EFFECTIVITEIT EN RECHTSHERSTELLEND VERMOGEN VAN DE ONTNEMINGSMAATREGEL

Maart 2012

G.W.M. Noordhoek

Inhoudsopgave

Voorwoord **1**

1 Inleiding **2**
1.1 De ‘pluk-ze’ wetgeving 2
1.2 Probleemstelling, vraagstelling en deelvragen 3
1.3 Opzet van de scriptie 4

2 Historie en aard van de ontnemingsmaatregel **5**
2.1 Inleiding 5
2.2 Wetsgeschiedenis 5
2.2.1 Eerste aanzetten tot ontneming 5
2.2.2 Knelpunten in de wetgeving voor de invoering van de ontnemingsmaatregel in 1993 6
2.2.3 Ontwikkeling van de ontnemingswetgeving vanaf 1993 7
2.3 Ontwikkeling per 1 juli 2011 8

3 Juridisch karakter van de ontnemingsmaatregel **10**
3.1 Straf versus maatregel 10
3.2 Ontnemingsmaatregel en leedtoevoeging: perspectief van de wetgever en de veroordeelde 11
3.3 Aard van de ontnemingsmaatregel 14
3.4 Slotopmerkingen 15

4 Positiefrechtelijk kader **16**
4.1 Inleiding 16
4.2 Reikwijdte van de ontnemingsmaatregel 17
4.2.1 Eerste lid 17
4.2.2 Tweede lid 18
4.2.3 Derde lid 19
4.2.4 Vijfde lid 21
4.3 Bewijzen in de strafzaak en de ontnemingszaak 21
4.4 Voorwaarden voor het opleggen van de ontnemingsmaatregel 23
4.5 Juridische positie van de benadeelde derde 24

5 Conclusies en aanbevelingen **28**
5.1 Conclusies aangaande het herstellend vermogen van de maatregel. 28
5.2 Aanbevelingen 29

Gebruikte afkortingen **31**

Literatuurlijst **32**
Rapporten 34
Artikelen 34
Jurisprudentie 35
Kamerstukken 35

Voorwoord

Ik heb de kans om met het schrijven van deze scriptie mijn rechtenstudie af te ronden met beide handen aangegrepen. Wat is er immers leuker dan zelfstandig een onderwerp te onderzoeken dat direct in het verlengde ligt van je persoonlijke interesse? Ik heb het schrijven van de scriptie, het onderzoek, het uitpluizen van literatuur, jurisprudentie en tijdschriften, alsmede de vele discussies met diverse vakdeskundigen met bijzonder veel plezier en energie uitgevoerd. Het resultaat van mijn onderzoek vindt u op de volgende pagina's terug.

Mijn onderwerpkeuze berust niet op toeval; tijdens mijn laatste studiejaar stuitte ik regelmatig op onderwerpen die mij tot nader onderzoek dan wel herbezinning prikkelden. Een van de onderwerpen die mij in het bijzonder bezighield was de wetgeving rondom de ontnemingsmaatregel – bij velen beter bekend als de 'pluk-ze' wetgeving. Geregeld kwam ik ter discussie staande interpretaties tegen die bij mij de vraag deden rijzen of de wetgeving mogelijk op sommige punten ondoordacht is. Uit de vakdiscussie blijkt dat de Nederlandse overheid en gedupeerde burgers in veel gevallen bij het uitvoeren van de ontnemingsmaatregel met een substantiële 'kater' achterblijven.[1] Derhalve leek mij dit een uitstekend vraagstuk om nader te onderzoeken.

Graag bedank ik mijn scriptiebegeleider Dirk van Leeuwen, Karstin Oenema van het Boom Instituut voor het beantwoorden van mijn vragen, Anna Hausenblasová voor het lezen van mijn scriptie en de daarbij behorende feedback en – *last but not least* - Peter Pelgrum bedanken voor het nalopen van mijn scriptie op grammaticale foutjes. Zij hebben allen een positieve bijdrage geleverd aan het tot stand komen van deze scriptie.

Margriet Noordhoek
14 maart te Deil

[1] S. de Jong, Staat loopt miljoenen mis, belastingbetaler de dupe. Jaarverslag Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie 2005.

1 Inleiding

1.1 De 'pluk-ze' wetgeving

De op 1 maart 1993 ingevoerde ontnemingsmaatregel – in de volksmond en de media beter bekend als de 'pluk-ze' wetgeving – is zonder meer wetgeving die tot de verbeelding spreekt. Bekend bij velen zijn bijvoorbeeld de beelden van de kostbare automobielen die in de geruchtmakende zaak van de drugscrimineel Charles Z. in het kader van deze wetgeving in beslag werden genomen.[2] Aanvankelijk bestond er bij sommige deskundigen twijfel over het afschrikwekkend effect van de ontnemingsmaatregel.[3] Ook de uitvoering verliep in het begin moeizaam,[4] deels door een gebrek aan specialistische kennis bij politie en justitie.[5] Dit had tot gevolg dat de uitvoeringskosten van beslagen de eerste jaren ruimschoots de waarde van het beslag overtroffen.[6] Onder forse maatschappelijk druk – de politietop vroeg zelfs om een 'Hollandse maffiawet'[7] – groeide rond de eeuwwisseling binnen de politiek de wens om de wetgeving verder aan te scherpen[8] en zwaarder in te zetten op het ontnemingmiddel, zowel in het kader van de bestaande 'pluk-ze' wetgeving[9] als ook buiten het strafrecht om.[10] Inmiddels lijkt de ontnemingsmaatregel succesvol, in elk geval wat betreft het totaal aan ontnomen voordeel; meldde Justitie in 2006 nog dat er jaarlijks voor ongeveer 11 miljoen euro[11] aan wederrechtelijk verkregen voordeel werd ontnomen, in 2010 lag dit bedrag op 55 à 60 miljoen euro.[12] Al met al lijkt de ontnemingsmaatregel een succes: de crimineel wordt volgens het adagium 'misdaad loont niet' in zijn portemonnee geraakt en er is recht gedaan aan het rechtsgevoel van veel Nederlandse burgers.

Echter, de praktijk is weerbarstiger. Veel criminelen zullen een deel van het genoten voordeel hebben aangewend voor allerlei (consumptieve) doeleinden. Voor de 'kleine' crimineel zal dat niet zelden het voeren van een excessieve levenstandaard zijn, waarop maar ten dele door beslaglegging op door de crimineel verworven goederen verhaal kan worden

---

[2] 'Deel autobezit Charles Z. nu in Nederland' *Het Parool* 21-04-1995; 'Ex-coureur geplukt' *Algemeen Dagblad* 21-04-1995.
[3] 'Plukken helpt niet' *Algemeen Dagblad* 24-03-1995.
[4] 'Financiële criminaliteit niet aangepakt' *de Volkskrant* 15-11-996.
[5] 'Gebrekkige kennis politie en justitie nadelig voor 'Pluk-ze' *Trouw* 28-10-1998.
[6] Nelen & Sabee 1998.
[7] 'Politietop wil verbeterde pluk-ze-wet' *de Volkskrant*, 04-12-2000; 'Politie wil Hollandse maffiawet' *Het Parool*, 2 december 2000.
[8] 'Korthals wil pluk-ze-wet aanscherpen' *Trouw* 05-12-2000.
[9] 'CDA wil strengere pluk-ze-wetgeving' *De Telegraaf* 30-08-2006; Kamer eist aanpak van financiën van criminelen *Het Financieele Dagblad* 3-11-2004.
[10] 'Kamer wil zware criminelen in portemonnee treffen' *NRC Handelsblad* 18-11-2004.
[11] *Kamerstukken II* 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 1.
[12] *Kamerstukken II* 2010/11, 32194 nr. B, zie ook 'OM haalt euro 55 mln aan crimineel geld binnen' *Het Financieel Dagblad* 28-12-2010.

gedaan. Bij de ‘grote’, professioneel opererende misdadiger is er een bijkomend probleem, omdat deze vaak zal proberen zijn onrechtmatig verkregen vermogen weg te sluizen door het te verstoppen in het buitenland, in moeilijk traceerbare BV constructies, vastgoed en op andere lastig grijpbare manieren. Ook in dat geval zal het dus erg lastig zijn om de rechtmatige situatie (helemaal) te herstellen.

1.2 Probleemstelling, vraagstelling en deelvragen

Ondanks het kennelijk (maatschappelijk) succes van de ‘pluk-ze’ wetgeving, kan men bij de effectiviteit van de ontnemingsmaatregel vanuit juridisch perspectief kritische kanttekeningen plaatsen. De vraag kan hier worden opgeworpen of dat de uitkomst van de maatregel altijd voor alle partijen bevredigend is. Zoals we in komende hoofdstukken uiteen zullen zetten, is het rechtsherstellend vermogen een belangrijk uitgangspunt geweest bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving. Een belangrijk deel van de kritiek in de vakliteratuur betreft het vermogen van de ontnemingsmaatregel om de rechtmatige situatie zoals die bestond voor het misdrijf te herstellen.[13] Daarom ga ik in deze scriptie op zoek naar het antwoord op de volgende centrale onderzoeksvraag:

> *Wordt door toepassing van de ontnemingsmaatregel de rechtmatige situatie van elk der betrokken partijen hersteld en, zo ja, in hoeverre?*

In deze onderzoeksvraag zijn twee elementen van belang. In de eerste plaats de ontnemingsmaatregel zelf. Hierbij gaat het om twee dingen: het karakter en doel van de ontnemingsmaatregel en het positiefrechterlijk kader waarbinnen deze is vormgegeven. Het tweede element is de juridische positie van de bij de ontnemingsmaatregel betrokken partijen. Het gaat hierbij om de Nederlandse Staat, de veroordeelde en de eventueel benadeelde derde partij(en).

Om deze centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zijn een aantal deelvragen geformuleerd. Deze deelvragen zijn:

a) *Wat is de wetshistorische ontwikkeling van de ontnemingsmaatregel?*
b) *Wat is het karakter en doel van de ontnemingsmaatregel?*
c) *Wat is het positiefrechtelijk kader van de ontnemingsmaatregel?*
d) *Wat is de juridische positie van alle bij de ontnemingsmaatregel betrokken partijen?*

[13] S. de Jong, Staat loopt miljoenen mis, belastingbetaler de dupe. Jaarverslag Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie 2005.

Deze deelvragen geven gezamenlijk een antwoord op de centrale onderzoeksvraag.

1.3 Opzet van de scriptie

De deelvragen structureren de scriptie op hoofdlijnen. De scriptie is als volgt opgezet. Hoofdstuk 2 begint met een stukje wetsgeschiedenis waarmee we de ontnemingsmaatregel in een historisch kader plaatsen (*deelvraag a*). Op die manier worden de drijfveren en dilemma's van de wetgever inzichtelijk gemaakt. Vervolgens analyseren we het karakter en doel van de ontnemingsmaatregel (*deelvraag b*). Hierbij gaat het onder andere om de vraag of de ontneming vooral als maatregel dan wel als straf moet worden geïnterpreteerd. In hoofdstuk 3 schetsen we het positiefrechtelijk kader waarbinnen de ontnemingsmaatregel is vormgegeven (*deelvraag c*). Daarbij gaan we ondermeer in op het onderscheid tussen de ontnemingzaak en de onderliggende strafzaak en behandelen we de voorwaarden voor oplegging en de reikwijdte van de maatregel. Vervolgens gaan we in op de juridische positie van alle bij de ontnemingsmaatregel betrokken partijen (*deelvraag 4*). Deze laatste deelvraag vormt de opmaat voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag in de conclusies (§5). Tot slot doen we enkele aanbevelingen om een aantal knelpunten in de huidige wetgeving op te lossen (§5.1) en gaan we in op een aantal recente ontwikkelingen (§5.2).

2 Historie en aard van de ontnemingsmaatregel

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan we kijken naar de historie en systematiek van de ontnemingsmaatregel. We beginnen met een beknopte wetsgeschiedenis. Uit de historische reconstructie zal blijken dat de wetgever weliswaar lange tijd de intentie tot een vorm van ontneming had, maar dat het erg lastig bleek om hier in de wetgevingspraktijk handen en voeten aan te geven. We analyseren de belangrijkste knelpunten in de rechtspraktijk zoals die bestond tot de invoering van de uiteindelijke ontnemingsmaatregel in 1993. Vervolgens schetsen we de wijze waarop deze knelpunten zijn opgelost in de ontnemingswetgeving van 1993 en daarna. Tot slot gaan we in op het juridisch karakter van de ontnemingsmaatregel. We gaan in op het onderscheidt tussen straf en maatregel en wat dit onderscheid betekent in het concrete geval van de ontnemingswetgeving.

2.2 Wetsgeschiedenis

2.2.1 Eerste aanzetten tot ontneming

In weerwil van het gezegde ‘misdaad loont niet’ bleek in de praktijk het tegenovergestelde met grote regelmaat bewaarheid. Vandaar dat de wetgever al sinds de Tweede Wereldoorlog streeft naar een meer buitgerichte benadering bij de bestrijding van criminaliteit. Weliswaar beschikte het OM reeds over de traditionele geldboete en de verbeurdverklaring om het door misdaad verkregen geldelijke voordeel teniet te doen, maar deze middelen werden als te beperkt ervaren.[14]

Een eerste vorm van een ontnemingsmaatregel in het Nederlands recht treffen we aan het Economisch Sanctiebesluit van 1941.[15] Bij het Besluit berechting economische delicten[16] van 1944 kreeg de ontneming van wederrechtelijk voordeel vorm. Negen jaar later, in 1950, werd dit besluit vervangen door de Wet op de economische delicten (hierna;WED).[17] Volgens art. 8 sub c WED was het voor de wetshandhaver ook mogelijk om het wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen van soortgelijke feiten, indien er voldoende aanwijzingen aanwezig waren dat zij door de veroordeelde ook daadwerkelijk waren begaan. Later, na de

[14] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p 3-5.
[15] Art. 3 sub 6 ESB 1941, Stb. 1941, 709.
[16] Besluit van 31 oktober 1944, Stb. E. 135.
[17] Wet van 22 juni 1950, Stb. K 258.

invoering van de Wet vermogenstransacties in 1983[18], werd de mogelijkheid van ontneming van het wederrechtelijk voordeel geïntroduceerd in het commune strafrecht.

2.2.2 Knelpunten in de wetgeving voor de invoering van de ontnemingsmaatregel in 1993

Het bleek echter dat ook de wetgeving uit 1983 in de praktijk niet aan de gestelde verwachtingen voldeed.[19] De georganiseerde misdaad en het misdaadondernemerschap groeiden, terwijl er bij de Staat onvoldoende capabele mankracht beschikbaar was. In geval de verdachte in voorlopige hechtenis zat bleek dat er veelal meer tijd moest kunnen worden uitgetrokken voor een gedegen financieel onderzoek.[20] Bovendien bevatten het Wetboek van Strafrecht geen werkwijze om de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel te bepalen. Daarnaast bleek het lastig om met wettige bewijsmiddelen aan te tonen dat het genoten voordeel ook daadwerkelijk afkomstig was van het ten laste gelegde feit, een vereiste voor oplegging van de ontnemingsmaatregel.[21] Verder ontbrak de mogelijkheid om vooruitlopend op een eventuele latere ontneming conservatoir beslag[22] te leggen. Indien de ontnemingsmaatregel daadwerkelijk was opgelegd maar niet voldaan ontbrak de mogelijkheid om vervangende hechtenis op te leggen. Een laatste knelpunt was dat bij eventuele tekortkomingen, wat tekort aan belasting was betaald, niet via het fiscale recht mocht worden terug gehaald. Dit vanwege het feit dat het fiscale recht een zelfstandige toepassing heeft en niet diende te worden gebruikt voor het realiseren voor strafrechtelijke doelen.[23]

Vanwege de tekortkomingen in bestaande wetgeving ontstond er vanaf eind jaren ‘80 toenemende maatschappelijk druk om sneller en doeltreffender op te treden tegen winstgevende misdaad.[24] Op 1 maart 1993 werd aan de roep uit de maatschappij gehoor gegeven doordat een wetswijziging in werking trad die de mogelijkheden voor het ontnemen van voordeel aanzienlijk verruimde.[25] Met deze wetgeving had de wetgever de straffende overheid voldoende middelen in handen gegeven om het nieuwe uitgangspunt – de buitgerichte benadering van criminaliteit – te verwezenlijken. De geldboete werd door de wetgever ontoereikend geacht, omdat bij vele vormen van misdaad – denk aan fraude,

[18] Wet van 31 maart 1983, Stb. 1983, 153.
[19] Borgers 2011, p. 51-56.
[20] Punt 2009, p.17-19.
[21] Punt 2009, p. 17.
[22] Conservatoir beslag is beslag leggen op goederen voor of tijdens een rechtelijke procedure, in ieder voordat er een rechtelijk uitspraak is gedaan, zodat de goederen veilig gesteld zijn.
[23] Punt 2009, p. 17, 18.
[24] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 4.
[25] Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11.

ontvoering, vrouwenhandel en sommige vormen van milieucriminaliteit – de geldstraffen die op dergelijke delicten staan veelal in het niet vallen bij de winsten die door de wetsovertreder worden behaald. De verbeurdverklaring strekt zich met name uit tot hetgeen in beslag is genomen. Met de ontnemingswetgeving richt de wetgever zich direct op het ontnemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het begrip 'wederrechtelijk verkregen voordeel' staat overigens niet in de wet omschreven, maar in de Memorie van Toelichting betreffende de wetswijziging van 1993, wordt met betrekking tot het begrip 'voordeel' (volgens art. 36e Sr) het volgende gesteld:

> "Strekking van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is te bewerkstelligen dat datgene dat de veroordeelde aan door misdrijf verkregen materieel profijt heeft verworven, weer aan hem wordt ontnomen. Dat profijt wordt door de rechter bepaald en uitgedrukt in termen van geld. Omdat het niet altijd mogelijk zal zijn de omvang van het materiële profijt exact te bepalen, neemt de wet genoegen met een bepaling in de vorm van een schatting. De rechter is evenwel vrij het voor ontneming in aanmerking te brengen bedrag, lager te bepalen dan dat waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel is geschat." [26]

2.2.3 Ontwikkeling van de ontnemingswetgeving vanaf 1993

In 1993 is de wetgeving met betrekking strafrechtelijk en strafvorderlijke instrumenten verruimd. Dit vanwege het feit dat misdaad niet lonend mag zijn en dat men beperkt was in zijn instrumenten Volgend hierop ontstonden een aantal belangrijke aanpassingen in de wet van 1993, waaronder extra ruimte om de ontnemingsmaatregel op te leggen. Behoudens de feiten waarvoor de verdachte wordt veroordeeld kon de ontnemingsmaatregel nu ook gelden voor soortgelijke feiten, feiten waarop een geldboete van de vijfde categorie is gesteld.

Een andere aanpassing was de invoering van een procedure. Deze procedure is gericht op de opsporing en de vaststelling van het daadwerkelijk wederrechtelijk verkregen voordeel, de ontnemingsmaatregel werd dus losgemaakt van de hoofdprocedure. Ook werd het strafrechtelijk financieel onderzoek[27] ingevoerd en de optie voor het leggen van conservatoir beslag.[28] Als vanzelfsprekend zijn de wijzigingen van 1993 geëvalueerd aan de hand van een aantal rapporten.[29] Aan de hand van deze evaluaties op de ontnemingswetgeving zijn er vervolgens per 1 september 2003 weer een nieuw aantal wijzingen doorgevoerd. Punt geeft

[26] *Kamerstukken II* 1990/91, 21 504, nr. 3, p. 78.
[27] Het doel van een SFO is het bepalen van het voordeel. De artikelen 126 – 126f Sv zijn van toepassing.
[28] Punt 2009, p. 18-19.
[29] Nelen en Sabee 1998.

een aantal belangrijke wijzigingen weer. Hieronder de wijzigingen die relevant zijn voor deze scriptie:[30]

1. De verdachte of veroordeelde kan bij de rechter een gemotiveerd verzoek indienen om bij het bepalen van het bedrag dat ontnomen wordt rekening te houden met zijn draagkracht. De rechter kan dit ook ambtshalve toetsen, ook de OvJ kan hiertoe een verzoek indienen.
2. Bij dringende noodzakelijkheid voor inbeslagneming krijgt de OvJ de mogelijkheid om elke gewenste plaats te doorzoeken. Er is wel een kanttekening: de doorzoeking van elke plaats mag alleen als er zich vermoedelijke bescheiden of gegevens bevinden zoals bedoeld in art. 126 a Sv dan wel voorwerpen zoals bedoeld in art. 94a Sv. [31]
3. Er is een mogelijkheid gecreëerd om schijnconstructies te voorkomen. Onder schijnconstructies bedoelen ze 'het koppelen van vermogensbestanddelen aan een andere partij of persoon dan bij de ontneming betrokkenen'. Het doel van een dergelijke schijnconstructie is verhaal op het vermogen van desbetreffende betrokkene te voorkomen. Nu is het mogelijk om conservatoir beslag te leggen op voorwerpen van een derde. [32]
4. De vervangende hechtenis is vervangen door lijfsdwang. Voorheen kon de vervangende hechtenis worden toegepast voor zes jaar en daarbij werd de betalingsverplichting opgeheven (zitten of betalen). Nu bestaat er de mogelijkheid tot lijfsdwang waarbij de betalingsverplichting niet wordt opgeheven (zitten en betalen). De lijfsdwang staat volgens art. 36e lid 8 Sr gelijk aan een maatregel.

2.3 Ontwikkeling per 1 juli 2011

De laatste grote wijziging heeft plaatsgevonden in 2011. Per 1 juli van dat jaar is het wetsvoorstel Verruiming Mogelijkheden Voordeelontneming in werking getreden. De voornaamste reden van deze wetswijziging was om enkele knelpunten in de bestaande wetgeving weg te nemen. Onder andere zijn er nieuwe mogelijkheden voor ontneming ingevoerd en zijn bestaande regels vereenvoudigd. De belangrijkste wijzigingen zijn te vinden in de nieuwe leden 2 en 3 van art. 36e Sr. Zo is in lid 2 de categorie 'soortgelijke feiten' veranderd in "andere strafbare feiten". Dit is een verruiming van de mogelijkheden tot ontneming omdat de ontneming niet meer wordt beperkt tot de aard of de zwaarte van het feit.

[30] Dit is een samenvatting van Punt 2009, p. 19-21.
[31] Artikel 126c lid 1 Sv. Het is ook mogelijk om een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner of een kantoor van een persoon met een bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in artikel 218 Sv.
[32] Artikel 94a lid 3 en lid 4 Sv.

Ook is het niet van belang dat er een relatie is met het ten laste gelegde feit. Het kan dus ieder feit zijn waarvan voldoende aanwijzingen bestaan dat het feit door de verdachte of veroordeelde is gepleegd.[33]

In lid 3 is het verplicht SFO om te kunnen ontnemen, vervallen. Daarvoor is een bewijsvermoeden in de plaats gekomen. Vermoed wordt dat in een periode van zes jaar voorafgaand aan het plegen van het misdrijf gedane uitgaven en verworven voorwerpen wederrechtelijk voordeel behelzen. In de procedure zal aannemelijk moeten worden dat die voorwerpen en uitgaven een legale bron hebben om ze aan de ontnemingsmaatregel te onttrekken.

Met deze wijzigingen wordt het bewijsvermoeden geïntroduceerd. Alle uitgaven van de verdachte of veroordeelde in de zes jaar voorafgaand aan het strafbare feit en de verkregen voorwerpen worden tot zijn voordeel gerekend. De reikwijdte van de stelplicht van het OM wordt aangepast waardoor er volgens de minister een ‘redelijke en billijke verdeling van de bewijslast’ plaatsvindt.[34]

[33] Punt 2011, p. 13.
[34] BOOM-Nieuws, Juli 2011, nummer 61, p. 16.

3 Juridisch karakter van de ontnemingsmaatregel

3.1 Straf versus maatregel

De ontnemingsmaatregel is gericht op het ontnemen van het wederrechterlijk verkregen voordeel en het herstellen van de rechtmatige toestand.[35] De vraag dringt zich op in hoeverre de maatregel als straf geïnterpreteerd kan worden. Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten we ons buigen over het juridische verschil tussen de straf en maatregel. Wanneer we de begrippen nader bekijken staat 'straf' voor een bewuste leedtoevoeging. De 'maatregel' is niet gericht is op bewuste leedtoevoeging, maar op beveiliging van de maatschappij, dan wel het herstellen van de oorspronkelijke rechtmatige toestand.[36] Om het (oorspronkelijke) onderscheid tussen straf en maatregel helder te krijgen, grijpen we terug op het door Modderman in 1878 gemaakte verschil tussen 'onteerende' en 'niet-onteerende straffen':

> "Het misdrijf, niet de straf onteert. Acht men het pligt van den staat de straf, zonder haar eigenlijk doel te miskennen en haar in gestrengheid te doen verliezen, zooveel mogelijk dienstbaar te maken aan de zedelijke en maatschappelijke verbetering van den misdadiger, dan moet het begrip van onteerende straf noodzakelijk vervallen. De maatregel die strekt om het zedelijk bewustzijn van hem die daaraan wordt onderworpen, te verlevendigen en te versterken, kan, hoe zwaar hij ook treft, nimmer onteerend zijn. Door er dien naam aan te geven of er van regtswege en voortdurend onteerende gevolgen aan te verbinden, geeft de staat het voorbeeld van wantrouwen in zijn strafstelsel, en voedt hij het vooroordeel dat den terugkeer van den gestrafte in het maatschappelijk leven belemmert en daardoor herhaling van misdrijf bevordert. De waarheid dezer stellingen wordt thans zoo algemeen erkend, dat men in geen der nieuwere wetboeken de oude onderscheiding tusschen onteerende en niet onteerende straffen terugvindt. Maar met den naam is de zaak niet algemeen vervallen".[37]

Wanneer we de wet er op naslaan blijkt inderdaad nergens een daadwerkelijk verschil bestaat tussen straf en maatregel. Van der Landen concludeert zelfs op basis van onderzoek dat er helemaal geen onderscheid bestaat en dat een dergelijk onderscheid derhalve geen uitgangspunt dient te zijn voor welke toekomstige wetgeving dan ook.[38] De reden dat het onderscheid tussen straf en maatregel moeilijk valt te maken, is het feit dat er meerdere maatregelen zijn. Die hebben elk hun eigen karakter zodat moeilijk één definitie van de

[35] *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8.
[36] Borgers 2011, p. 76-78.
[37] *Kamerstukken II*, Handelingen der Staten-General, MvT. Bijlagen. 1878/79, p. 12.
[38] Groenhuijsen en Kalmthout 1989, p. 119-140.

maatregel kan worden gegeven.[39] Voor kwalificatie als maatregel of straf gelden dus geen vaste criteria. Borgers stelt dat het nader kwalificeren van de ontnemingsmaatregel op basis van het verschil tussen straf en maatregel niet echt mogelijk is.[40] Andere auteurs zijn zelfs van mening dat trachten van onderscheid te maken tussen de twee meer problemen zou creëren dan het zou oplossen, bijvoorbeeld Keijser-Ringnalda in haar boek Boef en Buit. Zij schrijft dat deze problemen beperkt zouden kunnen worden "wanneer men zich op het ongecompliceerde uitgangspunt stelt dat sancties verschillende gevolgen kunnen hebben en verschillende doeleinden kunnen dienen, zonder dat men deze strikt wil verbinden aan de subcategorie "straf" of "maatregel".[41] Het is dus niet eenvoudig om een onderscheid tussen straf en maatregel te maken.

3.2 Ontnemingsmaatregel en leedtoevoeging: perspectief van de wetgever en de veroordeelde

Op dit punt laat ik de hierboven weergegeven discussie los en neem ik als uitgangspunt dat de ontnemingsmaatregel als maatregel moet worden gekwalificeerd. Daarmee volg ik de stelling van de wetgever en acht ik de gerichtheid op terugbrenging in de rechtmatige situatie als doorslaggevend. Deze keuze maak ik om praktische redenen. Echter, ook bij het hanteren van een maatregel kan er wel degelijk sprake zijn van leedtoevoeging. Deze conclusie valt te trekken wanneer we de geschiedenis van de ontnemingswetgeving nader bekijken. De minister van Justitie geeft aan dat het uitgangspunt is:

> "dat er wel degelijk onderscheid te maken valt tussen een straf en een maatregel. In het kader van vermogenssancties is er namelijk een duidelijk verschil tussen de vermogensstraf en de vermogensmaatregel. Met het toekennen van de vermogensstraf wordt immers wel degelijk beoogd om de dader een bepaald leed toe te voegen. Deze straftoevoeging wordt, na het herstel van de schade of door de teruggave van het wederrechtelijk verkregen voordeel, niet gerealiseerd. Immers, de vermogensmaatregel is niet gericht op leedtoevoeging, maar heeft uitsluitend als doel om de maatschappij te beschermen dan wel de oorspronkelijke toestand rechtmatig te herstellen. Dit simpelweg door de veroordeelde te ontnemen wat hij onrechtmatig heeft verkregen."[42]

[39] Van der Landen 1992, p. 340-342.
[40] Borgers 2001, p. 75-77.
[41] Keijser-Ringnalda 1994, p.108.
[42] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8.

Volgens de minister heeft de maatregel daarmee een bepaald civielrechtelijk karakter in zich.[43] Voorts valt in de parlementaire stukken te lezen dat de ontnemingsmaatregel volstrekt niet is gericht op leedtoevoeging, maar uitsluitend op rechtsherstel, dan wel het herstel van de rechtmatige of oorspronkelijke toestand.[44]

Dit door de minister zogenoemde 'wezenlijk onderscheid' tussen straf en ontnemingsmaatregel veroorzaakt echter direct een aantal bezwaren. Enerzijds geldt dat de vergelding als uitgangspunt voor de straf en de poging om rechtsherstel te bewerkstelligen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Immers, bij vergelding is wel zeker ook sprake van rechtsherstel, zeker als men de absolute vergeldingstheorieën[45] als uitgangspunt neemt. Vanuit deze zienswijze veroorzaakt een strafbaar feit een verstoring van de rechtsorde, die het rechtvaardigt dat er een straf wordt opgelegd om te bewerkstelligen dat de verstoorde rechtsorde wordt hersteld.[46] Dit betekent echter niet dat er bij het ontnemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel automatisch een herstel van de rechtsorde ontstaat. Herstel van de rechtsorde zou zijn, dat de regels zoals de rechtbank deze bewaakt, weer volledig worden nageleefd. Ook moet de schending en de gevolgen van het niet naleven van de wet worden herstelt. Anderzijds, de ontneming draagt wel bij aan het herstel van de rechtsorde.[47] Doordat er wordt ontnomen bij diegene die wederrechtelijk voordeel heeft genoten is er sprake van een bijdrage aan herstel van de rechtsorde. Diegene wordt weer in de positie gebracht als waar hij in zat voordat hij het gepleegde misdrijf begon.

Overigens kan gesteld worden dat er vanuit strafrechtstheoretisch oogpunt een relatie ligt tussen de vergelding en het rechtsherstel. Het is volgens ons strafrecht dan ook geaccepteerd dat de hoogte van een geldboete ondermeer is gebaseerd op de verkrijging van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de HR waarbij het Hof de hoogte van een forse geldboete onderbouwd met het standpunt dat: "de vergelding om de verdachte juist daar te 'raken' waar de onderneming van de verdachte op gericht was; het verkrijgen van rijkdom, ten koste van de Nederlandse maatschappij".[48] De HR overweegt:

> "Het middel steunt op de stelling dat het de rechter niet vrijstaat een geldboete op te leggen in gevallen waarin deze straf door het OM niet is gevorderd en het OM zijn voornemen tot uitdrukking heeft gebracht een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel

[43] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 55.
[44] *Kamerstukken II* 1989/90, 1989-1990, 21 504, nr. 3, p. 55.
[45] Cliteur 2005, p. 76.
[46] Borgers 2001, p. 78.
[47] Borgers 2001, p. 78.
[48] HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105.

in te dienen. Die opvatting is onjuist. Voor zover het middel daarnaast stelt dat het de rechter niet vrijstaat bij de vaststelling van de draagkracht van de verdachte acht te slaan op vermogensbestanddelen die mogelijk mede door middel van of uit baten van de bewezen verklaarde feiten zijn verkregen, berust eveneens op een onjuiste opvatting."[49]

Vanuit deze overweging blijkt duidelijk dat het verkrijgen van het wederrechtelijk voordeel tweeledig in een geldboete tot uiting kan komen. Enerzijds kan het desbetreffende verkregen voordeel direct invloed hebben op de hoogte van de geldboete. Anderzijds kan bij de vaststelling van de draagkracht het gehele vermogen van de veroordeelde worden betrokken. In het voornoemde arrest speelden beide vormen een rol bij de oplegging en de hoogte van de geldboete, en kunnen derhalve zoals genoemd binnen het huidige sanctiestelsel tweeledig tot uiting komen.[50]

Een andere benadering dat er wel degelijk een 'wezenlijk onderscheid' bestaat tussen straf en ontnemingsmaatregel, kan verder worden onderbouwd door onderscheid te maken tussen het wezen en het doel van een straf. Wanneer we een straf zien als een bewuste leedtoevoeging dan lijkt het alsof leedtoevoeging het doel van de straf is. Echter, het uitgangspunt en doel van een straf dient handhaving van de rechtsorde te zijn en derhalve het behartigen van het algemeen belang. De ontnemingsmaatregel kan ter realisering van dit doel een wezenlijke bijdrage leveren. Vergelding is meer een kenmerk van straf. De rechter zal zeker wanneer hij een sanctie oplegt het kenmerk van vergelding in overweging nemen. Met andere woorden, leedtoevoeging mag slechts een effect zijn. Degene die de straf oplegt mag niet slechts de leedtoevoeging als doel hebben, zonder dat hij de rechtsorde daarmee dient. Een op te leggen straf mag geen vergelding dan wel wraakpoging zijn. Het moet een passende reactie zijn voor het gepleegde strafbare feit.[51]

Als laatste 'wezenlijk onderscheid' tussen straf en ontnemingsmaatregel komen we tegen wanneer we sancties overwegen die een beoogd doel hebben om leed toe te voegen en sancties die dit uitgangspunt niet beogen, maar dit bij een verdachte wel als zodanig laten ervaren. Elke veroordeelde zal veelal elke sanctie, inclusief de ontnemingsmaatregel, als leed en als straf ervaren, óók wanneer de intentie niet bestaat om leed toe te voegen. De veroordeelde zal dit onderscheid bij zijn veroordeling vaak niet als zodanig ervaren. Hij of zij zal de oplegging van de boete dan wel straf veelal (uitsluitend) als leed ervaren. Deze stelling wordt ook bevestigd door een onderzoek van Vruggink uit 2001 waarin geconcludeerd wordt

[49] HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105.
[50] Borgers 2001, p. 78-80.
[51] Borgers 2001, p. 80-81.

dat de ontnemingsmaatregel – weliswaar afhankelijk van de zwaarte ervan – op eenzelfde wijze wordt ervaren als een gevangenisstraf.[52]

3.3 Aard van de ontnemingsmaatregel

Hoe moet nu uit de bovenstaande, soms conflicterende zienswijzen de aard van de ontnemingsmaatregel worden gereconstrueerd? Van origine wordt de ontnemingsmaatregel als een maatregel geïnterpreteerd.

De bovenstaande discussie is gezien vanuit een strafrechtelijk optreden inzake straf dan wel maatregel behoorlijk discutabel, zeker waar het een ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel betreft. We zouden namelijk kunnen stellen dat het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel – juist indien deze los van de onderliggende strafzaak wordt bekeken – gezien moet worden als een supplement waarvan een aantal strafrechtelijke feiten hun waarde hebben verloren. Het uitgangspunt van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel moet namelijk worden uitgevoerd als een stimulans tot herstel van de oorspronkelijke toestand, hetgeen vanuit een civielrechtelijk standpunt wordt beoordeeld.[53] Van der Landen stelt hierbij terecht:

> "Vanuit de voordeelsontneming dient geen leedtoevoeging te worden nagestreefd, maar uitsluitend het herstellen van de oorspronkelijke en rechtmatige toestand. Hieruit vloeit voort dat de intenties vanuit de wetgever anders geïnterpreteerd moeten worden dan de perceptie van de Justitie. De ontnomen veroordeelde heeft zeer waarschijnlijk het gevoel dat hij daadwerkelijk is gestraft. Iets wat ook door de 'gewone' man zal worden erkend."[54]

De keuze om de ontnemingsmaatregel als maatregel aan te merken, in plaats van straf, is echter niet zo als vanzelfsprekend als de parlementaire stukken doen vermoeden. Voorheen werd de ontnemingsmaatregel namelijk wel als straf gezien. Dit zowel conform het Economisch Sanctiebesluit 1941 als het Besluit berechting economische delicten.

Gezien vanuit het standpunt van de WED, werd er gesteld dat de ontnemingsmaatregel moest worden gezien als een maatregel en niet als straf. Conform de Memorie van Toelichting zijn straffen niet bedoeld als vergeldingsmaatregel dan wel dienen ze af te schrikken. De bedoeling is om het onrechtmatig verkregen voordeel te ontnemen, om zodoende het behoud van een duurzaam economische leven in stand te houden. Daarnaast zou het een speciale en generale preventieve werking dienen hebben.[55]

---

[52] Vruggink 2001, p. 98-101, p. 110-113.
[53] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8.
[54] Van der Landen 1992, p. 340.
[55] *Kamerstukken II* 1947/48, 603, nr. 3, p. 15.

3.4 Slotopmerkingen

Uit het voorgaande kan men ten aanzien van de ontstaansgeschiedenis en aard van de ontnemingsmaatregel het volgende stellen. In de eerste plaats blijkt ontneming in de praktijk tamelijk weerbarstige materie. De wetgever koesterde decennialang een wens om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen, maar van een echt effectieve ontneming is pas sprake vanaf de invoering van de 'pluk-ze' wetgeving in 1993 en met name de aanscherpingen en wijzigingen van 2003. Een cruciale stap die met deze wetgeving werd gedaan is dat het wederrechtelijk verkregen voordeel makkelijker kan worden ontnomen. Omdat de ontnemingsmaatregel is aangeduid als een maatregel heeft het OM meer instrumenten in handen en verder gaande bevoegdheden om deze strafbare feiten op te sporen en aan te pakken.

Het doel van de ontnemingsmaatregel is primair rechtsherstel en geen leedtoevoeging. Volgens de Kamerstukken is de maatregel bedoeld om de oorspronkelijke en rechtmatige toestand te herstellen. Dat houdt in dat de ontnemingsmaatregel een ander karakter heeft dan bijvoorbeeld de boete hoewel de veroordeelde waarschijnlijk dit onderscheid niet zal maken. Hij zal zich door de ontnemingsmaatregel gestraft voelen en ook de publieke opinie zal de maatregel als een 'straf' zien.

4 Positiefrechtelijk kader

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk behandelen we het positiefrechterlijk kader van de ontnemingsmaatregel. We beginnen met beschouwing van de reikwijdte van de ontnemingsmaatregel, in de vorm van een analyse van de verschillende leden van art. 36e Sr. Daarnaast bespreken we hoe de bewijsvoering in de strafzaak zich verhoudt tot de bewijsvoering in de ontnemingszaak. Vervolgens gaan we in op de voorwaarden voor oplegging van de maatregel en bespreken we een aantal aspecten van meer praktische aard. Ten slotte analyseren we de juridische positie van de bij de ontneming betrokken partijen, in het bijzonder de positie van de benadeelde derde.

Een essentieel punt in onze bespreking is de relatie tussen ontneming en de strafprocedure. Bij de hedendaagse ontnemingsmaatregel dienen de strafzaak en de ontnemingszaak separaat van elkaar te worden gezien, echter is de ontnemingsprocedure wel afhankelijk van de strafprocedure, en leiden ze beide tot een eigen uitspraak. De ontnemingsmaatregel wordt opgelegd als gevolg van een gepleegd delict. Zoals behandeld in het voorgaande hoofdstuk heeft deze maatregel een andere strekking dan de straf, ze is primair gericht op het zoveel mogelijk herstellen van de oorspronkelijke rechtmatige toestand. Het gaat dan om het herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin.[56] De maatregel wordt dus niet gerelateerd aan de ernst van het delict in de onderliggende strafzaak.

De kern van de ontnemingsmaatregel is dat de veroordeelde moet worden teruggebracht naar de financiële positie die hij had vóór het plegen van het strafbare feit waarvoor hij of zij veroordeeld is in de onderliggende strafzaak. Het opleggen van een ontnemingsmaatregel is dan ook uitsluitend van toepassing indien de gedaagde persoon ook daadwerkelijk strafrechtelijk is veroordeeld in de onderliggende strafzaak.[57] Dit betekent dus dat de ontnemingsmaatregel per direct vervalt indien de veroordeelde beroep instelt en de procedure tot vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging leidt.[58] Door dat de ontnemingszaak afhankelijk is van de strafzaak, is de ontnemingszaak geen eigen zaak volgens art. 591a Sv.

[56] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 55.
[57] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 9.
[58] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 9.

4.2 Reikwijdte van de ontnemingsmaatregel

4.2.1 Eerste lid

Art. 36e Sr verdient nadere uitleg en die wordt per lid van het artikel gegeven in de hiernavolgende subparagrafen. In het eerste lid wordt gesteld, dat een natuurlijk of rechtspersoon, die bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing is veroordeeld voor een strafbaar feit, verplicht kan worden gesteld tot het betalen van een geldbedrag aan de Staat. Dit ter 'compensatie' van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Deze uitspraak betreft derhalve een afzonderlijke beslissing na een daartoe strekkende vordering van het OM en wordt dus niet tegelijkertijd gedaan met de einduitspraak in de strafzaak. Bij een eenvoudige zaak wordt de vordering veelal gelijktijdig met de hoofdzaak aanhangig gemaakt en veelal dus ook aansluitend daarop behandeld.

Het is bij een ontnermingszaak dus essentieel dat de verdachte bij een afzonderlijk rechterlijke beslissing is veroordeeld. Wanneer in de hoofdzaak deze veroordeling niet heeft plaatsgevonden, zal de rechter de vordering tot ontneming niet-ontvankelijk verklaren.[59] Voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel is een veroordeling in de strafzaak een noodzakelijke voorwaarde, zonder welke de uitspraak in de ontnemingszaak aan nietigheid leidt.[60] De artikelen 348 en 350 Sv zijn van toepassing bij de ontnemingsprocedure. De rechter in de ontnemingszaak dient dus het besluit van de rechter in de onderliggende strafzaak te respecteren.

De vordering tot ontneming van wederrechtelijk voordeel wordt zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk twee jaren na de uitspraak in eerste aanleg bij de rechtsbank aanhangig gemaakt. Indien het strafrechtelijk onderzoek overeenkomstig het bepaalde in art. 126f Sv is gesloten en heropend, wordt de periode van twee jaren verlengd met de tijd verlopen tussen deze sluiting en heropening.[61] Wanneer het voornemen bestaat om een dergelijke vordering daadwerkelijk aanhangig te maken dient dit, uiterlijk bij het requisitoir in de hoofdzaak, duidelijk te worden gemaakt door middel van een machtiging van de rechter-commissaris, art. 126f Sv.

Echter, als dit niet is gebeurd betekent dit niet dat de OvJ niet-ontvankelijk is in de vordering. Uitgangspunt is dat de rechter bepaalt in hoeverre de betrokkene door het verzuim daadwerkelijk is geschaad. Ook zal hij een standpunt moeten innemen of een vermindering

[59] HR 17 februari 2009, *NJ* 2009, 121.
[60] HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 386.
[61] Art. 511b lid 1 Sv.

van het te betalen bedrag, of de niet-ontvankelijkheid van de OvJ, de juiste sanctie is.[62] Zelfs als de OvJ deze vordering, conform het bepaalde in art. 126f lid 3 Sv, niet tegelijkertijd met de sluiting van het SFO heeft betekend aan de betrokkene, zal zijn vordering ontvankelijk blijven. Indien hij hiertoe besluit, zal hij vervolgens beslissen voor welk bedrag de verdachte of veroordeelde voordeel heeft gehad. Aan de hand daarvan zal hij beslissen over het voordeelsbedrag en het ontnemingsbedrag. Meestal zullen deze bedragen hetzelfde zijn omdat het de bedoeling is om de verdachte of veroordeelde in dezelfde financiële positie te brengen als voor het plegen van het strafbare feit. Op basis van art. 36 e lid 4 Sr kan de rechter het ontnemingsbedrag lager vaststellen dan het voordeelsbedrag.

4.2.2 Tweede lid

In het tweede lid van art. 36e Sr wordt bepaald dat de rechter een verplichting tot betaling kan opleggen indien bewezen wordt geacht dat de veroordeelde voordeel heeft verkregen 'door middel van' of 'uit de baten van' het desbetreffende strafbare feit[63]. Men dient dus de vraag te stellen of het gepleegde strafbare feit de bron is waaruit het wederrechtelijk verkregen voordeel is verkregen. Hieronder vallen overigens ook eventuele kostenbesparingen.[64] Dit doet zich voor wanneer bijvoorbeeld belastingen worden ontdoken of stortingen niet op een legale manier plaatsvinden om de kosten te drukken. Het moet echter wel een daadwerkelijk genoten voordeel betreffen.[65] Bij sommige strafbare feiten is niet direct duidelijk wat er allemaal onder het verkregen voordeel valt en moet dit onderzocht worden.

Volgens de Memorie van Toelichting is art. 36e lid 2 Sr voornamelijk in de praktijk van essentieel belang. Immers, indien er sprake is van structurele dan wel georganiseerde misdaad, waarbij tientallen strafbare feiten zijn gepleegd, is het ondoenlijk om deze misdrijven allemaal individueel aan de verdachte ten laste te leggen. In dit geval volstaat het dat er voldoende aanwijzingen zijn dat het uit lid 1 bedoelde feit of andere strafbare feiten door de verdachte zijn begaan.

Art. 36e lid 9 Sr stelt dat bij opleggen van de ontnemingsmaatregel rekening moet worden gehouden met eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen. Oftewel, mocht er al een keer voordeel ontnomen zijn uit een strafbaar feit dan mag dit niet voor een tweede keer worden ontnomen.[66]

---

[62] HR 9 december 2003, *NJ* 2004, 199.
[63] Het desbetreffende strafbare feit is het feit dat bewezen is verklaard in de strafprocedure.
[64] HR 27 januari 2004, *NJ* 2004, 492.
[65] HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 242.
[66] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 12.

Een andere vraag rijst dan ook gelijk. Mocht er na de strafzaak niets zijn onttrokken aan het verkeer, zijn verbeurdverklaard of is er een boete opgelegd, mag dit dan wel in de ontnemingszaak? Ontstaat er dan geen inbreuk op het *ne bis in idem* beginsel? Het antwoord hierop is helder. Er ontstaat geen inbreuk op dit beginsel, immers, de ontnemingsprocedure is een sequeel van de strafzaak. Het is wel in strijd met het *ne bis in idem* beginsel dat er wordt ontnomen terwijl er een vrijspraak ligt. Uiteraard geldt de voorwaarde dat er een onderliggende veroordeling moet zijn om te kunnen ontnemen, anders ontstaat er een conflict met het *ne bis in idem* beginsel.[67]

Zoals hiervoor ook al is beschreven is kan de ontnemingsmaatregel worden opgelegd voor bewezenverklaarde feiten (lid 1) en voor andere feiten waarvoor voldoende aanwijzingen zijn (lid 2). [68] Beide zijn feiten die door de verdachte gepleegd, of er is in ieder geval een sterk vermoeden dat hij ze heeft gepleegd. Daarnaast is het van belang dat de maatregel kan worden opgelegd indien er sprake is van medeplegen. De verdachte kan hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor alleen een deel of de gehele betalingsverplichting ex lid 7.[69]

4.2.3 Derde lid

Volgens het derde lid van art. 36e Sr kan de maatregel voor ontneming worden toegepast als:

1) De verdachte is veroordeeld voor een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd.
2) Als het aannemelijk is dat het misdrijf of andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.

Wat bij lid 3 direct als opmerkelijk kan worden gezien is het begrip ‘aannemelijk’. Immers, strafrechtelijk gezien is dit onduidelijk. Om dit begrip meer houvast te geven, kan er vergeleken worden met strafuitsluitingsgronden en voeging *ad informandum*.[70] De verdachte kan vanzelfsprekend een beroep doen, dan wel gebruikmaken van een strafuitsluitingsgrond. Wanneer deze ten voordele van de verdachte wordt toegekend gebeurt dit op basis van de aannemelijkheid van aangedragen feiten. Bij afdoening *ad informandum* moeten andere feiten de aannemelijkheid onderbouwen. De aannemelijkheid bij *ad informandum* geldt alleen dan wanneer de verdachte bekent dat hij/zij ze ook daadwerkelijk heeft begaan. Indien dit het

[67] Het voegen, door het OM, van een strafzaak zonder tenlastelegging bij een andere zaak die aan de rechter wordt voorgelegd, met het doel de rechter bij de bepaling van de strafmaat rekening te laten houden met de gevoegde zaak.
[68] Zie hiervoor ook onder par. 2.2.3.
[69] Borgers & Kooijmans 2010, p. 617.
[70] Het voegen, door het OM, van een strafzaak zonder tenlastelegging bij een andere zaak die aan de rechter wordt voorgelegd, met het doel de rechter bij de bepaling van de strafmaat rekening te laten houden met de gevoegde zaak.

geval is, is er geen aanvullend bewijs noodzakelijk. *Ad informandum* gevoegde feiten behoeven immers nooit bewijs, ze zijn niet tenlastegelegd.

De aannemelijkheid uit lid 3 wordt verder uitgewerkt onder a. en b. De veroordeelde heeft de bewijslast dat hij aannemelijk moet maken dat de uitgaven die hij zes jaar voorafgaand aan het misdrijf heeft gedaan, gedaan heeft uit een legale bron van uitgaven. De feiten moeten hier de aannemelijkheid onderbouwen. Onder b. wordt gesteld dat men vermoed dat voorwerpen die wederom zes jaar voorafgaand aan het misdrijf aan de verdachte zijn gaan toebehoren voordeel belichamen. De veroordeelde die dit vermoeden wil ontkrachten, zal aannemelijk moeten maken dat 'aan de verkrijging van die voorwerpen een legale bron van herkomst ten grondslag ligt'.[71]

Het derde lid wijkt in opzet af van het tweede lid. Wanneer we lid 3 vergelijken met lid 2 is het verschil dat het niet noodzakelijk is dat de verdachte de strafbare feiten zelf heeft uitgevoerd. Immers, bij ontneming op basis van lid 3 hoeft de rechter niet vast te stellen of de veroordeelde bij alle feiten betrokken was. Hierbij wordt dus niet geëist dat het verkregen voordeel vanuit de strafbare feiten is verkregen, maar wél dat er sprake is van strafbare feiten die hebben geleid tot de verkrijging van het desbetreffende voordeel. Oftewel, hierbij is alleen de aannemelijkheid tussen de strafbare feiten en het verkregen voordeel belangrijk. Hoe het verkregen voordeel nu uit de verschillende feiten precies tot stand is gekomen, is van ondergeschikt belang omdat het OM niet aan hoeft te tonen dat de verdachte of de veroordeelde die feiten heeft begaan.[72]

We mogen dus concluderen dat artikel 36e Sr gebaseerd is op 3 verschillende opties:

Optie 1) De strafbare feiten, waarvoor is veroordeeld, art. 36e lid 2 Sr.

Essentieel bij Optie 1) is dat in de strafprocedure onomstotelijk is bewezen dat de feiten door de veroordeelde zijn begaan. Bij de ontnemingsprocedure spelen ze echter geen enkele rol meer.

Optie 2) De andere feiten waaromtrent aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan. 36e lid 2 Sr.

Optie 2 is een betwistbare variant, immers, er is sprake van andere feiten die waarschijnlijk door de veroordeelde zijn begaan maar dat staat niet vast. Het lijkt aannemelijk dat deze variant onder maatschappelijk druk tot stand is gekomen. Op deze manier kan de structurele en georganiseerde misdaad ook via deze wetgeving worden aangepakt.

---

[71] Art. 36e lid 3 Sr.

[72] *Kamerstukken I* 1992/93, 21 504 en 22 083, nr. 53a, p. 5-6.

Optie 3) De andersoortige strafbare feiten. Hierbij is echter niet vereist, dat de andere strafbare feiten ook door de verdachte zijn begaan, art. 36e lid 3 Sr.

Ook Optie 3) biedt ruimte voor twistpunten. In tegenstelling tot Optie 2) gaan we er hier vanuit dat de verdachte of veroordeelde de andere feiten niet heeft gepleegd. Het OM kan de veroordeelde een betalingsverplichting opleggen, indien uit het onderzoek aannemelijk kan worden gemaakt dat het feit dan wel andere strafbare feiten tot het wederrechtelijk verkregen voordeel hebben geleid. Zoals hierboven al beschreven is het vermoeden uitgewerkt onder het toegevoegde punt a. en b. Uitgaven gedaan of voorwerpen verkregen in de zes jaar voorafgaand aan het misdrijf worden vermoed te wederrechtelijk voordeel te hebben opgeleverd. De verdachte zal moeten aantonen dat hij dit heeft verkregen uit een legale bron. Hierbij moet worden opgemerkt dat de periode van zes jaar niet altijd in acht wordt genomen. Op grond van lid 4 kan de rechter ambtshalve of op vordering van het OM een kortere periode in aanmerking nemen.

4.2.4 Vijfde lid

In het vijfde lid van artikel 36e Sr wordt geregeld wat een veroordeelde aan de Staat dient te betalen. Zoals reeds gemeld wordt de hoogte van dit bedrag door de rechter bepaald. Uitgangspunt hierbij is een schatting van de huidige marktwaarde van de wederrechterlijk verkregen goederen of een bij openbare verkoop te verwachten opbrengst daarvan[73] (executiewaarde).

4.3 Bewijzen in de strafzaak en de ontnemingszaak

In de onderliggende strafzaak oordeelt de rechter of het feit dat ten laste is gelegd wettig en overtuigend is bewezen. Dit oordeel moet op wettige bewijsmiddelen zijn gebaseerd, conform art. 339 Sv. Deze zijn: de eigen waarneming van de rechter, verklaringen van de verdachte, getuigen en deskundigen en schriftelijk bescheiden. Uiteraard behoeven feiten van algemene bekendheid geen bewijs.[74] Dit zijn feiten die iedereen geacht wordt te weten. De wet bepaalt tevens uitdrukkelijk dat in bepaalde gevallen de rechter niet tot een bewezenverklaring mag komen. Hiervan is sprake indien er maar één bewijsmiddel is, verklaring van de verdachte,[75] verklaring van een getuige, [76] de verklaring, zowel mondeling als schriftelijk, van een

[73] Borgers 2001, p. 206 & 207.
[74] Van Boom & Tuul 2010, p. 36.
[75] Art. 341 lid 4 Sv.
[76] Art. 342 lid 2 Sv.

anonieme getuige,[77] en een schriftelijk stuk dat niet de status heeft van een ambtelijk of deskundigenverslag dat niet genoemd wordt in art. art. 344 lid 1 onder 1-4 Sv. Dit zijn de regels van bewijs van de onderliggende strafzaak.

De regels voor de bewijsvoering in de ontnemingszaak wijken af van de hier geschetste regels van bewijs van de onderliggende strafzaak. De rechter hoeft zich bij de ontnemingsprocedure niet te houden aan de 'normale' regels van ons strafvorderlijk bewijsstelsel. Dit is te herleiden uit de Memorie van Toelichting.[78] Deze Memorie van Toelichting zegt immers dat er onderscheid bestaat tussen bewijsmiddelen, bewijsvoering en bewijsgaring. De bewijslast is de mate van bewijs die nodig is om iets bewezen te kunnen achten. Bewijskracht is de mate waarin aan één bewijsstuk wordt bijgedragen aan het halen van de bewijslast. Wanneer we dit nader bekijken betekent dit dat de bewijsgaring een *case* voor het OM is, bijvoorbeeld op basis van een SFO. Wanneer we naar de bewijsmiddelen kijken, dan is artikel 511f Sv van kracht. De rechter kan zijn inschatting omtrent het wederrechtelijk verkregen voordeel alleen bepalen op basis van aan de inhoud van de daarvoor geldende wettige bewijsmiddelen. Deze staan vermeld in artikel 339 Sv.

Indien er sprake is van de bewijskracht bij gebruik van de wettige bewijsmiddelen gelden hele andere regels. Dan zijn artikelen 341 lid 1 t/m 4, 342 lid 2 en 344 lid 1, sub 5 Sv niet van kracht. Deze bewijslastverdeling is niet gebaseerd op het vrije bewijsstelsel dat in het civiele recht van kracht is. Conform het arrest d.d. 22 januari 2008, *NJ* 2008, 406 stelt de HR dat de bewijsminima volgens het Sv niet van toepassing is op de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze zienswijze treffen we ook aan in de Memorie van Toelichting.[79] Op basis van deze stelling overweegt de HR dat de bewijsgaring wél aan dezelfde regels onderhevig zijn indien de bewijsgaring een strafbaar feit ten aanzien van de bedoelde tenlastelegging.[80] Dit impliceert dat deze schatting mag worden bepaald aan de hand van slechts één bewijsmiddel. Sterker, slechts één enkele verklaring van de betrokkene kan volstaan.

Nog een onderscheid is de bewijslastverdeling in de ontnemingszaak. Is in de onderliggende strafzaak vast komen te staan dat het strafbare feit begaan is door de verdachte en dat uit dit strafbare feit wederrechtelijk voordeel is verkregen, dan ligt de weg vrij om de bewijslastverdeling op redelijke en billijke wijze te verdelen tussen het OM en de

[77] Art. 344a lid 1 Sv.
[78] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 13-15.
[79] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 14 en 37.
[80] HR 9 september 1997, *NJ* 1998, 90.

verdachte/veroordeelde.[81] Dit houdt in dat de verdachte/veroordeelde een omgekeerde bewijslast heeft. Hij moet, zoals hierboven al genoemd, aantonen dat hij het voordeel niet wederrechtelijk heeft verkregen maar uit een legale bron. Het OM zal moeten aantonen dat er wel sprake is van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Duidelijk is dat er in de ontnemingszaak minder zware bewijslast, bewijsvoering en bewijsgaring geldt voor het OM dan in de onderliggende strafzaak. Dit is op zich ook goed te verdedigen daar het strafbare feit, indien er sprake is van Optie 1) van lid 2 al overtuigend en wettig bewezen is en de ontnemingszaak een sequeel is van de strafzaak. Bij de andere opties is deze verdeling wellicht in het nadeel van de verdachte. Hij heeft bijvoorbeeld een omgekeerde bewijslast.

4.4 Voorwaarden voor het opleggen van de ontnemingsmaatregel

Voor het toepassen van de ontnemingsmaatregel zijn twee belangrijke voorwaarden leidend: enerzijds sprake zijn van het al eerder omschreven wederrechtelijk verkregen voordeel, anderzijds moet er zijn veroordeeld in de onderliggende strafzaak.

Het onderzoek kan alleen worden uitgevoerd indien er sprake is van daadwerkelijke verdenking van een misdrijf waardoor er financieel voordeel van enige omvang is verkregen. Bovendien dient het onderzoek te zijn uitgevoerd in overeenstemming met de daarvoor geldende rechtsmiddelen.[82]

Bij het opleggen van de ontnemingsmaatregel dient de rechter twee beslissingen te nemen:

1) Hij dient het bedrag te schatten van het wederrechtelijk verkregen voordeel.
2) Hij dient de hoogte van het bedrag te bepalen dat de veroordeelde aan de Staat moet betalen ter compensatie van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

De rechter bepaald bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel door een schatting te maken van de ‘omzet’ die de veroordeelde heeft gerealiseerd, met aftrek van de gemaakte ‘kosten’. Aansluitend dient de rechter te bepalen welk ontnemingsbedrag de veroordeelde aan de Staat moet betalen ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het ontnemingsbedrag bestaat uit het voordeelsbedrag met de draagkracht van de veroordeelde als correctie.

Het ontnemingsbedrag dient derhalve eigenlijk gelijk te zijn met het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het doel van de ontnemingsmaatregel is immers de

[81] Punt 2009, p. 47-50.
[82] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 9.

veroordeelde in die positie terug te brengen waarin hij zich bevond voor het wederrechtelijk verkregen voordeel. De rechter heeft hier de bevoegdheid om het bedrag lager vast te stellen dan het bedrag van geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel. De rechter kan dus matigen. Deze bevoegdheid wordt beschreven in art. 36e lid 4 Sr. Deze bevoegdheid is één van de veranderingen van 1 september 2003. De minister zegt dat deze matigingsbevoegdheid kan worden toegepast: "in die gevallen waarin vooraf al vaststaat dat de betrokkene een eventueel op te leggen bedrag in de toekomst niet zal kunnen betalen, om later dubbel werk te voorkomen".[83] De draagkracht zal alleen dan meegenomen worden indien duidelijk is dat de veroordeelde op dat moment en in de toekomst geen draagkracht heeft of zal hebben.[84]

4.5 Juridische positie van de benadeelde derde

In het Wetboek van Strafrecht speelt de benadeelde derde een ondergeschikte rol, de verdachte is de centrale persoon. Wel kan de benadeelde derde zich voegen in een strafzaak. Hij hoeft dan geen aparte civiele procedure te starten om zich te verhalen op de verdachte. Daarvoor is het wel van belang dat de benadeelde verdachte op de hoogte is van het strafproces tegen de verdachte. Hij wordt niet apart op de hoogte gesteld en zal dit dus zelf in de gaten moeten houden. Het OM heeft in deze geen informatieplicht. Is de benadeelde derde niet op de hoogte dan blijft deze veelal met lege handen achter, tenzij hij dus een civiele vordering indient.

De vraag dringt zich op hoe het zit met de vordering van het slachtoffer of de benadeelde derde? Het Wetboek maakt overigens onderscheid tussen deze twee. Vaak zijn het slachtoffer en de benadeelde derde dezelfde persoon maar dit hoeft niet zo te zijn. Denkbaar is het dat niet alleen het slachtoffer maar ook anderen nadeel hebben ondervonden van het misdrijf van de verdachte.

Is de benadeelde derde correct geïnformeerd, dan kan hij zich voegen in de strafzaak. Veelal ontstaan er dan weinig problemen en zal de benadeelde derde zijn vordering toegewezen krijgen indien aan alle vereisten is voldaan.

In sommige gevallen zal een benadeelde derde die zich *niet* heeft gevoegd in de strafzaak pas nadat de strafprocedure is voltrokken op de hoogte raken van de ontnemingszaak. In dat geval kan de benadeelde derde een vordering uit onrechtmatige daad tegen de veroordeelde instellen.[85] Het vonnis van de strafzaak zal daarbij dienen als dwingend bewijs en de rechter zal de vordering toewijzen aan de benadeelde derde. Er kunnen echter

[83] *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 16.
[84] HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 195.
[85] Art. 6:162 BW.

complicaties optreden als de veroordeelde onvoldoende geld heeft om zowel het geld van de ontneming te betalen aan de Staat en de benadeelde derde op grond van onrechtmatige daad te betalen.

Hierbij zijn meerdere scenario´s denkbaar.

1. Veroordeelde heeft voldoende geld om zowel de Staat als de benadeelde derde te betalen. De veroordeelde betaalt beide.
2. Veroordeelde heeft onvoldoende geld: veroordeelde kan slechts de benadeelde derde of de Staat betalen.
3. Veroordeelde heeft geen geld: niemand wordt betaald.
4. Veroordeelde heeft reeds betaald aan de Staat en heeft voldoende over voor andere vordering: veroordeelde betaalt beide.
5. Veroordeelde heeft betaald aan de Staat maar heeft niet voldoende voor benadeelde derde: benadeelde derde wordt niet betaald.
6. Veroordeelde heeft voldoende geld, betaalt benadeelde derde en Staat: veroordeelde betaalt twee keer.
7. Veroordeelde heeft niet voldoende geld, betaalt aan benadeelde derde: Staat ontvangt niets.

Financiën veroordeelde	Betaling aan benadeelde derde	Betaling aan de Staat
Genoeg geld	X	X
Niet genoeg geld	_	_
Niet genoeg geld (optie 2)	X	_
Niet genoeg geld (optie 2)	_	X
De Staat is al betaald	_	X
De Staat is al betaald	X	X
De benadeelde derde is al betaald	X	_
De benadeelde derde is al betaald	X	X

Dit zijn zeven denkbare scenario's, die we hieronder kort zullen toelichten en becommentariëren. Bij de eerste drie scenario's is de vordering op basis van art. 36e Sr nog niet betaald. Voor bovenstaande scenario's is er een oplossing via art. 577b Sv. Dit artikel

geeft de veroordeelde, maar ook de benadeelde derde en het OM een aantal rechten om zodoende een vordering te verminderen of kwijt te schelden. Volgens lid 2 van art. 577b Sv kan op vordering van het OM, of op schriftelijk en gemotiveerd verzoek van de veroordeelde of van een benadeelde derde, de rechter die de ontnemingsmaatregel heeft opgelegd, het daarin vastgestelde bedrag verminderen of kwijtschelden. Is het bedrag reeds betaald of verhaald, dan kan de rechter bevelen dat het geheel of gedeeltelijk zal worden teruggegeven of aan een door hem aangewezen derde zal worden uitgekeerd.

Bij het *eerste* scenario zal de veroordeelde teveel betalen, want hij zal de vordering zowel aan de benadeelde derde als de Staat betalen. Op deze manier wordt hij dubbel bestraft. De oplossing voor dit scenario is als volgt. De veroordeelde moet op grond van art. 577b Sv een verzoek doen aan de rechter om het bedrag te verminderen. De rechter kan een beschikking geven strekkende tot teruggave van het gedeelte dat teveel is betaald, dit conform art. 577b lid 2 Sv.

Bij het *tweede* scenario heeft de veroordeelde niet voldoende geld om beide vorderingen te voldoen. De veroordeelde moet wederom een verzoek indienen via art. 577b lid 2 Sv. Oftewel, hij moet de rechter verzoeken om een beschikking strekkende een vermindering van het ontnemingbedrag. Zijn motivatie zal rusten op zijn draagkracht. De rechter zal, mits het verzoek is gemotiveerd en berust op de waarheid, zijn verzoek honoreren en de beschikking afgeven met vermindering van het bedrag zodat de vordering van benadeelde derde ook kan worden betaald.

Het *derde* scenario is dat de veroordeelde geen geld heeft en geen enkele vordering kan voldoen. Hier zal de veroordeelde een verzoek moeten indienen bij rechter om kwijtschelding van de vordering. Het verzoek van de veroordeelde zal rusten op zijn draagkracht. Dit zal weer op grond van art. 577b lid 2 Sv moeten plaatsvinden. De benadeelde derde zal een onbetaalde vordering houden op de veroordeelde.

Bij het *vierde* scenario gaan we ervan uit dat de vordering van art. 36e Sr al betaald is. Deze heeft de veroordeelde aan de Staat voldaan. Echter, de benadeelde derde heeft ook nog een vordering op de veroordeelde. Zou de veroordeelde deze betalen, dan zou hij dus dubbel worden bestraft. In een dergelijke situatie kan zowel de veroordeelde als de benadeelde derde een verzoek indienen bij de rechter om vermindering van het bedrag, zodat de benadeelde derde ook zijn vordering betaald krijgt. De rechter zal dan zorg dragen dat het deel van de benadeelde derde aan hem wordt uitbetaald art. 577b lid 2 Sv.

Bij het *vijfde* scenario is de vordering reeds aan de Staat betaald, maar de veroordeelde heeft niet voldoende middelen om tevens de benadeelde derde te betalen. Deze benadeelde

derde zal in dit geval een verzoek moeten indienen bij de rechter om het bedrag aan hem uit te keren volgens art. 577b lid 2 Sv.

Bij scenario *zes* heeft de veroordeelde zowel de Staat als de benadeelde derde betaald. Hij zal een verzoek bij de rechter moeten indienen tot teruggave van het teveel betaalde bedrag. Dit conform art. 577b lid 2 Sv.

Bij scenario *zeven* is er sprake dat de vordering van de benadeelde derde is betaald, waarbij de Staat zijn vordering niet betaald heeft gekregen. De veroordeelde moet hier het verzoek doen tot vermindering van het bedrag wegens zijn reeds betaalde vordering aan de benadeelde en zijn huidige financiële draagkracht, art. 577b lid 2 Sv.

Wanneer we de bovenstaande scenario´s nader beschouwen, veroorzaakt voornamelijk scenario vijf een lastige situatie. Het probleem zit hier specifiek bij de kennis van de benadeelde derde. Hier beschikt de benadeelde derde immers over een procesinitiatief. Voordat een procedure volgens art. 577b Sv kan worden aanvangen, dient men op de hoogte te zijn van de ontnemingsprocedure. Veelal is de benadeelde derde hiervan niet op de hoogte. Het OM heeft geen meldingsplicht jegens de benadeelde derde in een zaak. Ook heeft het OM hier geen onderzoeksplicht. De benadeelde derde zal zichzelf op de hoogte moeten stellen van de aanhangige zaak.

In veel gevallen zal er van herstel van de rechtmatige toestand echter geen sprake zijn. Als de benadeelde derde niet bekend is bij de Staat en hij zich niet heeft gevoegd in het strafproces, zal het ontnomen bedrag volledig terugvloeien in de Staatskas. In dat geval eigent de Staat zich dus de onrechtmatig verkregen gelden toe die tenminste voor een deel de benadeelde derde partij toebehoren. Wat dat betreft is het rechtherstellend vermogen van de ontnemingsmaatregel beperkt. Ook is het mogelijk dat de veroordeelde geld heeft weggesluisd of duurzaam heeft geconsumeerd uit angst voor ontneming. In dit geval valt er niets te ‘halen’.

5 Conclusies en aanbevelingen

5.1 Conclusies aangaande het herstellend vermogen van de maatregel.

Het voorgaande betoog is gericht op de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag; ter herinnering: *Wordt door toepassing van de ontnemingsmaatregel de rechtmatige situatie van elk der betrokken partijen hersteld en, zo ja, in hoeverre?*
Bij de beantwoording van deze vraag, gaan we uit van het gegeven dat de rechtmatige situatie betrekking heeft op drie partijen, te weten 1) de verdachte/veroordeelde, 2) de benadeelde derde en 3) de Nederlandse Staat.

Wanneer we de ontnemingsmaatregel projecteren op 1) de veroordeelde crimineel kan de rechtmatige situatie in sommige gevallen volledig worden hersteld. Veel criminelen zullen een deel van het genoten voordeel hebben aangewend voor allerlei (consumptieve) doeleinden. De ‘kleine’ crimineel zal het voeren van een excessieve levenstandaard kunnen opvoeren. Bij de ‘grote’ professioneel opererende misdadiger is er een bijkomend probleem, omdat deze vaak zal proberen zijn onrechtmatig verkregen vermogen weg te sluizen door het te verstoppen in het buitenland, in moeilijk traceerbare BV constructies, vastgoed en op andere lastig grijpbare manieren. Ook in dat geval zal het dus erg lastig zijn om de rechtmatige situatie (helemaal) te herstellen.

Laten we de ontnemingsmaatregel vervolgens projecteren op 2) de benadeelde derde. Hier zal slechts van in gevallen dat hij zich voegt sprake zijn van herstel van de rechtmatige situatie. Zoals in §4.5 uiteengezet, is de belangrijkste reden dat er bij de veroordeling van de crimineel geen informatieplicht jegens de benadeelde derde bestaat. Met andere woorden, de benadeelde derde moet zelf zien te achterhalen of en zo ja waar de crimineel is gepakt, of en wanneer er een zitting heeft plaatsgevonden en of er sprake is van een veroordeling. Als de benadeelde derde al deze informatie heeft vergaard moet hij vervolgens een procedure opstarten om via de rechter zijn vermogen of een deel daarvan terug te krijgen. Daarbij komt nog dat de rechter naar eigen inzicht het te ontnemen bedrag mag matigen. Het lijkt alleszins aannemelijk dat de benadeelde derde in veel gevallen de gedupeerde zal zijn. Men kan veilig stellen dat de ontnemingsmaatregel ook hier tekort schiet om de rechtmatige toestand te herstellen.

Tot slot bekijken we de ontnemingsmaatregel vanuit het perspectief van 3) de Nederlandse Staat. In die gevallen dat de Staat daadwerkelijk benadeeld is door de veroordeelde (bijvoorbeeld in het geval van belastingontduiking) zal, wanneer het

onrechtmatig verkregen voordeel volledig is te ontnemen, de rechtmatige situatie mogelijk hersteld kunnen worden.

Maar stel dat niet de Nederlandse Staat de benadeelde is maar een privépersoon. In veel gevallen zal er van herstel van de rechtmatige toestand dan geen sprake zijn. Dat hangt direct samen met de slechte juridische positie waarin de benadeelde derde zich bevindt, immers in die gevallen waarin de gedupeerde niet bij de overheid bekend is en zich niet uit eigen beweging heeft gevoegd in de strafzaak, zal het ontnomen bedrag volledig terugvloeien in de Staatskas. In dat geval eigent de Staat zich dus de onrechtmatig verkregen gelden toe die tenminste voor een deel de benadeelde derde partij toebehoren. Dus ook hier is er absoluut geen sprake van herstel van de oude rechtmatige situatie.

Alles overwegende kan men stellen dat het rechtherstellend vermogen van de ontnemingsmaatregel beperkt is. Wat betreft de veroordeelde kan het wederrechterlijk verkregen voordeel niet ontnomen worden als dit niet duurzaam is geconsumeerd of ontraceerbaar is weggesluisd. Wat betreft de Staat geldt dat enerzijds vaak slechts een gedeelte van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen, terwijl anderzijds een deel van het bedrag dat eigenlijk toebehoort aan de benadeelde derde in de staatskas vloeit. Het behoeft weinig betoog dat de positie van deze derde partij het slechtst is; in veel gevallen zal het slachtoffer niets krijgen.

5.2 Aanbevelingen

Uit de voorgaande paragraaf volgt dat het herstellen van de oorspronkelijke toestand in de praktijk vaak niet goed wordt gerealiseerd. Met name de benadeelde derde partij komt er vaak bekaaid af. Om ervoor te zorgen dat de ook de benadeelde derde wordt hersteld in de oude rechtmatige situatie, doe ik op basis van het voorgaande de volgende aanbevelingen. In de eerste plaats zou de wetgever over moeten gaan tot het instellen van een opsporings- en meldingsplicht richting de benadeelde derde. Op die manier worden personen die (financieel) de dupe zijn van een misdrijf ook daadwerkelijk in staat gesteld hun recht te halen. Mijns inziens zou er een extra lid aan art. 36e Sr moeten worden toegevoegd waarin verwoord wordt dat het OM de benadeelde derde moet opsporen en op de hoogte moet stellen van het strafproces en de mogelijkheid voor de benadeelde derde om zich in dit proces te voegen. Tot aan de instelling van een dergelijke opsporings- en meldingsplicht kan er van herstel van de rechtmatige toestand hooguit gedeeltelijk sprake zijn.

Verder zou de overheid over kunnen gaan tot het oprichten van fonds waarin alle door veroordeelden in het kader van de ontnemingswet aan de Staat betaalde bedragen worden

gestort. Mocht er dan blijken dat de Staat minder nadeel heeft geleden dan het bedrag dat de veroordeelde is ontnomen, dan kan dit bedrag werken als een soort ‘buffer’. Benadeelde derde partijen zouden vervolgens in staat gesteld moeten worden om hun schade te verhalen met een gemotiveerd beroep op dit fonds. Dit zou echter ook via een art. 577b Sv vordering kunnen gaan. Dit systeem bestaat al alleen is het geen aparte ‘pot’ speciaal ingericht voor dit doel. Deze maatregelen zouden sterk bijdragen aan een rechtvaardige uitvoering van de ontnemingsmaatregel, gericht op het herstellen van de rechtmatige situatie van alle betrokken partijen.

Gebruikte afkortingen

Artikel	Art.
Centraal Justitieel Incasso Bureau	CJIB
Criminele Inlichtingen Eenheid	CIE
Europees Hof voor de Rechten van de Mens	EHRM
Gerechtelijk Vooronderzoek	GVO
Koninklijk Besluit	KB
Memorie van Toelichting	MvT
Openbaar Ministerie	OM
Ontslag van alle rechtsvervolging	Ovar
Officier van Justitie	OvJ
Rechter-Commissaris	R-C
Strafrechtelijk Financieel Onderzoek	SFO
Staatsblad	Stb.
Ter Beschikking Stelling	TBS
Wet op de Economische Delicten	WED
Wetboek van Strafrecht	Sr
Wetboek van Strafvordering	Sv

Literatuurlijst

Cleiren & Nijboer 2010

C.P.M. Cleiren, en J.F. Nijboer, Tekst & Commentaar Strafrecht, achtste druk: Kluwer, 2010.

Punt 2009

H.G. Punt, *Praktijkboek Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, derde druk, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Cliteur 2005

P.B. Cliteur, *Nederlands recht*, Kluwer, 2005.

Corstens 2005

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Kluwer, 2005.

Borgers 2001

M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001.

Vruggink 2001

J. Vruggink, *Gepakt en gezakt. Invloed van de ontnemingsmaatregel op daders*, Leiden: Thela Thesis, 2001.

Beckers 1999

O.J. Beckers, Voordeelsontneming: een aantal bevindingen in de praktijk, In: P. EveraLSVbars, J.L. van der Neut en J. Simmelink (red.), *Ontnemingswetgeving in perspectief*, Deventer, Gouda: Quint, 1999.

Everaars & Van der Neut & Simmelink 1999

P. Everaars & J.L. van der Neut & J. Simmelink, *Ontnemingswetgeving in perspectief*, Deventer, Gouda: Quint 1999.

Keulen 1999

B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht. Een commentaar op de ontnemingswetgeving*, Gouda: Quint 1999.

Doorenbos 1997

D.R. Doorenbos, *Witwassen en voordeelsonteming*, Deventer: W. E. J. Tjeenk Willink, 1997.

Groenhuijsen & Van der Neut & Simmelink 1997

M.S. & J.L. van der Neut & J. Simmelink, *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Gouda: Quint Deventer, 1997.

Van Duyne 1995

P.C. van Duyne, *Het spook en de dreiging van de georganiseerde misdaad*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1995.

Keijser-Ringnalda 1994

L.F. Keijser-Ringnalda, Boef en Buit. *De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Nelen & Kouwenberg 1994

H. Nelen & R. Kouwenberg, R. Aidala, *Plukze; de implementatie, Verslag van een eerste peiling binnen de arrondissementsparketten, rechtbanken en BFO's*,: WODC 1994.

Ruis & Vos 1993

J. Ruis & M. Vos, *PLUK ZE Buitgericht opsporen*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV-Uitgevers, 1993.

Van der Landen 1992

D. van der Landen, Straf en maatregel. *Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1992.

Groenhuijsen & Kalmthout 1989

M.S. Groenhuijsen en A.M. van Kalmthout (red), *Voordeelsontneming in het strafrecht. Een commentaar op het rapport van de Werkgroep Legislatieve Projecten Vermogenssancties*, Arnhem: Gouda Quint, 1989.

Rapporten

Rapport Nelen & Sabee 1998

Rapport het vermogen te ontnemen; Evaluatie van de ontnemingswetgeving – eindrapport, Onderzoek en Beleid, nr.170, 1998.

Artikelen

BOOM-Nieuws 2011

BOOM-Nieuws, Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie, nr. 61.

Van Boom & Tuul 2010

W.H. van Boom, M.L. Tuul, I. van der Zalm, Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?, *NTBR* 2010/12, nr. 7, p. 36-42.

Borgers & Kooijmans 2010

M.J. Borgers en T. Kooijmans, Verruiming van de mogelijkheden tot voordeelontneming: het vervolg, *DD* 2010 afl. 5/36.

Borgers & Kooijmans 2010

M.J. Borgers en T. Kooijmans, Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming, DD 2010 afl. 3/16.

BOOM-nieuws 2009

BOOM-nieuws, Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie, nr. 56.

Doorenbos 2000

D.R. Doorenbos, ‘Kroniek van het straf(proces)recht’, *NJB* afl. 10, 10 maart 2000.

Franken & Jurgens 1999

A.A. Franken, M. Jurgens, ‘Geen bewijs, toch betalen of zitten’, *Advocatenblad* 17, 17 september 1999.

Keijser-Ringnalda 1993

L.F. Keyser-Ringnalda, ‘De buitgerichte benadering van de Pluk ze-wetgeving’, *NJB* 11 maart 1993, afl.10.

Jurisprudentie

HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 105.

HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

HR 17 februari 2009, *NJ* 2009, 121.

HR 26 september 2006, *NJ* 2006, 538.

HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 386.

HR 9 december 2003, *NJ* 2004, 199.

HR 27 januari 2004, *NJ* 2004, 492.

HR 9 januari 1996, *NJ* 1996, 305.

HR 15 juni 1999, *NJ* 1999, 591.

HR 1april 2003, *NJ* 2003, 497.

HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 195.

HR 22 januari 2008, *NJ* 2008, 406.

EHRM, 1 maart 2007, nr. 30810/03.

Kamerstukken

Eerste Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 21 504 en 22 083, nr. 53a

Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 21 504, nr. 3

Tweede Kamer, 4 juni 1992, 86-5191, 86ste vergadering

Tweede Kamer, vergaderjaar 1990-1991, 21 504, nr. 5

Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 504, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 1878-1879, nr. 3