

Openbaar Ministerie

College van procureurs-generaal

Voorzitter

sup foto

m.v.j. DOWIAU

L → DW

Postadres: Postbus 20305, 2500 EH Den Haag ,

Aan de Minister van Justitie
De heer dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Bezoekadres:
Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 70 33 99 600
Telefax +31 70 33 99 854

Door Reg. DSC kopie gezonden
aan DOWIAU

Ministerie van Justitie
DBOB/DIV/OAB/AL-OD

Dossier _____

Datum 11 NOV. 2008

Nummer OD/5573714

Ambt. _____

K19/11

Onderdeel	Handhavingsbeleid
Contactpersoon	mr. C.J. Glorie
Doorkiesnummer(s)	070-3399804
E-mail	c.j.glorie@om.nl
Datum	16 oktober 2008
Ons kenmerk	PaG/HB/13204
Uw kenmerk	5552643/08/6
Bijlage(n)	1
Onderwerp	Advies wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen.

11/12

Geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 30 juni jl. heeft u het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over een conceptwetsvoorstel, houdende een wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter verbetering van de toepassing van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (verruiming mogelijkheden voordeelontneming). Dit wetsvoorstel strekt tot het wegnemen van enkele knelpunten die in de praktijk van de uitvoering van de ontnemingswetgeving zijn gebleken. Het beoogt daarmee uitvoering te geven aan het Coalitieakkoord¹. Het College heeft met belangstelling van het wetsvoorstel kennis genomen en is gaarne bereid hierover te adviseren.

Omkering van de bewijslast

Het College stelt zich op het standpunt dat het afnemen van crimineel vermogen als sluitstuk op en succesfactor voor de bestrijding van de georganiseerde misdaad dient te worden beschouwd. Met het doeltreffend afnemen van crimineel vermogen kan worden bereikt dat de opbrengsten uit de criminaliteit niet langer ontwrichtend kunnen werken op de maatschappij. Een crimineel kan het hardst worden getroffen in zijn vermogenspositie. Alvorens in te gaan op hetgeen wel in het wetsvoorstel is opgenomen, wenst het College daarom stil te staan bij het feit dat het wetsvoorstel

¹ TK 2006-2007, 30891, nr. 4

geen voorstel bevat voor wat kortweg wordt genoemd 'de omkering van de bewijslast'. Dit betekent een benadering vanuit een ander perspectief.

In de praktijk wordt het als een groot probleem ervaren dat de ontnemingswetgeving is ontworpen en jurisprudentie is gevormd als afgeleide van het strafrecht. De dader en het strafbare feit staan centraal, ook als het gaat om het afnemen van crimineel vermogen.

Het College is voorstander van een omkering van de bewijslast naar Engels voorbeeld. In de Engelse wetgeving is voor een aantal delicten, waaronder de Opiumwet, bepaald dat bij veroordeling daarvoor er sprake is van een 'criminele levensstijl'. Dit houdt in dat er bij die delicten van uit wordt gegaan dat **alle** uitgaven die de verdachte in een periode van zes jaar vóór de strafbare feiten heeft gedaan, zijn betaald met gelden van criminele herkomst. De verdachte of veroordeelde heeft het recht van tegenbewijs. Voordeel van omkering van de bewijslast ten opzichte van het Nederlandse systeem van de vermogensvergelijking/ kasopstelling is dat de periode en de mogelijkheden om crimineel vermogen af te nemen zonder meer worden uitgebreid. Juist in die gevallen dat er geruime tijd voordat de strafbare feiten zijn gepleegd, (illegaal) vermogen is opgebouwd, hoort de bewijslast onder omstandigheden bij de veroordeelde te liggen. Het is tevens in de fase van onderzoek eenvoudiger om te komen tot een vaststelling van hetgeen kan worden afgenomen, doordat de veroordeelde de bewijslast heeft van de legale bron.

In de praktijk kan het ook lastig zijn de criminele herkomst van geld aan te tonen, indien er ingewikkelde financiële netwerken zijn opgebouwd om de herkomst van het geld te versluieren.

Voor deze zaken kan de omkering van de bewijslast aanzienlijke voordelen opleveren, ook doordat de capaciteit van de opsporing en vervolging dan gericht kan worden inzet, namelijk als reactie op het bewijs van de veroordeelde.

Overigens dient zeker ook aandacht besteed te worden aan het afschaffen van het zogenaamde "afkomstvereiste" (art. 94a lid 3 Sv), teneinde in de gevallen van schijnconstructies beslag te kunnen leggen. Zie voor een nadere uitleg de paragraaf "anderbeslag" in dit advies. Hiermee kan worden gewaarborgd dat er ook feitelijk meer crimineel vermogen wordt afgenomen.

In het Coalitieakkoord staat: "Structurele aandacht voor de 'vermogenskant' van georganiseerde misdaad is cruciaal: waar blijft het geld dat met misdaad wordt verdiend, hoe kan 'niet legaal verklaarbaar' vermogen effectief worden afgepakt?". Een omkering van de bewijslast, met de mogelijkheid van tegenbewijs door de veroordeelde, zoals in Engeland is ingevoerd, kan de effectiviteit van het afnemen van crimineel vermogen substantieel vergroten.

Het College is derhalve van oordeel dat het aspect van de omkering van de bewijslast in ontnemingszaken node wordt gemist en adviseert nadrukkelijk alsnog een voorstel ter zake in het onderhavige wetsvoorstel op te nemen.

Over het thans voorliggende wetsontwerp wenst het College nog de volgende opmerkingen te maken.

Afnemen en ontnemen

Verschillende onderdelen van het conceptwetsvoorstel berusten op de gedachte dat bij de toepassing van de ontnemingswetgeving niet zozeer de aard van het strafbare feit aanknopingspunt moet zijn voor ontneming en de toepassing van hieraan gerelateerde bevoegdheden (het sfo en het conservatoire beslag), maar dat het (vermoedelijk) verkregen zijn van een substantieel wederrechtelijk verkregen voordeel vertrekpunt dient te zijn voor de normering van de ontnemingsmaatregel en de strafvorderlijke bevoegdheden om te komen tot oplegging en tenuitvoerlegging daarvan. Deze gedachte spreekt uit de wijziging van de leden twee en drie van art. 36e Sr en de verruiming van de mogelijkheden tot het instellen van een sfo en het leggen van conservatoir beslag. Deze benadering kan worden onderschreven. Hetzelfde geldt voor opmerkingen in de conceptmemorie van toelichting over de samenhang tussen ontneming, verbeurdverklaring en afroomboetes. Terecht wordt geconstateerd dat de doeleinden van de ontneming ook kunnen worden gerealiseerd met de verbeurdverklaring van voorwerpen en/of de oplegging van een geldboete. Met name bij de kleinere vergrijpen ligt dit 'alternatieve' traject om te komen tot confiscatie van crimineel gewin meer voor de hand dan een strafzaak gevolgd door een ontnemingsprocedure.

Tegen deze achtergrond zou het voor de hand hebben gelegen als in het conceptwetsvoorstel expliciet aandacht zou zijn besteed aan de huidige mogelijkheden en begrenzings van de verbeurdverklaring. Op dit punt is van belang dat de mogelijkheden tot confiscatie van crimineel gewin door middel van de verbeurdverklaring zijn beperkt tot de voorwerpen die 'geheel of grotendeels door middel van het strafbare feit zijn verkregen'. Het gevolg is dat een aantoonbare omzetting van de buit (bijvoorbeeld de aanschaf van een auto met de opbrengst van diefstal) niet vatbaar is voor verbeurdverklaring. Juist bij eenvoudige relatief lichte strafbare feiten zou met deze mogelijkheid tot verbeurdverklaring het criminele profijt kunnen worden ontnomen en de noodzaak tot het voeren van een afzonderlijke ontnemingsprocedure ontvallen. Om deze reden adviseert het College om art. 33a, lid 1 onder a Sr te wijzigen in die zin dat het afkomstvereiste komt te luiden: 'geheel of grotendeels door middel van of uit de baten van het strafbare feit zijn verkregen'. Weliswaar was artikel 33a Sr in 1993 juist gewijzigd teneinde een scherpere afbakening te krijgen tussen verbeurdverklaring en ontneming, maar deze afbakening wordt als erg kunstmatig ervaren. De voorgestelde wijziging van art. 33a, lid 1 onder a Sr zal extra kansen scheppen voor het afnemen in bredere zin.

Art. 36e lid 2 Sr

Voorgesteld wordt om de onderscheidingen in art. 36e lid 2 Sr tussen het feit waarvoor

is veroordeeld, soortgelijke feiten en feiten die zijn bedreigd met de vijfde geldboetecategorie te vervangen door 'andere feiten'. De consequentie is dat op basis van het voorgestelde tweede lid ieder strafbaar feit in de ontnemingsbeslissing kan worden betrokken, mits voor dit feit 'voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan'. In par. 5.2 van de conceptmemorie van toelichting wordt vermeld dat deze wijziging van artikel 36e lid 2 aanleiding is om te voorzien in een aanvullende motiveringsplicht voor de rechter om 'te voorkomen dat andere feiten die in een te ver verwijderd verband staan tot het feit waarvoor wel een veroordeling plaats had te lichtvaardig in de berekening van het voordeel worden betrokken.' Wat hiermee wordt bedoeld is niet duidelijk. Uit de bewoordingen lijkt zelfs een strenger criterium te klinken dan besloten ligt in het geschrapte criterium van feiten van de vijfde geldboetecategorie. Voor toepassing van deze bestaande ontnemingsmogelijkheid is geen enkel verband vereist tussen het feit van veroordeling en het in de ontnemingsbeslissing te betrekken feit bedreigd met de vijfde geldboetecategorie. Uit de bewoordingen ter toelichting van de voorgestelde motiveringsplicht lijkt te volgen dat er in beginsel een niet te verwijderd verband tussen de verschillende feiten mag bestaan. Dit doet dan de vraag opkomen wat met het 'criterium' van het 'te ver verwijderd verband' wordt bedoeld. Verder wijst het College er op dat de aangehaalde zinsnede niet aansluit bij de formulering van de in art. 511e Sv op te nemen motiveringsplicht. Deze plicht noopt de rechter tot nadere motivering van de beslissing betreffende het bestaan van 'voldoende aanwijzingen'.

Rentevoordeel als vervolgprofijs

De door de Staat te vergoeden rente over conservatoir in beslag genomen vermogensbestanddelen of over de vervangende zekerheidstelling kan — maar dan wel met de niet in de voorgestelde regeling tot uitdrukking gebrachte clausulering: onder omstandigheden — worden beschouwd als een 'vervolgprofijs' dat vatbaar is voor ontneming. Strikt genomen hoeft deze gedachte niet in een wettelijke regeling tot uitdrukking te worden gebracht, aangezien in de rechtspraak de door de Staat te vergoeden rente al wordt aangemerkt als een 'vervolgprofijs'. Een randvoorwaarde daarvoor is dan wel dat de conservatoir in beslag genomen vermogensbestanddelen of de in de plaats daarvan gekomen zekerheidstelling het wederrechtelijk verkregen voordeel representeren. Is van een dergelijke representatie geen sprake, dan kan moeilijk van een 'vervolgprofijs' — te verstaan als het voordeel dat iemand alleen heeft kunnen behalen met behulp van het primaire wederrechtelijk verkregen voordeel — worden gesproken. Hierin schuilt het bezwaar tegen de voorgestelde in art. 36e lid 4 Sr op te nemen regeling. De hoofdregel is dat met de vergoeding van rente de waarde van het verhaalsobject stijgt. Denk aan het conservatoir beslag op een banksaldo. Met de door de bank te betalen rentevergoeding groeit het vermogen waarop (civielrechtelijk) een vordering of (strafrechtelijk) een ontnemingsmaatregel kan worden verhaald. Naar strafrechtelijke maatstaven is een afwijking van deze hoofdregel gerechtvaardigd als de

conservatoir in beslag genomen voorwerpen het voordeel 'representeren'. De rentevergoeding kan dan worden aangemerkt als een vervolgprofijt dat zelfstandig vatbaar is voor ontneming. Hierbij maakt het niet uit of het 'voorwerp' berust onder een derde (bijv. de bank bij beslag op een banksaldo) of de Staat. Voor een voorziening waarbij de door de Staat te betalen rentevergoeding van rechtswege wordt beschouwd als een 'vervolgprofijt', ook in die gevallen waarin niet kan worden vastgesteld dat de betrokken vermogensbestanddelen het voordeel representeren, dient een bijzondere rechtsgrond te kunnen worden aangewezen. Die rechtsgrond is er niet. Om deze reden kan de voorgestelde voorziening beter worden geschrapt.

Het voorgaande wil niet zeggen dat aan een voorziening in de richting van de voorgestelde uitbreiding van art. 36e lid 4 Sr geen behoefte bestaat. Die behoefte is er wel degelijk, maar dan toegespitst op de volgende situatie. In het vooronderzoek is er conservatoir beslag gelegd op gelden die het voordeel representeren. In eerste aanleg en in hoger beroep van het ontnemingsgeding is bepaald dat de over het in beslag genomen geld te betalen rentevergoeding als 'vervolgprofijt' wordt aangemerkt. Het hof heeft dit vervolgprofijt in de opgelegde ontnemingsmaatregel betrokken. Vervolgens gaat de veroordeelde in cassatie. De inzending van de stukken vanwege het hof naar de Hoge Raad laat even op zich wachten. Vervolgens blijft de veroordeelde nalatig in het indienen van cassatiemiddelen, met als gevolg dat het beroep in cassatie uiteindelijk niet-ontvankelijk wordt verklaard. In deze casus heeft het hof wel rekening kunnen houden met het 'vervolgprofijt' dat na de eerste aanleg en tot op de datum van het wijzen van arrest door het hof is opgebouwd, maar vanzelfsprekend niet met het vervolgprofijt dat is verkregen in afwachting van het oordeel van de Hoge Raad. Hetzelfde geldt indien hoger beroep of cassatie is ingesteld en dit (veel later) wordt ingetrokken.

In vermogenrechtelijke zin komt deze rentevergoeding toe aan de veroordeelde en zij is een vermogensbestanddeel waarop de opgelegde ontnemingsmaatregel kan worden verhaald. Het College acht het een substantiële verbetering als voor de geschetste situatie in een wettelijke regeling tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechter verplicht is om, indien inbeslaggenomen gelden het voordeel belichamen, het vervolgprofijt tot aan de dag der voldoening te ontnemen.

Verhouding art. 94a lid 1 en 94a lid 2

In het conceptwetsvoorstel is voorgesteld in artikel 94a lid 2 Sv het vereiste van een verdenking van een misdrijf van de vijfde geldboetecategorie los te laten. Dit is echter niet voorgesteld voor lid 1 (het geldboetebeslag). Niet valt in te zien waarom het vijfde geldboetecategorievereiste moet blijven gelden voor het geldboetebeslag. Deze incongruentie levert onverklaarbare verschillen op in verband met de verwijzingen in de leden 3 en 4 van 94a Sv.

Sluiting SFO

Het voorgestelde derde lid van art. 511b Sv (Art. II onderdeel C van het conceptwetsvoorstel) beoogt de procedure van sluiting van het sfo en het doen van de ontnemingsvordering te vereenvoudigen. Volgens het voorstel vervalt de beslissing van de officier van justitie tot sluiting van het sfo en hoeft deze beslissing niet meer afzonderlijk aan de veroordeelde te worden betekend. In principe kunnen deze vereenvoudigingen positief worden gewaardeerd, omdat het juridische bestaansrecht van het vereiste van gelijktijdige betekening van de beslissing tot sluiting van het sfo met de ontnemingsvordering kwestieus is. Het College meent echter dat een beëindiging van het sfo van rechtswege op het moment dat de ontnemingsvordering aan de veroordeelde wordt betekend voor de ontnemingspraktijk geen gelukkige keuze is. De verplichte sluiting van het sfo is immers ook aan de orde als de ontnemingsvordering wordt gedaan vanwege de twee jaarstermijn van art. 511b lid 1 Sv en de eerste zitting in verband met de omvang en ingewikkeldheid van de zaak een pro forma-karakter heeft. In afwachting van de zitting komt het financiële onderzoek dan stil te liggen. Hetzelfde effect treedt op als de rechtbank gebruik maakt van de mogelijkheid van schriftelijke voorbereiding van de ontnemingsprocedure (art. 511d Sv) en de eerste zitting in het teken staat van 'regie': het bepalen van termijnen waarop officier van justitie en verdediging geacht worden schriftelijke stukken te wisselen. Deze schriftelijke voorbereiding duurt in de praktijk al gauw 5 tot 6 maanden. In deze periode kan behoefte bestaan aan nader financieel onderzoek, bijvoorbeeld naar aanleiding van producties van de verdediging. De verplichte sluiting van het sfo staat aan uitvoering van dat onderzoek in de weg. Om deze reden adviseert het College om een voorziening te treffen op basis waarvan het sfo wordt gesloten uiterlijk voor de zitting waarop de rechtbank met de inhoudelijke behandeling van de ontnemingsvordering begint.

Executieonderzoek

Het College heeft met instemming kennis genomen van het voorgestelde art. 577ba Sv (Art. II onderdeel F van het conceptwetsvoorstel). Op introductie van een onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde ter executie van de ontnemingsmaatregel is in de literatuur al lang aangedrongen (vgl. P. Everaars e.a., Ontnemingswetgeving in perspectief, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 148-149. Deze mogelijkheid tot onderzoek voldoet aan een grote behoefte in de praktijk.

Het College stelt echter vast dat onderdelen van het voorgestelde art. 577ba voor verbetering vatbaar zijn:

A. Overlegging beslaglijst

Op de eerste plaats ziet de mogelijkheid tot verbetering op het eerste lid, in het bijzonder de aanduiding dat art. 126 lid 4 Sv van overeenkomstige toepassing is. Voor zover dit betreft de eis dat de vordering van de officier van justitie met redenen moet

zijn omkleed, is dit geen probleem. Wel rijst de vraag wat de zin is van de eis dat de officier van justitie bij zijn vordering een lijst moet overleggen met daarop vermeld de voorwerpen die op grond van art. 94a Sv in beslag zijn genomen. Het is de vraag wat de zin is van een dergelijke opgave, zeker nu het conservatoire beslag is overgegaan in executoriaal beslag (art.574 lid 2 jo art 577b Sv) en de voorwerpen wellicht al zijn uitgewonnen. Zinvoller lijkt het de officier van justitie te verplichten mededeling te doen van het deel van de ontnemingsmaatregel dat nog niet is betaald of verhaald. Aan de hand van die opgave kan de rechter-commissaris toetsen of het executieonderzoek, afgemeten aan de oorspronkelijk opgelegde ontnemingsmaatregel, proportioneel is en welke onderzoeksactiviteiten kunnen worden toegestaan. Om deze redenen wordt voorgesteld de laatste zin van het voorgestelde art. 577ba lid 1 te vervangen door de volgende zinnen: 'De vordering van de officier van justitie is met redenen omkleed. In de vordering vermeldt de officier van justitie de hoogte van de ontnemingsmaatregel die aan de veroordeelde is opgelegd en het bedrag dat de veroordeelde ter voldoening van de betalingsverplichting heeft betaald.'

B. Criterium

Het tweede punt waar de vinger op kan worden gelegd betreft de bepaling in het tweede lid van het voorgestelde art. 577ba, dat de rechter-commissaris de machtiging slechts verleent als 'aannemelijk is dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren' waarop verhaal kan worden genomen. Met deze eis 'wordt voorkomen dat voor de inzet van deze bevoegdheden enkel aansluiting zou worden gezocht bij de vaststelling dat er een vordering van de Staat op de veroordeelde ligt. Dit zou er immers toe kunnen leiden dat al te lichtvaardig tot de inzet van ingrijpende middelen zou worden overgegaan', aldus de conceptmemorie van toelichting (p. 17). De ingrijpendheid van de bevoegdheden die in het kader van het executieonderzoek naar het vermogen van de veroordeelde kunnen worden ingesteld, verlangt een normering en beperking van dat onderzoek. De vraag is echter op zijn plaats of met de voorwaarde dat 'aannemelijk is dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren' geen regeling wordt getroffen die het karakter heeft van de hond die in zijn eigen staart bijt. Het executieonderzoek is er immers op gericht om onderzoek te doen naar het bestaan van vermogen van de betrokkene die ontkent (voldoende) vermogensbestanddelen te hebben om daarmee aan de opgelegde ontnemingsmaatregel te voldoen. De voorwaarde heeft dan in ultieme gevallen — waarvoor het executieonderzoek in de kern juist bedoeld is — tot gevolg dat geen onderzoek kan worden gedaan ten aanzien van veroordeelden die hun vermogen onzichtbaar hebben gemaakt. De zorgvuldige witwasser wordt dus beloond. Om deze reden kan de voornoemde aannemelijkheidseis beter niet als voorwaarde voor het verlenen van de machtiging door de rechter-commissaris in de wettelijke regeling worden opgenomen. In plaats van deze voorwaarde kan eventueel een zwakker criterium, zoals 'het vermoeden dat aan de veroordeelde voorwerpen toebehoren' als voorwaarde voor een

executieonderzoek in de wettelijke regeling worden genoemd. Het is evenwel gepaster om uit te gaan van het nog openstaande door de veroordeelde te betalen bedrag (zonder een concreet bedrag in de wettelijke regeling te noemen, want dat heeft al snel een arbitrair karakter) en een actief controlerende rechter-commissaris. Op basis van het nog openstaande bedrag kan hij toetsen of het executieonderzoek en de voorgenomen onderzoekshandelingen proportioneel zijn. Deze benadering spreekt ook uit andere onderdelen van het wetsvoorstel en het College ziet niet in waarom deze niet ook bij het executieonderzoek als uitgangspunt zou kunnen worden genomen.

C. Geldigheidsduur machtiging

In het tweede lid van het voorgestelde art. 577ba is bepaald dat de machtiging tot het executieonderzoek voor ten hoogste drie maanden geldig is. Deze termijn lijkt in verband met de aard van het te verrichten onderzoek (analyse van geldstromen, onderzoek van eigendomsverhoudingen) en eventueel noodzakelijke onderzoekshandelingen aan de korte kant. Zeker als het noodzakelijk blijkt om informatie in het buitenland in te winnen (en dat is in omvangrijke zaken al snel aan de orde), is een termijn van drie maanden te kort. Om noodzakelijke verlengingsaanvragen te voorkomen (en daarmee de papierwinkel rondom het executieonderzoek te beperken), lijkt het verstandig een langere maximale termijn te nemen, bijvoorbeeld zes of twaalf maanden. De eventuele verlenging zou ook telkens voor langere periodes moeten kunnen worden verstrekt. In de praktijk zal dan kunnen blijken in welke gevallen van die langere termijnen gebruik wordt gemaakt. Tegen de achtergrond van een actief controlerende rechter-commissaris valt te verwachten dat deze het uitblijven van onderzoeksresultaten zal signaleren en bij de officier van justitie zal aandringen op sluiting van het onderzoek. In dit verband kan zelfs worden overwogen om de rechter-commissaris de bevoegdheid te verlenen op gegeven moment bij het uitblijven van onderzoeksresultaten en het ontbreken van vooruitzicht daarop, zijn machtiging in te trekken.

D. Doel

Een volgend punt betreft de regeling van de bevoegdheden die in het kader van het executieonderzoek kunnen worden uitgeoefend (art. 577ba, derde lid). De regeling maakt duidelijk dat de bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend ten behoeve van 'onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde'. Niet duidelijk is echter met welk doel met name de bevoegdheden tot inbeslagneming en het vergaren van gegevens kunnen worden uitgeoefend. Om dit punt te verduidelijken is een vergelijking met de uitoefening van inbeslagnemingsbevoegdheden in het opsporingsonderzoek op zijn plaats. In het kader van het opsporingsonderzoek staat de uitoefening van deze bevoegdheden in het teken van de doeleinden zoals gespecificeerd in de art. 94 en 94a Sv: inbeslagneming ten behoeve van de waarheidsvinding, voor het aantonen van

wederrechtelijk verkregen voordeel, voor verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer of het veilig stellen van verhaalsobjecten. Een hiermee vergelijkbare doelbinding ontbreekt in de regeling van het voorgestelde art. 577ba lid 3. Hierdoor is het onduidelijk met het oog waarop toepassing kan worden gegeven aan inbeslagnemingsbevoegdheden. De conceptmemorie van toelichting bevat voldoende aanknopingspunten om deze onduidelijkheid van de wettelijke regeling op te heffen. Aan art. 577ba lid 3 kan worden toegevoegd dat de voorgestelde bevoegdheden mogen worden uitgeoefend ten behoeve van het vaststellen van de omvang van het vermogen van de veroordeelde en het in beslag nemen van vermogensbestanddelen waarop overeenkomstig art. 577b Sv verhaal kan worden genomen (vgl. de conceptmemorie van toelichting, p. 15).

In de uitwerking van de bevoegdheden van het executieonderzoek werkt het niet duidelijk voor ogen stellen van het doel van de bevoegdheidsuitoefening door. Weliswaar kunnen in het executieonderzoek inbeslagnemingsbevoegdheden worden uitgeoefend, maar het College meent dat de opstellers van het concept zich onvoldoende bewust zijn geweest van het gegeven dat de uitoefening van beslagbevoegdheden strekt tot tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel. Zo rijst de vraag of in het executieonderzoek uitvoering mag worden gegeven aan een dwangbevel. In de huidige regeling van de tenuitvoerlegging is hiertoe alleen een deurwaarder bevoegd. Indien nu het voorgestelde executieonderzoek wordt ingevoerd, mag de politie dan bij het aantreffen van vermogensbestanddelen deze zelf in beslag nemen of moet hiervoor een deurwaarder worden ingeschakeld? In het laatste geval moet er van worden uitgegaan dat het vermogensbestanddeel na de komst van de deurwaarder verdwenen blijkt te zijn.

E. Welke bevoegdheden

Verder maakt de conceptmemorie van toelichting niet duidelijk waarom bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden wel en andere niet (bijvoorbeeld de doorzoeking van een woning van artikel 110 Sv, infiltratie) mogelijk zijn. Indien het doel van het executieonderzoek en de ten behoeve daarvan uit te oefenen bevoegdheden wordt geëxpliciteerd, zou kunnen worden volstaan met verwijzing naar de bijzondere opsporingsmethoden als bedoeld in Boek I, titel IVA.

F. Nadere uitwerking bevoegdheden

Met de 'van overeenkomstige toepassing' van de artikelen 96 — 102a, 125i — 125n, 126g, 126k — 126nh worden allerlei clausuleringen in die artikelen van toepassing in het executieonderzoek, die in het opsporingsonderzoek zin- en betekenisvol zijn, doch waarvan de strekking in het executieonderzoek diffuus is. Een voorbeeld bieden de artikelen 98 lid 2 en 100 lid 1 Sv: de inbeslagneming of een bevel tot uitlevering kan geen betrekking hebben op 'brieven of geschriften ... die het voorwerp van het

strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend'. Hier is de vraag op zijn plaats waarom deze beperking zou gelden in het executieonderzoek. En op welk strafbaar feit ziet deze beperking: het strafbare feit dat de *aanleiding* vormt voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel of ook het strafbare feit dat in de ontnemingsbeslissing is betrokken? Een ander voorbeeld betreft de artikelen 126g, lid 5, 126k, lid 2 en 126m, lid 2 aangaande de inhoud van het bevel tot observatie, het betreden van plaatsen en het opnemen van telecommunicatie. In het bevel moet opgave worden gedaan van het misdrijf en van de feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat aan de gestelde voorwaarden is voldaan. De zin van deze opgaven in de context van het executieonderzoek is niet aanwezig.

G. Het executieonderzoek — alleen bij 36e lid 3 Sr?

Voor de toepassing van bevoegdheden in het kader van het executieonderzoek is vereist dat 'er een uitspraak op de vordering van het openbaar ministerie als bedoeld in artikel 36e, derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is gedaan' (art. 577ba, lid 3 onder a.). Met deze clausulering wordt het onmogelijk gemaakt om bevoegdheden toe te passen als de ontnemingsbeslissing is gebaseerd op art. 36e lid 2 Sr. De reden voor deze beperking wordt in de conceptmemorie van toelichting niet geëxpliciteerd. De dieper liggende gedachte achter deze beperking is ook niet direct inzichtelijk. Scherper gezegd: deze beperking miskent dat het in de ontnemingspraktijk vaak maar een kwestie van toeval is of een ontnemingsmaatregel is gebaseerd op het tweede of derde lid. Toepassing van het ene of het andere artikellid zegt ook niets over de te verwachten hoogte van de ontnemingsmaatregel of wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Weliswaar is de gedachte dat het bij toepassing van het tweede lid gaat om het zogenaamde transactieresultaat, maar er bestaat geen enkele belemmering om dat transactieresultaat te berekenen met behulp van een vermogensvergelijking of kasopstelling. De rechtspraak in ontnemingszaken biedt hiervan velerlei voorbeelden. Soms is wel sprake geweest van een strafrechtelijk financieel onderzoek, maar wegens het ontbreken van voldoende inzicht in de inkomsten en uitgaven is afgezien van het opstellen van een vermogensvergelijking of kasopstelling. Omdat er dan wel voldoende duidelijkheid bestaat over afzonderlijke feiten, is het voordeel geschat op basis van een transactieberekening.

Het meest aansprekende voorbeeld aangaande de toevalligheid van toepassing van het tweede of het derde lid en de wijze van voordeelsberekening is natuurlijk de ontnemingsmaatregel ter hoogte van € 22.500.000 die met het arrest HR 24 april 2007, NJ 2007, 265 onherroepelijk is geworden. Deze maatregel berust op art. 36e lid 2 Sr, met als gevolg dat in het kader van het executieonderzoek geen toepassing zou kunnen worden gegeven aan art. 577ba lid 3 Sv. Deze consequentie is onacceptabel, juist omdat — zoals gezegd — er tussen toepassing van art. 36e lid 2 of lid 3 geen principieel, maar eerder een door de omstandigheden van het geval ingegeven toevallig verschil bestaat.

Tegen deze achtergrond is het College van oordeel dat de beperking van de toepassing van bevoegdheden tot 36e lid 3-ontnemingsmaatregelen beter kan vervallen.

H. Schijnconstructies

In artikel 577ba lid 2 Sv staat vermeld dat de rechter-commissaris machtiging verleent tot het doen van onderzoek in de executiefase als aannemelijk is dat (onder andere) voorwerpen aan een ander zijn gaan toebehoren met het doel de uitwinning te bemoeilijken of verhinderen. Hier wordt expliciet het vereiste van verhaalsfrustratie genoemd, zoals dit ook in artikel 94a leden 3 en 4 is verwoord. In art. 577ba lid 2 zijn de overige in art. 94a leden 3 en 4 genoemde vereisten betreffende afkomst en wetenschap niet overgenomen. Niet duidelijk is of dit een omissie is of deze weglating opzettelijk is geschied. In het verlengde hiervan kan, als uit het executieonderzoek zou blijken dat er inderdaad sprake is van een schijnconstructie, de vraag worden gesteld wat de met het onderzoek belaste ambtenaren kunnen ondernemen met de voorwerpen die ter frustratie van verhaal aan een ander zijn gaan toebehoren. Nu executoriaal anderbeslag niet wettelijk is geregeld, lijkt inbeslagneming van dergelijke vermogensbestanddelen niet tot de mogelijkheden te behoren.

I. 126aa — 126dd Sv (niet) van overeenkomstige toepassing?

Terecht worden in het voorgestelde art. 577ba lid 7 voorzieningen getroffen aangaande het bewaren en vernietigen van gegevens. Het valt op dat wel de art. 126bb tot en met 126dd van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, doch dat de bijzondere regeling in art. 126aa buiten beschouwing is gebleven. De conceptmemorie van toelichting geeft hiervoor geen verklaring. Als het in het kader van het executieonderzoek kan komen tot het opnemen van telecommunicatie dient echter een voorziening te worden getroffen voor de gevallen dat onverhoopt telefoongesprekken met geheimhouders worden opgenomen. Verder is de van overeenkomstige toepassingverklaring van art. 126cc wetstechnisch ongelukkig. Er wordt immers gesproken over processen-verbaal en andere voorwerpen die niet bij de processtukken worden gevoegd. Nu is de term 'processtukken' in het strafprocesrecht sowieso al geen begrip dat uitmunt in helderheid, laat staan dat met dit begrip in de fase van de executie een zinvolle invulling kan worden gegeven aan het vraagstuk van het bewaren en vernietigen van onderzoeksresultaten. Het College adviseert derhalve om een op het executieonderzoek toegespitste regeling omtrent het bewaren en vernietigen van onderzoeksgegevens in het wetboek op te nemen.

J. Geheimhouding

Opmerking verdient nog dat via 126bb lid 5 Sv wordt geregeld dat er door derden omtrent het onderzoek geheimhouding moet worden betracht. Deze regeling wordt echter gemist in de vordering ex artikel 126a, die als *lex specialis* geldt van artikel 126nd Sv. Het College meent dat deze omissie in dit conceptwetsontwerp eveneens

moeten worden geregeld. Daarnaast is artikel 126b lid 3 sub b niet van overeenkomstige toepassing verklaard, maar wel artikel 99a Sv. De vraag is hoe dit zich verhoudt met het geheime karakter.

K. Fase tussen SFO en executieonderzoek

Uitermate belangrijk is dat bij invoering van het voorgestelde artikel 577ba nog steeds een fase overblijft waarin het twijfelachtig is of onderzoek naar vermogensbestanddelen van een verdachte / veroordeelde mogelijk is. Volgens de Minister van Justitie kan in het kader van het sfo ook na het onherroepelijk worden van het strafvonnis nog toepassing worden gegeven aan (bijzondere) opsporingsbevoegdheden. Dit standpunt is in de strafrechtelijke literatuur ter discussie gesteld. Ten aanzien van de periode tussen sluiting van het sfo en het onherroepelijk worden van de ontnemingsmaatregel is het rechtens al helemaal niet duidelijk in hoeverre er opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast. In de praktijk blijkt dat het hier om jarenlange periodes kan gaan (in eerder genoemde zaak ging het om een periode van meer dan 10 jaar). Het College is van oordeel dat de regeling van het nu voorgestelde executieonderzoek aanleiding moet zijn om ook een fatsoenlijke regeling van bevoegdheden gedurende het gehele financiële onderzoek tot en met de executie, ook buiten, tijdens en na het sfo, in het wetboek op te nemen. Een dergelijke regeling maakt het mogelijk dat gedurende de gehele periode, vanaf het begin van een strafrechtelijk onderzoek tot aan de volledige betaling van een ontnemingsmaatregel, onderzoek te doen naar vermogensbestanddelen waarmee aan de ontnemingsmaatregel kan worden voldaan.

L. Internationaal

Indien het executieonderzoek mogelijk wordt, zal eventueel ook rechtshulp gevraagd gaan worden. Vraag is of er een regeling aangepast dient te worden om rechtshulp mogelijk te maken. In de WOTS is bijvoorbeeld een specifieke regeling opgenomen inzake het SFO. Er zal aandacht moeten worden besteed aan de eventuele noodzaak van een regeling op het gebied van internationale rechtshulp (wederkerigheid). Tevens wordt aandacht gevraagd voor het feit dat weliswaar in verschillende landen ook het zogenaamde anderbeslag mogelijk is, maar dat artikel 552rr Sv niet een bevroeringsbevel mogelijk maakt voor anderbeslag.

Betekenis van het Geeringsarrest

In de conceptmemorie van toelichting staan op diverse plaatsen opmerkingen over de betekenis van het arrest van het EHRM in de zaak Geerings. Op p. 9 wordt naar aanleiding van dit arrest opgemerkt dat de minister in de uitspraak aanleiding ziet 'te bevorderen dat ontneming, meer nog dan thans het geval is, vorm krijgt op grond van uitvoerig voorafgaand financieel onderzoek'. En op p. 29: 'Ik zie in de uitbreiding van artikel 36e, derde lid, Sr, een belangrijke aansporing om bij de berekening van het

voordeel aangetroffen vermogensbestanddelen als uitgangspunt te nemen'. Tegen de achtergrond van in de praktijk bestaande misvattingen over de betekenis van het Geeringsarrest zijn deze passages in de conceptmemorie van toelichting bepaald ongelukkig. Zo wordt op basis van het arrest in de praktijk wel beweerd dat het niet tot oplegging van een ontnemingsmaatregel zou mogen komen als bij de veroordeelde geen vermogensbestanddelen worden aangetroffen. De in de conceptmemorie van toelichting opgenomen passages lijken steun te bieden aan deze opvatting. Het College wijst er op dat als dit standpunt in de rechtspraak zou worden overgenomen, dit de mogelijkheden tot het opleggen van ontnemingsmaatregelen ernstig zou bemoeilijken. Verder suggereren deze passages dat de bestaande ontnemingspraktijk zou moeten worden bijgesteld, in die zin dat meer dan thans getracht zou moeten worden vermogensbestanddelen te achterhalen en dat bij de toepassing van art. 36e lid 2 of lid 3 Sr die aangetroffen vermogensbestanddelen centraal zouden moeten staan. Het inslaan van deze gesuggereerde weg impliceert een verre gaande beperking op de mogelijkheden tot toepassing van art. 36e lid 2 en een vaststelling van het voordeel op basis van het 'transactieresultaat'. Het College is van oordeel dat dit niet de weg is die met de beoogde wetswijzigingen en de bijbehorende toelichting moet worden ingeslagen. Bovendien is dit niet in overeenstemming met hetgeen prof. mr. M.A. Borgers in zijn noot onder dit arrest heeft opgemerkt en de inmiddels door de Hoge Raad gewezen arresten over de 'Geeringsproblematiek'.

Wettelijke voorzieningen in geval van schriftelijke voorbereiding

Een andere kwestie die voor de ontnemingspraktijk van grote betekenis is, is de thans in art. 511d Sv genoemde mogelijkheid tot schriftelijke voorbereiding van de ontnemingszitting. Verspreid in het land hebben rechterlijke colleges 'rolreglementen' opgesteld, waarmee is getracht vorm te geven aan de mogelijkheid tot schriftelijke voorbereiding. De thans tot ontwikkeling gekomen reglementen laten op onderdelen belangrijke verschillen zien. Een onderkend knelpunt is dat het rechterlijk college wel regels kan stellen voor de wijze waarop de schriftelijke voorbereiding moet plaatsvinden, maar dat de wet geen middelen geeft om de naleving van het reglement te waarborgen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het (in grove mate) overschrijden van de door het rechterlijk college vastgestelde termijnen of het ter zitting naar voren brengen van nieuwe stellingen/verweren die al eerder naar voren gebracht hadden kunnen worden. Het College meent dat het de praktijk ten goede zou komen als de schriftelijke voorbereiding ruimer met wettelijke voorzieningen wordt omkleed.

Vereisten 'anderbeslag'

Onder het kopje 'overige wijzigingen' staat vermeld dat in art. 94a leden 3 en 4 Sv wordt vastgehouden aan het vereiste dat het voorwerp direct of indirect voortvloeit uit het misdrijf waarvoor een veroordeling heeft plaatsgehadt of in verband waarmee het

wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen. Op dit punt blijft de gedachte dat derden met hun vermogen in beginsel niet aansprakelijk zijn voor vorderingen van de schuldenaar leidend. Het 'anderbeslag' is bedoeld voor die gevallen waarin de verdachte of veroordeelde van het strafbaar feit het behaalde voordeel veilig wil stellen door het door te sluizen naar derden.

Het 'afkomstvereiste' heeft echter tot gevolg dat er constructies worden gebruikt ten einde verhaal te frustreren, die niet dan wel slechts onder zeer beperkte voorwaarden kunnen worden doorbroken. Twee voorbeelden ter illustratie:

1. Een man heeft 2,5 miljoen euro verdiend met hennephandel in de periode 2006-2008. Waar het geld gebleven is, is niet duidelijk. In 1998 heeft de man met al dan niet legaal vermogen 3 huizen en 3 stukken grond op naam van echtgenote gezet met wie hij buiten gemeenschap van goederen is gehuwd. De man heeft destijds de huizen en grond aangekocht, gefinancierd, vangt de huurpenningen, verzorgt het onderhoud etc, is derhalve feitelijk eigenaar, maar niet de eigenaar volgens het kadaster. Volgens het arrest van de HR dat ook in de conceptmemorie van toelichting wordt aangehaald, kan dan geen beslag op het onroerend goed onder de man worden gelegd. De ontnemingsmaatregel kan als er geen verdere vermogensbestanddelen worden aangetroffen, niet worden verhaald op de huizen en de stukken grond. De vrouw kan niet worden vervolgd ter zake van art. 420bis Sr (witwassen), omdat er geen aanwijzingen zijn dat de in 1998 verkregen goederen met illegaal vermogen zijn gefinancierd.

2: De verdachte heeft (met zijn criminele vermogen uitstralend dat hij een liquide partij is) een lening van 1 miljoen euro afgesloten bij een legale geldschieter. Hij brengt de lening onder in een BV. De BV koopt aandelen in een bedrijf dat belegt in onroerend goed. De waarde van dit onroerend goed groeit van 1 naar 2 miljoen. De aandelen zijn dus veel waard, zijn feitelijk eigendom van de verdachte (enig aandeelhouder in zijn eigen BV), maar hierop kan geen beslag worden gelegd omdat niet voldaan is aan het afkomstvereiste. Evenmin is hier sprake van witwassen. In deze gevallen is het zeer onbevredigend dat het vermogen van de 'derde' niet aangesproken kan worden voor verhaal van een opgelegde ontnemingsmaatregel. Om deze reden adviseert het College nadrukkelijk om het 'afkomstvereiste' in art. 94a leden 3 en 4 Sv te schrappen.

Tenslotte

Enkele korte opmerkingen naar aanleiding van de conceptmemorie van toelichting.

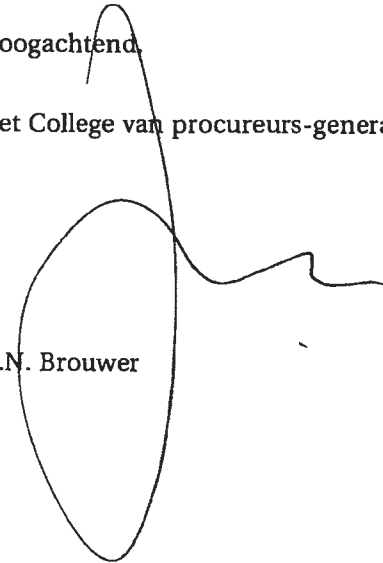
- Op pagina 30 wordt gerept van een wijziging van art. 511g Sv. In het wetsvoorstel is een hierop betrekking hebbend onderdeel niet aangetroffen.;
- Op verschillende plaatsen (zowel in het artikel 577ba lid 3 als in de conceptmemorie van toelichting wordt gesproken over 'betrapping op heterdaad'. Dit is in het Wetboek van Strafvordering een onbekende term. Aangenomen wordt dat bedoeld is 'ontdekking op heterdaad'.

- In § 2 staat vermeld dat de ontnemingsprocedure een aanvang neemt binnen twee jaar 'nadat de procedure in de hoofdzaak aanhangig is gemaakt'. Dit moet zijn 'na de uitspraak in eerste aanleg' (511b Sv).

Hoogachtend,

Het College van procureurs-generaal,

H.N. Brouwer

A large, handwritten signature in black ink is written over the typed name 'H.N. Brouwer'. The signature is highly stylized, starting with a large loop that goes up and around the word 'Hoogachtend', then down and around 'Het College van procureurs-generaal', and finally ending with a horizontal stroke that extends to the right.

