

De verruiming van de ontnemingsmaatregel is een feit. Maar per wanneer?

Caroline de Sitter en Rosa van Zijl¹

De Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming kent geen overgangsbepalingen. Het algemene overgangsrecht is dus van toepassing. Bij strafvorderlijke wijzigingen is dat helder, bij strafrechtelijke minder. De zienswijze die het Openbaar Ministerie in deze hanteert, verruimt echter niet alleen de mogelijkheden van voordeelontneming, maar tegelijkertijd die van het overgangsrecht zelf. Dat kan niet.

De titel van de Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming geeft haarscherp de strekking ervan weer: deze op 1 juli 2011 in werking getreden wetswijziging verbreedt het instrumentarium voor ontneming en verruimt de mogelijkheden voor confiscatie.²

Nu de wetgever geen bijzondere overgangsregeling heeft getroffen, is het normale overgangsrecht dat voortvloeit uit art. 1 Sr en art. 1 Sv van toepassing. Namens het Openbaar Ministerie is met betrekking tot het overgangsrecht een standpunt ingenomen³ dat niet alleen diens positie nog verder vergemakkelijkt, maar ook onjuist is.

Ter toelichting worden in dit artikel eerst kort de wetswijzigingen op een rij gezet. Daarna zullen wij aangeven wat volgens ons de juiste interpretatie van het overgangsrecht is en waarom het Openbaar Ministerie het bij het verkeerde eind heeft.

Materiële wetswijzigingen

In het Wetboek van Strafrecht zijn art. 33a en 36e gewijzigd, die respectievelijk de verbeurdverklaring en de ontneming regelen. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kan op twee manieren worden geconstrueerd, omschreven in lid 2 en 3 van art. 36e Sr.

Op basis van lid 2 kan bij iedere veroordeelde (ongeacht de zwaarte van het delict waarvoor hij is veroordeeld)

voordeel worden ontnomen dat is verkregen door middel van of uit de baten van het bedoelde strafbare feit of andere feiten waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door hem zijn begaan. Tot 1 juli 2011 was aan die andere feiten het bijkomend vereiste verbonden dat dit soortgelijke feiten waren of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kon worden opgelegd. Deze laatste eis is per 1 juli 2011 vervallen.

Op basis van lid 3 kan voordeel worden ontnomen bij iemand die is veroordeeld wegens een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, indien aannemelijk is dat of dat misdrijf of andere strafbare feiten ertoe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In dat geval geldt sinds 1 juli 2011 een bewijsvermoeden: uitgaven die de veroordeelde heeft gedaan (of voorwerpen die aan hem zijn gaan toebehooren) in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf, belichamen wederrechtelijk verkregen voordeel, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan (of de voorwerpen zijn verkregen) uit een legale bron van inkomsten.

De ontneming van art. 36e lid 3 Sr, die bij 'zwaarder' veroordeelden dus wordt gebaseerd op het vermogen en niet op aanwijzingen over andere strafbare feiten, is op drie punten veranderd. Ten eerste is het instellen van een Strafrechtelijk Financieel Onderzoek ('SFO') niet meer verplicht. Ten tweede moet iemand zijn veroordeeld voor een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie. Voorheen was dat een misdrijf waar een geldboete van de vijfde categorie kon worden opgelegd. Dat was een lichtere eis, omdat ook strafverzwarende omstandigheden buiten de wettelijke delictomschrijving – zoals het daderschap van een rechtspersoon – tot oplegging van een hogere

Er is een bewijsvermoeden geïntroduceerd dat een grote verantwoordelijkheid bij de verdediging legt

boete kunnen leiden. Ten derde is een bewijsvermoeden geïntroduceerd dat een grote verantwoordelijkheid bij de verdediging legt.

Naast de verruiming van de grondslag van het ontneemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel is ook de aansprakelijkheid verruimd. In art. 36e lid 7 Sr is de mogelijkheid tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor mededaders geïntroduceerd. Tot 1 juli 2011 bepaalde de rechter welk deel van het totale voordeel aan elk van de verdachten moest worden toegerekend. Hoofdelijke aansprakelijkheid behoorde niet tot de mogelijkheden.

In art. 33a Sr wordt in de nieuwe wet bepaald dat voorwerpen die aan de veroordeelde toebehoren en die door middel van *of uit de baten van* het strafbare feit zijn verkregen verbeurd kunnen worden verklaard. De woorden 'of uit de baten van' zijn toegevoegd. Deze woorden waren bij de invoering van de ontnemingswetgeving in 1993 geschrapt, om tot een betere afgrenzing tussen de verbeurdverklaring en de ontnemingsmaatregel te komen. Door de opsporingspraktijk werd deze scheiding echter als kunstmatig ervaren en zodoende is met de nieuwe wet een overlap tussen ontneming en verbeurdverklaring in het leven geroepen.⁴

Voor de veroordeelde zijn de belangrijkste gevolgen als volgt samen te vatten:

- 1) Ten aanzien van meer strafbare feiten kan wederrechtelijk verkregen voordeel worden ontnomen.
- 2) De veroordeelde kan onder omstandigheden worden gedwongen om inzicht te verschaffen in de herkomst van zijn vermogen. Indien de veroordeelde dat niet doet of niet kan, kan de wederrechtelijkheid zonder nadere aanwijzingen worden verondersteld.
- 3) De veroordeelde kan onder omstandigheden worden gedwongen om inzicht te verschaffen in de verdeling van wederrechtelijk verkregen voordeel. Laat de veroordeelde dit na, dan kan hij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.

Gezien deze vergaande gevolgen is het voor de veroordeelde van groot belang of de nieuwe bepalingen in het Wetboek van Strafrecht op hem van toepassing zijn.

Formele wetswijzigingen

Naast de materiële wijzigingen zijn een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafvordering gewijzigd. Omdat het algemene overgangsrecht ten aanzien van strafvorderlijke wijzigingen geen ruimte laat voor discussie, waarover hierna meer, zijn voor de rest van dit artikel slechts de materiële wijzigingen van belang. Wij beperken ons daarom tot een opsomming van de formele wijzigingen in de hier opgenomen verwijzing.⁵

Auteurs

1. Mr. C. de Sitter en mr. R. van Zijl zijn beiden advocaat te Den Haag.

Noten

2. Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 1.

3. C.J. Zweers & H.G. Punt, 'Overgangsrecht bij de wetswijziging per 1 juli 2011',

BOOM-Nieuws, juli 2011, nr. 61 p. 7-12.

4. Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 4.

5. Art. 94a lid 3 Sv (versoepeling van de eisen van het beslag onder derden); art. 126a lid 5 Sv (toevoeging geheimhoudingsplicht); art. 126fa Sv ((her)opening van het SFO na eindspraak); art. 511d Sv (mogelijkheid van schriftelijke ronde voorafgaand

Een nadelige wetswijziging mag niet van toepassing worden geacht op feiten die vóór die wetswijziging zijn begaan

Overgangsrecht

Ondanks het verstrekkende karakter van (sommige van) de wijzigingen heeft de wetgever geen overgangsregeling getroffen. De algemene regels van het overgangsrecht zijn daarom van toepassing.

Het algemene overgangsrecht ten aanzien van strafvorderlijke wijzigingen laat zoals gezegd geen onduidelikheden bestaan. Het bepaalt dat strafvorderlijke wetswijzigingen van toepassing zijn vanaf de ingangsdatum van de wet, in dit geval 1 juli 2011. Strafvorderlijk handelen dat na 1 juli 2011 plaatsvindt, wordt beheerst door de nieuwe, reeds geldende, wet.⁶

Bij strafrechtelijke wijzigingen ligt dit gecompliceerder. Voor materiële wijzigingen geldt art. 1 lid 2 Sr: 'Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.' Bij veranderingen *ten nadele* van de verdachte geldt (dus) het verbod van terugwerkende kracht: een nadelige wetswijziging mag niet van toepassing worden geacht op feiten die vóór die wetswijziging zijn begaan. Voor materiële wijzigingen *ten voordele* van de verdachte is een extra toets ingevoerd door de Hoge Raad. Indien strafrechtelijke veranderingen ten gunste van de verdachte blijken te geven van gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van het feit werken deze wijzigingen direct door (dus ook ten opzichte van feiten begaan vóór de datum van de wetswijziging). Geven deze wijzigingen geen blijken van een veranderd inzicht dan wordt de nieuwe wet pas toegepast bij feiten die na de wetswijziging zijn begaan.

De Hoge Raad heeft bij arrest van 12 juli 2011 zijn standpunt in deze verder aangescherpt.⁷ Bij materiële wetswijzigingen ten gunste van de verdachte, maakt de Hoge Raad nu onderscheid tussen enerzijds veranderingen in specifieke strafmaxima en meer algemene regels over sanctieoplegging en anderzijds veranderingen die verband houden met delictomschrijvingen. In de laatste categorie behoren onder andere veranderingen in bestanddelen of het vervallen van strafbaarstellingen, bijvoorbeeld in verband met de invoer van een ander handhavingsregime (zoals bestuursrechtelijke handhaving).⁸

aan de behandeling ter terechtzitting); art.

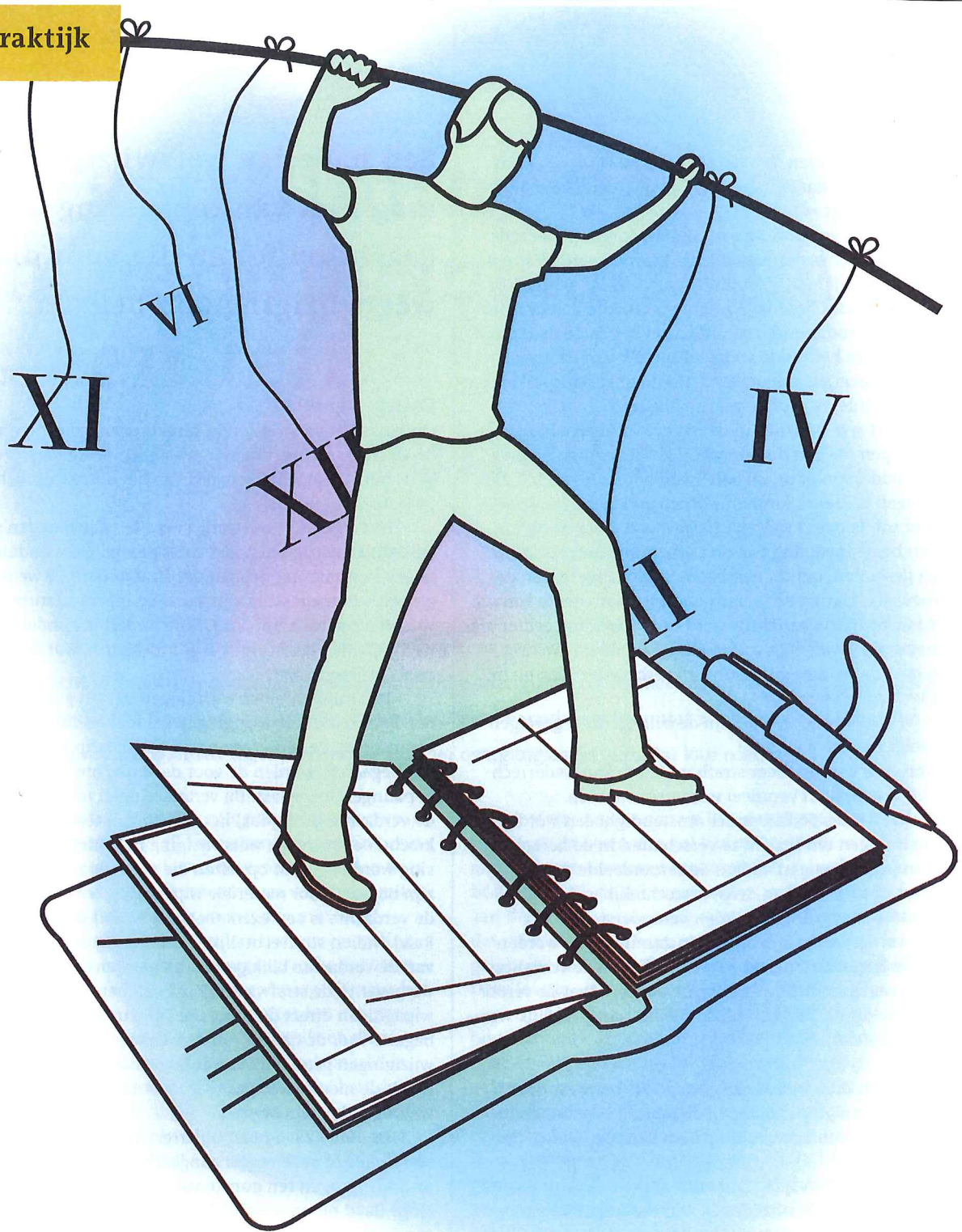
511e lid 1 Sv (eindspraak binnen zes weken); art. 575 Sv (mogelijkheid van beslag onder derden in de executiefase); art. 577ba t/m 577bg Sv (introdutie van het Strafrechtelijke Executie Onderzoek).

6. Cleiren & Nijboer 2007, *Tekst & Commentaar Strafvordering* (zevende druk), art. 1, aant. 12 en Melai e.a., *Wetboek van*

Strafvordering, art. 1, aant. 22.

7. HR 12 juli 2011, LJV BP6878, r.o. 3.5.2, 3.6.1 en 3.6.2, gewezen naar aanleiding van het arrest van het EHRM 17 september 2009 (*Scoppola vs. Italië*).

8. Zie ook HR 11 oktober 2011, LJV BQ8193.



Voor de eerste categorie (gewijzigde sanctieregeling ten gunste van de verdachte) geldt nu dat wetswijzigingen onmiddellijk moeten worden toegepast, ongeacht of sprake is van een gewijzigd inzicht omtrent strafwaardigheid. Voor de tweede categorie (gewijzigde delictomschrijvingen ten gunste van de verdachte) geldt onverminderd de toets van het gewijzigd inzicht.

Overgangsrecht en voordeelontneming

Nu de normale regels van het overgangsrecht van toepassing zijn op de Wet verruiming mogelijkheden voor-

deelontneming, dient ter vaststelling van de geldende bepaling, eerst te worden bezien of de betreffende bepaling van strafvorderlijke of strafrechtelijke aard is.

De wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering hebben directe werking. Na 1 juli 2011 zijn deze formeelrechtelijke wijzigingen dus onmiddellijk van toepassing op de betreffende processuele handelingen.

Voor de vaststelling van het geldende materiële recht, moet worden bezien of de gewijzigde bepaling van het Wetboek van Strafrecht ten voor- of ten nadele van een verdachte werkt. Nadelige wijzigingen hebben inge-

Als het standpunt van het Openbaar Ministerie zou worden gevolgd, is dit een aderlating voor de rechtszekerheid

volge art. 1 lid 2 Sr en het beginsel van verbod van terugwerkende kracht, nooit directe werking.

Dit beginsel wordt overigens niet geschonden indien er sprake is van een wijziging in het Wetboek van Strafrecht die dermate formeel is dat slechts sprake is van een herverkaveling van de regelgeving. Dat is een andere toets dan die van het gewijzigd inzicht. Bij herverkaveling is immers niet vast te stellen of een wetswijziging ten gunste of ten nadele van een verdachte werkt. Deze wijzigingen hebben directe werking vanaf het moment van inwerkingtreding.

De wijzigingen in de Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming zijn meer dan een herverkaveling van regelgeving. Zij behelzen voor het overgrote deel een verslechtering van de positie van de verdachte. Dat behoeft weinig toelichting; de wet was met af aan bedoeld om de ontneming te vergemakkelijken.

De verruiming van de mogelijkheden van verbeurdverklaring in art. 33a Sr, de verzwakking van de eisen van art. 36e lid 2 en 3 Sr en de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 36e lid 7 Sr zijn veranderingen ten nadele van justitiabelen.⁹ Deze nieuwe regels kunnen pas worden toegepast bij feiten die na de wetswijziging zijn begaan. Alleen de eis van art. 36e lid 3 Sr dat iemand moet zijn veroordeeld voor een misdrijf dat *naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd* met een geldboete van de vijfde categorie is aan te merken als een verzwaring en daarom als een verbetering van de positie van de verdachte. Voor dergelijke gunstige sanctiewetwijzigingen heeft de Hoge Raad recent bepaald dat ze direct doorwerken.¹⁰

Standpunt Openbaar Ministerie

Het Openbaar Ministerie hanteert echter een andere toets en stelt zich (dus) op een ander standpunt.¹¹ Voor de materiële bepalingen wordt eerst bekeken of er sprake is van een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van het feit. Als geen sprake is van een gewijzigd inzicht, kan de nieuwe wet (naar de mening van de auteurs) ook worden toegepast op feiten die voortvloeiend uit de wetswijziging zijn gepleegd. Als wel sprake is van een gewijzigd inzicht, zou de voor de verdachte

gunstigste bepaling moeten worden toegepast.

Deze beoordelingswijze is echter in strijd met art. 1 lid 2 Sr en niet in lijn met de uitleg van de Hoge Raad van het overgangsrecht. Voor een verdachte nadelige wijzigingen hebben nooit terugwerkende kracht, bij voordelige wijzigingen moet bij bepaalde wijzigingen de toets van het gewijzigd inzicht worden aangelegd. De redenering van het Openbaar Ministerie leidt ertoe dat alle wijzigingen (ook nadelige) die niet van een gewijzigd inzicht getuigen, direct van toepassing zouden zijn.

Als het standpunt van het Openbaar Ministerie zou worden gevolgd, is dit een aderlating voor de rechtszekerheid. Het heeft immers tot gevolg dat de veroordeelde zwaarder wordt gesanctioneerd dan mogelijk was ten tijde van het plegen van het strafbare feit.

Conclusie

In onze visie kunnen de wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering direct in alle ontnemingszaken worden toegepast. De wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht – de verruiming van de mogelijkheden van verbeurdverklaring in art. 33a Sr, de verzwakking van de eisen van art. 36e lid 2 en 3 Sr en de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 36e lid 7 Sr – kunnen pas worden toegepast in zaken die worden gestart naar aanleiding van feiten die zijn gepleegd na de wetswijziging van 1 juli 2011. Alleen de eis uit art. 36e lid 3 Sr, dat iemand moet zijn veroordeeld voor een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, geldt ook voor strafbare feiten die zijn gepleegd vóór 1 juli 2011.

Geconstateerd moet echter ook worden dat overgangsrecht complexe materie is, die bovendien nog in ontwikkeling is, en waarover de meningen zijn verdeeld. Voor iedere procesdeelnemer loont het dan ook om in specifieke zaken heel secuur de wet en de jurisprudentie op dit onderwerp na te slaan.

Toch durven wij met stelligheid te beweren dat in ieder geval de opvatting van het Openbaar Ministerie geen stand kan houden. De ontnemingsmaatregel mag dan verruimd zijn, het overgangsrecht is dat niet. ●

9. Het oordeel van het Hof Amsterdam (11 oktober 2011, L/JN BT7566) dat art. 1 Sr niet van toepassing is op de invoering van de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 36e lid 7 Sr, nu het geen materiële (extra) sanctie betreft maar louter een executiemodaliteit, achten wij onjuist. Ten eerste is onduidelijk waar het hof het standpunt op baseert dat wijzigingen met betrekking tot executie in het Wetboek van Strafrecht niet vallen onder de reik-

wijde van art. 1 Sr. Ten tweede betreft art. 36e lid 7 Sr meer dan alleen de executiemodaliteit. Het betreft mede de vaststelling van de hoogte van het voordeel dat aan de justitiabele kan worden toegerekend. Door de invoering van lid 7 kan hij voor meer aansprakelijk worden gesteld dan zijn eigen aandeel. Zie ook Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, L/JN BU1645. Het Hof Leeuwarden oordeelde dat de invoering van de hoof-

delijke aansprakelijkheid verandering van wetgeving is in de zin van art. 1 lid 2 Sr. Omdat deze verandering een wijziging ten nadele van de veroordeelde is, dient de voor veroordeelde meest gunstige bepaling te worden toegepast. Alleen bij na 1 juli 2011 gepleegde feiten kan de veroordeelde hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor wederrechtelijk verkregen voordeel.

10. HR 12 juli 2011, L/JN BP6878.

11. C.J. Zweers & H.G. Punt, 'Overgangsrecht bij de wetswijziging per 1 juli 2011', *BOOM-Nieuws*, juli 2011, nr. 61, p. 7-12. (Zie ook H.G. Punt, *Praktijkboek ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011). In Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, L/JN BU1645, stelt de advocaat-generaal zich op eenzelfde standpunt.