

## Oplossingen voor niet bestaande problemen met de ontneming van voordeel

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

*Published in:*  
Nederlands Juristenblad

*Publication date:*  
2005

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Borgers, M. J., & Simmelink, J. B. H. M. (2005). Oplossingen voor niet bestaande problemen met de ontneming van voordeel. 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.

## Oplossingen voor niet bestaande problemen met de ontneming van voordeel

Het stellen van vragen aan ministers, de bevoegdheid tot amendering van wetsvoorstellen en het recht tot initiatief zijn belangrijke hoekstenen van onze parlementaire democratie. Maar wie kennis neemt van de dagelijkse stroom van parlementaire stukken uit Den Haag, zal regelmatig verbaasd zijn – een enkele keer zelfs verbijsterd – over de wijze waarop met deze constitutionele verworvenheden wordt omgesprongen. We hebben het dan niet alleen over het feit dat een substantieel deel van de kamer-vragen *linea recta* wordt ontleend aan een bekende landelijke ochtendkrant, zonder dat de vragensteller er blijk van geeft eerst zelf een onderzoek naar de vermeende misstanden te hebben ingesteld. Ook de onderwerpen van de vragen doen onze wenkbrauwen nog wel eens fronsen. Moet de minister nu werkelijk de kamer voorlichten over de aanschaf van Hongaarse paarden door de Nederlandse politie? Is 'verkrachting van paarden' een prangend en actueel probleem in een land waar dieren mishandeling en schennis van de eerbaarheid al lang strafbaar zijn?<sup>1</sup> Ook amendementen zijn soms onnavolgbaar. Bij wijze van amendement is voorgesteld om de termijn van de vervolgingsverjaring voor alle misdrijven maar af te schaffen, omdat de misdrijven in het Wetboek van Strafrecht volgens de opsteller 'alle gekwalificeerd kunnen worden als ernstige strafbare feiten'.<sup>2</sup> Meent de betrokkene werkelijk dat ieder misdrijf uit het Wetboek van Strafrecht, van de rustverstoring van artikel 142 Sr tot de eenvoudige belediging van artikel 266 Sr, tot in lengte van dagen vervolgbaar moet zijn? In dit verband kan ook worden gewezen op de lotgevallen van het wetsvoorstel 28 484, waarvan de kern in oorsprong bestond uit een aanpassing van de maximumstraffen ter zake van culpoze delicten. Door een stortvloed aan – grotendeels door de Tweede Kamer aanvaarde – amendementen heeft dit wetsvoorstel bizarre trekken aangenomen. Wat doet bijvoorbeeld de uitbreiding van de rechtsmacht met betrekking tot vrouwenbesnijdenis in dit wetsvoorstel? Een ander voorbeeld is de uitbreiding van het tweede lid van artikel 359 Sv bij amendement, waardoor – zonder dat duidelijk wordt wat de noodzaak daarvoor is – het wettelijke stelsel van motiveringsverplichtingen overhoop wordt gehaald.<sup>3</sup> Waar het gaat om dubieuze initiatiefwetsvoorstellen, wijzen wij op een recentelijk in de media aangekondigd initiatiefwetsvoorstel van de kamerleden Van Haersma Buma en Wolfsen.<sup>4</sup> De aanleiding daarvoor is gelegen in een vonnis van een rechter over de ontneming van voordeel, waarin blijkens een krantenbericht de rechter bij de ontneming van het voordeel van een overval zou hebben beslist dat de aanschaf van het vuurwapen waarmee de overval was gepleegd als 'aftrekbare kosten' in mindering moeten worden gebracht op het uit de overval behaalde voordeel.<sup>5</sup> Volgens het bericht in de krant zou de rechtbank de overval zelf 'een vergoeding van 2000 euro' hebben toegekend. Toe maar. Het lijkt wel bijzondere bijstand voor een armlastige boef. In eerste instantie werd volstaan met enkele kamervragen over deze kwestie.<sup>6</sup> Aangezien de – toegegeven: wat oppervlakkige – antwoorden van de Minister van Justitie de kamerleden niet tevreden konden stellen,

was een initiatiefwetsvoorstel kennelijk op zijn plaats. In dit wetsvoorstel moeten, aldus de berichtgeving, enige kwesties worden geregeld. Op de eerste plaats wordt het vraagstuk van aftrek van kosten geëlimineerd. Deze aftrek 'moet gewoon niet mogelijk zijn, daarom gaan wij het helder regelen', zo zou één van de kamerleden hebben gezegd. Vervolgens moet in zaken waarin een veroordeelde een aanzienlijk wederrechtelijk voordeel heeft genoten, worden uitgegaan van een verplichting tot instelling van een ontnemingsprocedure. Voorts moet – en dat is een jaarlijks terugkerende wens van politici – in die procedure de bewijslast omgedraaid gaan worden. De bewijslast wordt bij de crimineel gelegd: 'het vermogen wordt dan geacht uit misdaad te zijn verkregen, tenzij de crimineel het tegendeel bewijst'. Verder moet die procedure een ruime termijn kunnen beslaan; indien nodig zelfs tien jaar. Die termijn moet bevorderen dat de hand kan worden gelegd op vermogensbestanddelen die eerder slim zijn weggezet en na verloop van tijd weer in handen komen van de veroordeelde. Het klinkt allemaal heel daadkrachtig, maar dat neemt niet weg dat het beoogde initiatiefwetsvoorstel op meerdere onjuiste veronderstellingen rust.

### De aftrek van kosten

Bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving is de kwestie van de aftrek van kosten aan de orde geweest. De wetgever heeft het destijds gelaten bij de opmerking dat de rechter kosten moet aftrekken voorzover dat redelijk is. In aansluiting hierop is een genuanceerde jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen.<sup>7</sup> Uitgangspunt hierin is dat kosten alleen maar voor verrekening in aanmerking komen als deze in 'directe relatie' staan tot de voltooiing van het strafbare feit. Ook in gevallen waarin deze 'directe relatie' tussen kosten en voltooiing van het delict aanwezig is, kan de rechter beslissen dat de redelijkheid meebrengt dat die kosten voor rekening van de veroordeelde moeten blijven. De kosten van aanschaf van verdovende middelen of van hennepsteken bij de ontneming van voordeel ter zake van de handel in die middelen, zijn op grond van deze jurisprudentie in beginsel vatbaar voor aftrek. Anders ligt het evenwel met de aanschaf van duurzame goederen voor de hennepsteelt, zoals lampen, plantenbakken, enz. De kosten voor aanschaf van dergelijke voorwerpen zijn in beginsel *niet* vatbaar voor verrekening, hooguit de afschrijvingskosten. Op basis van deze jurisprudentie is een beslissing van de rechter waarbij de aanschaf van het vuurwapen in mindering mag worden gebracht op het uit de overval behaalde voordeel zonder meer onjuist. Dat kan desgewenst door het instellen van een rechtsmiddel worden gecorrigeerd. Een rigoureuze wetswijziging, met een categorische uitsluiting van kostenaftrek, is niet op zijn plaats. Bovendien leert een blik op het Duitse recht, waarin op een gegeven moment is gekozen voor een uitsluiting van kostenaftrek, dat een dergelijke wijziging tot veel debat en veel onduidelijkheid voor de praktijk heeft geleid.<sup>8</sup>

1. *Aanhangsel Kamerstukken II* 2003/04, nr 2307, respectievelijk *Aanhangsel Kamerstukken II* 2003/04, 1257 en 1259 (en het vervolg daarop *Kamerstukken II* 2004/05, 28 286, nr 23).
2. *Kamerstukken II* 2004/05, 28 495, nr 12.
3. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr 8.
4. *De Volkskrant*, 5 maart 2005, p. 3. Zie ook *NRC Handelsblad*, 4 maart 2005, p. 3.
5. Het gaat om een bericht uit *De Telegraaf* van 24 januari 2005. Enig spoorwerk wees uit dat het gaat om een vonnis van Rb. Breda 7 december 2004, parketnr 00 4546/02.
6. *Aanhangsel Kamerstukken II* 2004/05, nr 1022, 1023 en 1024.
7. Zie HR 8 juli 1998, *NJ* 1998, 841, m.nt. Sch, en HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 124, m.nt. PME.
8. Ook het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich over de wetswijziging moeten uitspreken, BVerfG 14 januari 2004 (2 BvR 564/95).

## De 'omkering van de bewijslast'

Over de voorgestelde omkering van de bewijslast kunnen we kort zijn. Nog afgezien van allerlei door de Hoge Raad ontwikkelde stel- en adstructieplichten voor de verdachte,<sup>9</sup> biedt artikel 36e lid 3 Sr de mogelijkheid om in de wat meer ernstige gevallen de verdachte te confronteren met een ontnemingsverordering, die hoofdzakelijk is gebaseerd op het bij hem aangetroffen vermogen waarvoor geen legale bron kan worden aangewezen. Het openbaar ministerie hoeft dan niet concreet aan te tonen uit welke strafbare feiten dat vermogen precies is verkregen. Het is aan de verdachte om de *veronderstelde* illegale herkomst van het geld te ontzenuwen.<sup>10</sup> Hoewel er technisch-juridische redenen zijn om dit niet een (volledige) omkering van de bewijslast te noemen, gaat het om een bewijsregime dat tegemoet komt aan de wensen van de kamerleden. Bovendien bestaat het gevaar dat bij stellen van (nog) verdergaande eisen aan de verdachte dan thans het geval is, de grenzen van artikel 6 EVRM worden overschreden.<sup>11</sup>

## Ontnemingsverplichting

Het ontgaat ons waarom in de wet moet worden bepaald dat het openbaar ministerie in zaken waarin een aanzienlijk voordeel is behaald verplicht is een ontnemingsprocedure te beginnen. De huidige wettelijke regeling biedt in principe de mogelijkheid voor het door de kamerleden wenselijk geachte ontnemingsbeleid. Of dat dan ook een verantwoord beleid is, is nog maar de vraag. De beruchte tien zaken-norm heeft in het verleden heel wat weerstand tegen de ontneming van voordeel opgeroepen. Die weerstand treft men nog steeds aan in de praktijk. Wie een herhaling van de geschiedenis wil voorkomen, kiest niet voor verplichte ontneming.

## TBS-verlenging zonder stoornis?

Van der E. is op 17 november 1998 door het Gerechtshof Leeuwarden veroordeeld tot zes jaar gevangenisstraf plus TBS voor een tweevoudige moord. Deskundigen van het PBC hebben destijds een psychose vastgesteld en achtten haar daarom sterk verminderd toerekeningsvatbaar. Op basis van deze diagnose heeft het hof haar tot TBS veroordeeld.

In 2004 diende voor de Rechtbank Leeuwarden de TBS-verlengingszaak. De uitspraak van de rechtbank op 5 augustus 2004 luidde dat zij de TBS niet verlengt omdat de deskundigenberichten niet de conclusie rechtvaardigen dat er bij betrokkene sprake is van een gebrekkige ontwikkeling of een stoornis van de geestvermogens. De officier van justitie is tegen deze beslissing in beroep gegaan. Op 25 oktober 2004 heeft het Gerechtshof Arnhem bepaald dat de TBS met twee jaar verlengd moet worden. Het hof oordeelde dat er sprake is van recidivegevaar en achtte het voldoende aannemelijk dat er sprake is van enige vorm van gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis.

In deze bijdrage wordt ingegaan op het oordeel van de rechtbank (vonnis 17 februari 2004) dat *verlenging van TBS ook mogelijk is op basis van een stoornis die niet dan wel niet op de voorgrond aanwezig was ten tijde van*

## Termijn

De bepleite lange periode voor de ontnemingsprocedure gaat langs het eigenlijke probleem heen. Dat is namelijk niet de oplegging van een ontnemingsmaatregel door de rechter, maar de tenuitvoerlegging van de beslissing als het voordeel lijkt te zijn 'verdwenen' (slim weggezet, witgewassen). Dat probleem kan niet worden opgelost door meer tijd te reserveren voor de ontnemingsprocedure. Wel bieden bevoegdheden voor het openbaar ministerie om bij de tenuitvoerlegging van vermogenssancties onderzoek te kunnen doen naar de vermogenspositie van een veroordeelde interessante mogelijkheden. Zo vergroot een 'strafrechtelijk financieel onderzoek' ten behoeve van de tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen de incassokans; alleen gesleutel aan termijnen leidt tot niets.

Wij komen tot geen andere slotsom dan dat de kamervragen over de verrekening van kosten en het initiatiefwetsvoorstel zijn ingegeven door een gebrek aan inzicht over de onderliggende materie en de behoeften van de ontnemingspraktijk. Helaas heeft de minister de zorgen van de kamerleden niet kunnen wegnemen. Dat laat onverlet dat er geen enkele aanleiding bestaat om 'oplossingen' te bedenken voor problemen die helemaal niet bestaan. Sterker nog: de voorgestelde wijzigingen roepen juist problemen op die nu niet bestaan. Dat is hoogst onverstandig en zeker niet de taak van de wetgever.

*M.J. Borgers en J.B.H.M. Simmelink*  
(beiden als UHD verbonden aan de vakgroep strafrechtswetenschappen UvT)

9. Vgl. bijvoorbeeld HR 25 juni 2002, NJ 2003, 97, m.nt. PMe, en HR 20 januari 2004, NJ 2004, 240, m.nt. PMe.
10. HR 28 mei 2003, NJ 2003, 96, m.nt. PMe.
11. EHRM 5 juli 2001, nr 41087/98, *Reports of Judgments and Decisions 2001-VII*.

*de oplegging van de tbs* en het oordeel van het hof (arrest 25 oktober 2004) dat *voor TBS-verlenging überhaupt geen stoornis vereist is*.

De vraag naar de aard en de relevantie van de stoornis voor TBS-verlenging is in deze zaak zo nadrukkelijk aan de orde geweest, omdat alle deskundigen<sup>1</sup> het er over eens waren dat Van der E. momenteel niet psychotisch is en dat de afgelopen zes jaar ook niet is geweest. Wel verschilden zij van mening over de vraag hoe waarschijnlijk het is dat zij ooit psychotisch is geweest en ook over de vraag wat het risico is dat zij (weer) psychotisch wordt. De kliniek lijkt dat risico hoger in te schatten dan de drie externe deskundigen. De discussie over het al dan niet aanwezig zijn van een stoornis verplaatste zich van vragen met betrekking tot de psychose naar de vraag of Van der E. lijdt aan een persoonlijkheidsstoornis.<sup>2, 3</sup>

## TBS-verlenging op grond van een andere stoornis?

Zoals hierboven reeds is aangegeven, zijn zowel rechtbank als hof van mening dat het voor TBS-verlenging niet noodzakelijk is dat de oorspronkelijke stoornis, op basis waarvan TBS is opgelegd, nog aanwezig is. In haar vonnis d.d. 17 februari 2004 stelt de rechtbank dat 'verlenging van de tbs ook mogelijk is

1. Het gaat hier om verschillende deskundigen van Oldenkotte, een deskundige van de verdediging en twee onafhankelijke deskundigen.
2. De kliniek oordeelde in het schriftelijke verlengingsadvies dat er sprake is van een paranoïde persoonlijkheidsstoornis met theatrale en narcistische trekken,

maar tijdens de zittingen werd deze diagnose gewijzigd in persoonlijkheidsstoornis Niet Anderszins Omschreven (NAO). De deskundige die op verzoek van de verdediging contra-expertise verrichtte, oordeelde dat er geen sprake is van een stoornis. Ook twee door de Rechtbank aangestelde deskundigen oordeelden dat er geen sprake is van een stoornis,

maar wel van narcistische en paranoïde persoonlijkheidskenmerken. Ook het oordeel over het recidiverisico liep uiteen. De deskundigen van de kliniek achtten dat, op grond van klinische factoren, onverminderd hoog. De externe deskundigen kwamen, mede op basis van historische factoren, tot veel lagere inschattingen.