vrijelijk over het verkregene heeft kunnen beschikken. Zonder een dergelijk verweer in feitelijke instanties zijn klachten bij de cassatierechter kansloos.¹⁸

(Geen) hoofdelijke veroordeling

7. Zoals hiervoor onder 2. is aangegeven, is in het arrest over ‘de geropte juwelendief’ beslist dat het bij de toepassing van art. 36e Sr gaat om de ontneming van ‘(...) voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald.’ In dit criterium ligt niet alleen besloten dat de waarde van weggenomen voorwerpen moet worden bepaald in het licht van de bijzonderheden van de zich voordoende casus, maar ook dat het gaat om een op de persoon van de betrokkene toegespitste benadering. De individuele verkrijging vormt het vertrekpunt voor de vaststelling van het ‘daadwerkelijk’ verkregen voordeel. In gevallen waarin strafbare feiten door meerdere daders zijn begaan (medeplegers en eventueel medeplichtigen, de ‘deelnemers’ aan een criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr) kan een op individuele leest geschoeide vaststelling van het genoten voordeel op problemen stuiten. Alleen al bij zwijgen van alle mededaders kan ieder zicht op de verdeling van het voordeel ontbreken, zodat het ook lastig wordt om vast te stellen wat iedere mededader individueel en daadwerkelijk van het voordeel heeft ontvangen. Verder kan bij een individuele benadering van de voordeelsverkrijging een effectieve ontneming van voordeel onder druk komen te staan, indien één of meerdere van de mededaders onvindbaar blijken te zijn.

Om vaststellings- en/of executieproblemen bij de ontneming van voordeel te beperken heeft het toenmalige CABB¹⁹ al in 1995 in een notitie ‘Buit uit of in ... beeld’ de suggestie gedaan om iedere mededader ‘hoofdelijk aansprakelijk’ te stellen voor het geheel van het voordeel. De ‘civielrechtelijke aspecten’ of het ‘civielrechtelijke karakter’ van de ontnemingsmaatregel zouden een dergelijke aansprakelijkheid kunnen verklaren. Sindsdien zijn in de lagere rechtspraak in ontnemingszaken af en toe beslissingen uitgesproken waarin bij mededaders niet werd overgegaan tot oplegging van een betalingsverplichting ter hoogte van het door de betrokkene individueel genoten voordeel, doch werden de mededaders veroordeeld tot betaling van het gehele voordeel, met die beperking dat de betaling door de ene mededader de andere mededader (geheel of gedeeltelijk) bevrijdt. In een tweetal (gelijkluidende) arresten van 7 december 2004 (DD xx.3) maakt de Hoge Raad korte metten met deze constructie. Een ‘hoofdelijke aansprakelijkheid’ van de mededaders voor het gehele voordeel ‘verdraagt zich niet met de aard van de maatregel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel’, zo geeft de Hoge Raad aan. Het gaat immers om ontneming van het voordeel bij de betrokkene ‘dat hijzelf daadwerkelijk heeft verkregen’.

De centrale overweging in de arresten (3.3.1.) is niet alleen principieel van aard, maar ook opmerkelijk kort en bondig. Het kernargument waarop de beslissing van de Hoge Raad rust, wordt naar onze mening door A-G Wortel treffend onder woorden gebracht: een eventuele hoofdelijke aansprakelijkheid van mededaders voor het gehele voordeel botst met één van de primaire uitgangspunten van het strafrecht, namelijk ‘(...) dat aansprakelijkheden die voortkomen uit betrokkenheid bij strafbare

¹⁸ In ontnemingszaken plegen hoge eisen te worden gesteld aan het naar voren brengen en onderbouwen van verweren. Vgl. bijvoorbeeld HR 25 juni 2002, *NJ* 2003, 97, m.nt. PMe, en HR 20 januari 2004, *NJ* 2004, 240, m.nt. PMe.

¹⁹ Het ‘Centraal Advies- en Beheersbureau Beslag’, de voorloper van het huidige BOOM.

feiten van hoogstpersoonlijke aard zijn'. Collectieve aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden verdragen zich niet met een strafrecht dat uitgaat van een persoonlijke aansprakelijkheid van een verdachte voor eigen gedragingen, van individuele schuld en toerekening en een op de persoon van de verdachte toegespitste sanctieoplegging, met inbegrip van de ontneming van het 'daadwerkelijk' en dus individueel genoten voordeel. Vermeende civielrechtelijke karaktertrekken van de ontnemingsmaatregel kunnen geen afbreuk doen aan dit strafrechtelijke uitgangspunt, alleen al omdat de oplegging van een betalingsverplichting in de zin van art. 36e Sr op de keeper beschouwd niets civielrechtelijks in zich heeft.²⁰ Bovendien wordt met die verwijzing naar het burgerlijke recht over het hoofd gezien dat voor de hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van schade uit onrechtmatige daad – als uitzondering op de hoofdregel dat men alleen aansprakelijk is voor de schade die men zelf veroorzaakt heeft – een bijzondere wettelijke grondslag bestaat (art. 6:166 BW) en een hieraan verwante bepaling in de ontnemingswetgeving ontbreekt. Voor die uitzondering op de hoofdregel valt in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht veel te zeggen (de bescherming van het slachtoffer), terwijl een bijzondere rechtvaardiging voor een hoofdelijke aansprakelijkheid van mededaders voor het gehele voordeel ontbreekt. Zo'n hoofdelijke aansprakelijkheid maakt eventueel de executie van de ontnemingsbeslissing makkelijker, maar dit (beperkte) overheidsbelang kan een afwijking van de individuele aansprakelijkheid als strafrechtelijk principe naar onze mening niet funderen.

8. Met het oog op het oplossen van mogelijke problemen bij de vaststelling van de omvang van het door elk der mededaders verkregen voordeel is het ook niet noodzakelijk om een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid te creëren. De ontnemingsrechter heeft voldoende speelruimte en middelen tot zijn beschikking om bij onduidelikheden over de wijze van verdeling van het voordeel over de mededaders tot een verantwoorde beslissing te komen. Zo hoeft de ontnemingsrechter niet exact te bewijzen welk aandeel van het gehele voordeel aan iedere individuele mededader daadwerkelijk is toegekomen, doch kan hij volstaan met een 'schatting' van de omvang van dat aandeel. Daarbij komt dat hij deze schatting slechts hoeft te 'ontlenen' aan wettige bewijsmiddelen (art. 511f Sv). Dit betekent concreet dat de rechter bij de schatting mag uitgaan van algemene ervaringsgegevens, zoals het gegeven dat de buit meestal evenredig wordt verdeeld. Indien aanwijzingen voor het tegendeel ontbreken, mag de rechter er bij wijze van vermoeden van uitgaan dat de mededaders gelijkelijk zullen hebben geprofiteerd van de buit, zodat het voordeel 'pondspondsgewijs' kan worden toegerekend. Een andere dan een pondspondsgewijze toerekening ligt voor de hand als de rechter aan de bewijsmiddelen gegevens kan ontleen die wijzen op ongelijkwaardige rollen van de mededaders (vgl. overweging 3.3.2. uit de arresten van 7 december 2004). Maar ook in die gevallen zal de rechter doorgaans geen exact inzicht hebben in de doorwerking van die ongelijkwaardige rollen bij de verdeling van de buit en zal hij mogen en moeten volstaan met een schatting daarvan (zoals 60-40% of 70-30%).

Met het oog op de inrichting van het ontnemingsvonnis en de toetsing in casuatie moet de schatting van de rol van elk van de mededaders en van het door ieder der mededaders 'daadwerkelijk' behaalde voordeel in beginsel worden beschouwd als een feitelijk oordeel dat de rechter in zijn vonnis maar in beperkte mate hoeft te motiveren. In dit opzicht is afdoende dat de schatting is *ontleend* aan wettige bewijsmiddelen. De rechter wordt alleen genoopt tot een nadere motivering van zijn beslissing als

²⁰ Zie voor een nadere onderbouwing Borgers 2001, p. 94-99.

van de zijde van de verdediging een specifieke en gemotiveerde betwisting van de juistheid van de schatting heeft plaatsgevonden.²¹ Dit stelsel maakt het mogelijk om ook bij onduidelijkheden over de verdeling van de buit over mededaders te komen tot verantwoorde ontnemingsbeslissingen.

9. De arresten van 21 september 2004 (DD xx.1) en 21 december 2004 (DD xx.4) gaan over een vraagstuk dat raakvlakken vertoont met de hoofdelijke aansprakelijkheid. Het betreft de mogelijkheid van ‘vereenzelviging’ van (het vermogen van) een natuurlijk persoon met (het vermogen van) een rechtspersoon. De behoefte om ‘vereenzelviging’ aan te nemen, kan opkomen in gevallen waarin een ontnemingsprocedure wordt ingesteld tegen een natuurlijke persoon die is veroordeeld wegens het geven van opdracht tot of het feitelijk leidinggeven aan strafbare feiten die zijn begaan door een rechtspersoon (art. 51 Sr) en het wederrechtelijk verworven voordeel in de rechtspersoon is gevloeid. Indien vereenzelviging van rechtspersoon en natuurlijke persoon kan worden aangenomen, heeft dat tot gevolg dat het tot het vermogen van de rechtspersoon horende voordeel zou kunnen worden beschouwd als een ook door de opdrachtgever/feitelijk leidinggever behaald voordeel dat in de tegen hem gevoerde ontnemingsprocedure vatbaar zou zijn voor ontneming. Het praktische voordeel daarvan is dat er alleen een straf- en ontnemingsprocedure tegen de natuurlijke persoon – en niet mede tegen de rechtspersoon – hoeft te worden gevoerd.

De aanname van ‘vereenzelviging’ van natuurlijk persoon en rechtspersoon moet worden beschouwd als een bijzondere situatie waarin wordt afgeweken van de hoofdregel dat natuurlijke persoon en rechtspersoon zelfstandige rechtssubjecten zijn met een zelfstandig en van elkaar afgescheiden vermogen. Vanwege het op het individu toegespitste karakter van strafrechtelijke aansprakelijkheden, met inbegrip van de ontneming van voordeel, kan een individu – een rechtspersoon of natuurlijk persoon – alleen worden verplicht tot afdracht van het voordeel dat door hemzelf is genoten. Hieruit volgt dat vereenzelviging van de vermogens van natuurlijk persoon en rechtspersoon, met gevolg dat de opdrachtgever/feitelijk leidinggever kan worden aangeslagen voor het wederrechtelijke voordeel dat is toegekomen aan de rechtspersoon, alleen in bijzondere gevallen kan worden aangenomen. Deze lijn komt reeds naar voren in HR 8 mei 2001, NJ 2001, 507, m.nt. YB. In deze zaak was het voordeel uit de strafbare feiten verkregen door de rechtspersoon. De ontnemingsprocedure was gericht tegen de opdrachtgever/feitelijk leidinggever, zijnde de directeur/(bijna) enig aandeelhouder van de rechtspersoon. Het enkele gegeven dat de directeur/aandeelhouder feitelijk zeggenschap had over het vermogen van de rechtspersoon was naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende om aan te nemen dat het door de rechtspersoon genoten voordeel had te gelden als een door de opdrachtgever/feitelijk leidinggever verkregen voordeel. Het onderscheid tussen de vermogens van de directeur/aandeelhouder en de rechtspersoon kon dus niet worden genegeerd.²²

In de conclusie bij dit arrest geeft A-G Wortel aan dat de aanname van ‘vereenzelviging’ wat hem betreft aan hoge eisen moet voldoen. De uit de vereenzelviging voortvloeiende gelijkschakeling van de vermogens van rechtspersoon en natuurlijk persoon kan naar zijn mening alleen worden aangenomen bij misbruik van rechtspersoonlijkheid. Het gaat hier om gevallen waarin ‘(...) er voldoende aanwijzingen zijn

²¹ Dit vloeit voort uit de ruime beoordelingsvrijheid die de Hoge Raad laat aan de feitenrechter (vgl. noot 7), de strenge eisen die worden gesteld aan de inkleding van verweren (vgl. noot 18) en, daarmee samenhangend, de ‘redelijke en billijke verdeling van de bewijslast’ in ontnemingszaken.

²² Vgl. M.J. Borgers, ‘Van voordeelsberekening naar voordeelsberekening’, *NJB* 1998, p. 861-864, Keulen 1999, p. 87-92, Borgers 2001, p. 200-201, en HR 9 januari 1996, *NJ* 1998, 591, m.nt. Sch.

dat vermogensbestanddelen bij de rechtspersoon zijn ondergebracht met geen ander kenbaar doel dan het frustreren van verhaal bij de natuurlijke persoon. Daarin ligt besloten dat er ook aanwijzingen moeten zijn dat het vermogen feitelijk ter beschikking van die natuurlijke persoon stond, en niet de normale, legale uitoefening van de aan de rechtspersoon verbonden onderneming diende.’ Naar ons oordeel is het aanvaarden van de ‘vereenzelviging’ als zelfstandige tussenstap voor het oordeel dat in die gevallen sprake is van door de natuurlijke persoon verkregen voordeel, overbodig. Als een in het vermogen van de rechtspersoon ondergebracht vermogensbestanddeel ter beschikking blijkt te staan aan een ander dan die rechtspersoon en die ander vrijelijk kan beschikken over dat bestanddeel, kan de onderbrenging van dat vermogensbestanddeel in de rechtspersoon worden beschouwd als een eigendomsschijnbeweging, bedoeld om de werkelijke eigendomsverhoudingen te bemantelen. In deze gevallen is het naar strafrechtelijke maatstaven toegelaten om door de formele schijn heen te prikken en aan te knopen bij de feitelijke verhoudingen, zodat er geen belemmering bestaat om aan te nemen dat het vermogensbestanddeel *feitelijk* ‘van’ de persoon is die daarover kan beschikken.²³ Representeert het vermogensbestanddeel wederrechtelijk voordeel, dan betreft het voordeel dat is verkregen door de natuurlijke persoon en is het in een tegen die natuurlijke persoon gevoerde ontnemingsprocedure vatbaar voor ontneming.²⁴

10. Het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2004 (DD xx.4) sluit aan bij de lijn van het vorenstaande arrest van 8 mei 2001. In dit geval waren de verdiensten uit de handel in cocaïne uiteindelijk²⁵ terecht gekomen op een bankrekening van een rechtspersoon. De veroordeelde tegen wie de ontnemingsprocedure werd gevoerd, was aandeelhouder van deze rechtspersoon.²⁶ Het hof nam op diverse gronden aan dat deze verdiensten moesten worden beschouwd als een voordeel dat toebehoorde aan de veroordeelde. Die beslissing was volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk nu ‘(...) het in feite de betrokkene was die bevoordeeld is door de overboekingen naar [de rechtspersoon; MB/JS] en die de gelden ten eigen bate kon aanwenden.’ Het gegeven dat de veroordeelde feitelijk kon beschikken over de verdiensten uit de handel in cocaïne was voldoende om aan te nemen dat het op de bankrekening van de rechtspersoon ‘gestalde’ geld een wederrechtelijk voordeel van de veroordeelde was.

HR 21 september 2004, DD xx.1, gaat over de ontneming bij een natuurlijke persoon van voordeel dat primair is verkregen door een commanditaire vennootschap.²⁷ Dit voordeel bestond uit een besparing van kosten. Die vermogensbesparing had in dit geval naar het oordeel van het hof, via een BV die optrad als beherend vennoot van de commanditaire vennootschap, geleid tot voordeelsverkrijging door de natuurlijke persoon, zijnde de enig directeur/aandeelhouder van de BV. Onder noemer van een lening, waaraan ongebruikelijk gunstige condities voor de enig directeur/aandeelhouder waren verbonden, had de BV gelden aan hem uitgekeerd. Het oordeel van het hof doorstaat de toetsing van de Hoge Raad, niet omdat – zoals de verdediging stelde – het hof zou hebben geoordeeld ‘dat het door de rechtspersonen weder-

²³ Zie in dit verband ook de opmerking van Buruma in zijn noot onder HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 507: ‘Niet de schijnconstructie, maar de feitelijke zeggenschap over het geld hoort m.i. doorslaggevend te zijn om tot een billijke voordeelsberekening te komen’.

²⁴ Hetzelfde geldt naar onze mening met het oog op de beslagbevoegdheid van art. 94a, leden 1 en 2, Sv. Zie nader M.J. Borgers & J.B.H.M. Simmelink, ‘Schijnoplossingen voor schijnconstructies’, *DD* 2002, p 1064-1085.

²⁵ Kennelijk als sluitstuk van een witwastraject.

²⁶ Niet duidelijk is of de veroordeelde ook enig aandeelhouder was.

²⁷ Zie voor de strafzaak: HR 21 september 2004, *NJ* 2004, 641.

rechtelijk verkregen voordeel zonder meer heeft te gelden als voordeel dat door de betrokkene is verkregen', maar omdat het hof heeft aangenomen dat de veroordeelde 'zelf daadwerkelijk voordeel heeft verkregen uit de door de rechtspersonen en hemzelf begane strafbare feiten'. Het hof beschouwde de lening als een – door de besparing van kosten binnen de CV mogelijk geworden - uitdeling aan de directeur/aandeelhouder van de BV. Binnen de complexe vennootschappelijke structuur heeft het hof stap voor stap de verschuiving van het voordeel van de commanditaire vennootschap, via de BV naar de natuurlijke persoon in kaart gebracht.

De arresten DD xx.1 en DD xx.4 maken tezamen duidelijk dat het bij de ontneming van voordeel in complexe verhoudingen tussen natuurlijke en rechtspersonen niet noodzakelijk is om vereenzelvigingsconstructies aan te leggen. Met een zorgvuldig uitgestippeld vervolgings- en ontnemingsbeleid en deugdelijk uitgevoerd financieel onderzoek bestaan voldoende mogelijkheden tot ontneming van het 'daadwerkelijk' – feitelijk – door een rechtspersoon of natuurlijk persoon verkregen wederrechtelijk voordeel.