

Vergaderjaar 2001–2002

28 079

Wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijke verkregen voordeel (aanpassing ontnemingswetgeving)

A

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 17 mei 2001 en het nader rapport d.d. 29 oktober 2001, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 14 februari 2001, no.01.000767, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnis met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (aanpassing ontnemingswetgeving). In de adviesaanvraag is de Raad verzocht, in het bijzonder aandacht te besteden aan het vervallen van de resterende betalingsverplichting na het volledig ondergaan van vervangende hechtenis.

De huidige regeling ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel dateert van 1993. Sindsdien zijn vanuit verschillende gezichtspunten evaluaties uitgevoerd, vooral betreffende de manier waarop in de praktijk aan de nieuwe wettelijke mogelijkheden al dan niet toepassing is gegeven. Het wetsvoorstel strekt ertoe, de regeling naar aanleiding van de uitkomsten van deze evaluaties op een aantal punten bij te stellen. De bijstelling is bescheiden van aard; de belangrijkste wijzigingen betreffen de regeling van de vervangende hechtenis, de bepaling van de omvang van de betalingsplicht en de schikkings- en transactiebevoegdheid. De Raad van State maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de doelstelling van het wetsvoorstel en de hiervoor genoemde specifieke onderwerpen. De Raad is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens mededeling van de Directeur van uw Kabinet van 14 februari 2001, 01.000767, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies betreffende het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Het advies van de Raad van State, gedateerd 17 mei 2001, doe ik u hierbij toekomen.

1. Doelstelling van het wetsvoorstel

Blijkens het algemeen gedeelte van de memorie van toelichting heeft het wetsvoorstel ten doel enige in de praktijk gebleken knelpunten en onduidelikheden weg te nemen. Hierbij wordt verwezen naar het WODC-rapport van 1998, waarin slechts ten aanzien van de problematiek van het doorbreken van schijnconstructies een fundamentele verandering van de wetgeving wordt aanbevolen. Gewezen wordt op het ervaringsfeit dat het in de grote, meer

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

complexe zaken vaak zes jaar of langer duurt voordat er een onherroepelijke uitspraak is, waarna de tenuitvoerlegging nog de nodige tijd kan vergen. Voorts wordt in de toelichting opgemerkt dat, voorzover de resultaten van de ontneming bij de verwachtingen achterblijven, dit niet aan de huidige regeling te wijten valt.

De in de memorie van toelichting van 1990 omschreven uitgangspunten worden in de toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel integendeel uitdrukkelijk onderschreven.

Het trekt de aandacht dat in de memorie van toelichting de discussie met enerzijds het openbaar ministerie en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en anderzijds de Nederlandse Orde van Advocaten een belangrijke plaats inneemt. Dit doet uiteraard niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van de regering voor de in het wetsvoorstel neergelegde keuzen. De Raad adviseert scherper tot uitdrukking te brengen hoe en in hoeverre de afzonderlijke onderdelen van het wetsvoorstel naar het oordeel van de regering zullen bijdragen aan het opheffen van praktische knelpunten, en waar daarvoor nog organisatorische voorzieningen moeten worden getroffen.

Dit geldt in het bijzonder voor de enige min of meer fundamentele herziening, te weten die om schijnconstructies aan te pakken. Naar het oordeel van de Raad zou in het bijzonder aandacht moeten worden besteed aan de relatie met de in de memorie van toelichting genoemde aanpak van de zogenoemde «BUCRO-problematiek» via de zelfstandige strafbaarstelling van witwassen van de opbrengsten van misdrijven. Verder kan een toelichting op de aanpak van schijnconstructies via buitenlandse (rechts)personen naar het oordeel van de Raad moeilijk worden gemist, nu het wetsvoorstel zich primair richt op het ontnemen van voordeel bij derden die onder de Nederlandse rechtsmacht vallen.

1. De Raad memoreert dat het wetsvoorstel ten doel heeft enige in de praktijk gebleken knelpunten en onduidelijkheden weg te nemen. De Raad adviseert scherper tot uitdrukking te brengen waar het wetsvoorstel meer specifiek gericht is op het wegnemen van gebleken praktische knelpunten bij de uitvoering van de ontnemingswetgeving, en waar eventueel nog praktische voorzieningen getroffen moeten worden.

In reactie hierop merk ik op dat de afgelopen jaren diverse knelpunten naar boven zijn gekomen bij de uitvoering van de ontnemingswetgeving. Zowel het aangehaalde evaluatieonderzoek van het WODC als de adviescommissie wetgeving van het Openbaar Ministerie (in hun advies «knelpunten in de ontnemingswetgeving») geven daarvan een overzicht. In het voorliggende wetsvoorstel wordt op vrijwel alle gesignaleerde knelpunten ingegaan. Het is evenwel niet steeds mogelijk een in de uitvoeringspraktijk gevoeld knelpunt strikt te onderscheiden in een «praktisch» dan wel «ander» knelpunt. Zo wordt met de voorgestelde verruiming van de mogelijkheden voor conservatoir beslag enerzijds een principieel juridisch punt aangeraakt, maar voor de uitvoeringspraktijk gaat het hier tegelijkertijd ook om een praktisch knelpunt. Daar waar mogelijk wordt in het wetsvoorstel dit onderscheid wel gemaakt; in dit verband verwijs ik naar paragraaf 3 van de toelichting, waar in het bijzonder wordt ingegaan op een aantal knelpunten van vooral praktische aard. Over de gehele linie zijn inspanningen verricht die ertoe strekken de geconstateerde knelpunten binnen het kader van de bestaande regelgeving te verhelpen. In dit verband is niet zonder meer sprake van een of meer specifieke voorzieningen die getroffen zijn voor het opheffen van een of meer bepaalde knelpunten.

De Raad verzoekt om bijzondere aandacht voor de relatie tussen het voorgestelde artikel 94a, derde en vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering en de zelfstandige strafbepaling tegen het witwassen. De laatste strafbepalingen hebben tot doel tegen te gaan dat criminele opbrengsten in het legale financiële verkeer worden gebracht. Daartoe zijn veelal schijnconstructies nodig om de overgang van het ene vermogen naar het andere te verklaren. Te verwachten is dat invoering van de witwasbepalingen in de artikelen 420 bis, 420 ter en 420 quater Sr het beslag op criminele opbrengsten zal vergemakkelijken, doordat zij geen onderscheid maken tussen opbrengsten uit misdrijven die door de verdachte zelf of door een ander zijn begaan. Die ander heeft een

eigen strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het beschikken over bepaalde gelden. Ook indirecte opbrengsten zijn vatbaar voor beslag. Zoals in de memorie van toelichting op het onderhavige wetsvoorstel reeds is aangegeven zal niet alle geld uit misdrijf afkomstig onder vigeur van de nieuwe witwasbepalingen voor inbeslagneming en daarop volgend verhaal vatbaar zijn, omdat ook hier geldt dat zal moeten worden aangetoond dat er een relatie bestaat tussen een misdrijf en het aangetroffen geld en ten tweede dat de verdachte de gehele delictomschrijving heeft vervuld. Ten slotte zullen ook voor de handhaving van deze bepalingen extra inspanningen op het terrein van de financiële expertise bij politie en justitie moeten worden geleverd. Ook voor de aanpak van vermogen dat door de betrokkene in het buitenland is ondergebracht zal op basis van de bestaande verdragen de hulp van buitenlandse autoriteiten voor de beslaglegging moeten worden ingeroepen.

De Raad vraagt om een nadere toelichting van de beoogde aanpassing van de regeling van het beslag in verband met de zogenaamde BUCRO-problematiek; daarbij moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid van beslag bij derden die zich in het buitenland bevinden met inbegrip van buitenlandse rechtspersonen. Mede tegen de achtergrond van de toenemende noodzaak tot internationale samenwerking op het terrein van ontneming en witwassen is een internationaal ontnemingsdeskundige aangesteld die deels werkzaam is bij het Bureau Ontnemingswetgeving OM (BOOM) en deels bij het Bureau Internationale Rechtshulp van mijn Ministerie. De toelichting is in deze zin aangevuld.

2. Vervangende hechtenis

Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel vormt de gewijzigde regeling van de vervangende hechtenis.¹ Op grond van het nu geldende recht beveelt de rechter dat vervangende hechtenis (van ten hoogste zes jaar) zal worden toegepast indien de door hem opgelegde verplichting tot betaling van een bedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel niet wordt nageleefd. In het voorontwerp van het nu aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel was voorgesteld het vooraf opleggen van vervangende hechtenis te vervangen door de mogelijkheid in de executiefase lijfswang (van ten hoogste drie jaar) op te leggen. Anders dan in de huidige regeling zou de betalingsverplichting blijven bestaan na het uitzitten van de lijfswang.

Met dit voorstel werd tegemoetgekomen aan de kritiek dat de rechterlijke betrokkenheid in de executiefase in de huidige regeling te beperkt is, waardoor onvoldoende maatwerk kan worden geleverd. Dit voorstel is echter van verschillende kanten, zij het om uiteenlopende – soms zelfs tegengestelde – redenen op kritiek gestuit.² In het onderhavige wetsvoorstel wordt daarom een andere oplossing voorgesteld.

De bestaande regeling wordt flexibeler gemaakt door de mogelijkheden van rechterlijke toetsing in de executiefase te verruimen. De beperking dat de rechter in die fase het opgelegde bedrag of de hechtenis slechts bij «nova» mag verminderen³ wordt geschrapt. Ook de bepaling dat de vervangende hechtenis niet wordt verminderd door het voldoen van slechts een deel van het verschuldigde bedrag (artikel 24d, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (WvS) komt te vervallen. Als de vervangende hechtenis volledig is ondergaan, vervalt de resterende betalingsverplichting.

De vraag rijst of deze oplossing de meest geschikte is. Het achterliggende probleem lijkt te zijn dat de huidige regeling onvoldoende rekening houdt met de (ontwikkeling van de) mogelijkheid tot betaling door de veroordeelde; als in de executiefase blijkt dat de veroordeelde niet (meer) kan voldoen aan zijn betalingsverplichting, kan hij niettemin in hechtenis worden genomen. De hechtenis fungeert in die gevallen niet als pressiemiddel om te betalen (de spreekwoordelijke «stok achter de deur»), maar als «vervangende straf». Een dergelijke toepassing van de regeling staat echter op gespannen voet met artikel 5 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). In dit artikel is bepaald in welke gevallen iemand zijn vrijheid kan worden ontnomen. De regeling van de vervangende hechtenis in het kader van de ontnemingswetgeving kan slechts worden beschouwd als een «arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the

¹ De artikelen I, onderdeel A, en II, onderdeel R, van het wetsvoorstel.

² Zie paragraaf 4.3 van de memorie van toelichting.

³ Artikel 577b, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.

fulfilment of any obligation prescribed by law» als bedoeld in onderdeel b van artikel 5, eerste lid, EVRM. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat vrijheidsbeneming op grond van het nationale recht in het licht van deze bepaling slechts is toegestaan wegens niet-naleving van een rechterlijk bevel. Indien en zolang de veroordeelde in betalingsonmacht verkeert, is vrijheidsbeneming op grond van onderdeel b gelet op het doel van de hechtenis niet mogelijk.¹

In de geldende regeling van de vervangende hechtenis in het kader van de ontnemingswetgeving is de beperking dat bij betalingsonmacht niet vervangend mag worden gehecht, niet opgenomen. Artikel 577b, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (WvSv), blijft facultatief geformuleerd; bij gebleken betalingsonmacht is de rechter niet verplicht de hechtenis kwijt te schelden; de betalingsplicht blijft bestaan. De Raad wijst erop dat in dit verband de betalingsonmacht niet blijvend behoeft te zijn. Naar het oordeel van de Raad komt ook het karakter van de vervangende hechtenis als pressiemiddel om te betalen onvoldoende uit de verf in het wetsvoorstel. Indien de vervangende hechtenis moet dienen als pressiemiddel, ligt het niet voor de hand de betalingsverplichting voor betalingsonwilligen te laten ophouden nadat de hechtenis is ondergaan.² Zoals hiervoor is opgemerkt, was in het voorontwerp van wet (naar mag worden aangenomen in verband hiermee) bepaald dat de betalingsverplichting blijft bestaan na het uitzitten van de lijfswang. In het voorliggende wetsvoorstel is hiervan echter weer afgezien.

De Raad adviseert op dit punt terug te keren naar de oorspronkelijk beoogde wetswijziging en de hechtenis zo in te richten dat deze als – uiteraard proportioneel toe te passen – pressiemiddel kan fungeren. Mede gelet op de lange looptijd van «zware» ontnemingszaken die in het algemeen gedeelte van de memorie van toelichting wordt geschetst, ligt het niet in de rede dat – zoals aan het eind van hoofdstuk 4 van de toelichting wordt gesteld – na tien jaar weigering aan een ontnemingsvonnis te voldoen «een punt achter de zaak wordt gezet». Andere achterstallige schulden aan de overheid, zoals belasting-schulden (mits de Belastingdienst de verjaring heeft gestuit), worden evenmin op grond van een dergelijk tijdsverloop aan onwillige betalingsplichtigen kwijtgescholden. De Raad constateert dat de bezwaren tegen het oorspronkelijke voorstel voor de invoering van lijfswang vooral waren ingegeven door de privaatrechtelijke modellering daarvan en als gevolg daarvan de in sommige gevallen weinig effectieve tijdsduur daarvan. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat het werken met een vervangende hechtenis het enige alternatief zou zijn, zeker niet nu daardoor het beeld van een «dubbele bestraffing» kan blijven bestaan. Het feit dat in de bestaande wetgeving «vervangende hechtenis» en «privaatrechtelijke lijfswang» bekende juridische termen zijn, betekent niet dat de wetgever in dit verband uitsluitend uit deze twee figuren zou kunnen kiezen. De Raad geeft in overweging binnen de strafrechtelijke context van het wetsvoorstel en met inachtneming van het in artikel 5 EVRM gegeven kader de hechtenis als pressiemiddel ter nakoming van de opgelegde betalingsverplichting vorm te geven.

Het karakter van de hechtenis als pressiemiddel maakt het noodzakelijk, rekening te houden met situaties van objectieve betalingsonmacht. Daarom adviseert de Raad in de memorie van toelichting uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de vraag op wie de last rust aannemelijk te maken dat al dan niet sprake is van betalingsonmacht. Juist hierover bestaan blijkens de over het wetsvoorstel uitgebrachte adviezen grote meningsverschillen.

De Raad beveelt aan om binnen de strafrechtelijke context van het wetsvoorstel en met inachtneming van artikel 5 EVRM de hechtenis als pressiemiddel ter nakoming van de opgelegde betalingsverplichting vorm te geven. De Raad denkt daarbij aan de aanvankelijk voorgestelde verlengde lijfswang en acht daarbij niet vanzelfsprekend dat de betalingsverplichting na de tenuitvoerlegging van de hechtenis komt te vervallen.

Daarbij merkt de Raad op dat het achterliggende probleem is dat de huidige regeling onvoldoende rekening houdt met de ontwikkeling van de mogelijkheid tot betaling door de veroordeelde. In het bijzonder is de vraag op welk

¹ Hof Amsterdam, 21 januari 1999, NJ 1999, 488.

² In het bijzonder het College van procureurs-generaal is een voorstander van het handhaven van de betalingsverplichting in dergelijke gevallen; advies van 17 april 2000, bladzijde 4.

tijdstip kan worden geconstateerd wanneer er sprake is van betalingsonmacht of -onwil en welke consequenties daaraan worden verbonden. In het verlengde hiervan heb ik nagegaan bij welke groep veroordeelden deze problematiek bij de uitwinning van de betalingsverplichting aan de orde is. Schematisch zijn er drie groepen te onderscheiden: 1) De gevallen waarin de hoogte van de betalingsverplichting door de uitwinning van de in beslag genomen voorwerpen en de overige vermogensbestanddelen wordt gedekt; 2) De gevallen waarin de veroordeelde niet meer over enig vermogen beschikt waarop de vordering kan worden verhaald, terwijl aannemelijk is dat de opbrengst van de delicten op niet meer te achterhalen wijze is verteerd. Er is dan sprake van betalingsonmacht; 3) De gevallen waarin de veroordeelde al dan niet met behulp van schijnconstructies heeft gepoogd de opbrengst van de strafbare feiten aan uitwinning te onttrekken. Die pogingen hebben dan in zoverre succes gehad dat de overheid niet in staat is geweest om op die vermogensbestanddelen eerder beslag te leggen of aannemelijk te maken dat de voorwerpen waarop beslag is gelegd moeten worden aangemerkt als wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien de rechter wel een betalingsverplichting heeft opgelegd, terwijl er geen of onvoldoende zichtbaar vermogen van de veroordeelde is aangetoond en niettemin het vermoeden bestaat dat gelden zijn «weggesluisd», kan sprake zijn van betalingsonwil. Bij de behandeling van de vordering tot vaststelling van de betalingsverplichting is het primair aan het OM om de hoogte van de ontnemingsvordering te adstrueren. Indien gesteld wordt dat er sprake is van (verborgen) vermogen waaruit de betalingsverplichting kan worden voldaan, moet het daarvoor over aanwijzingen beschikken. Het OM heeft daartoe specifieke bevoegdheden die voor het strafrechtelijk financieel onderzoek zijn toegekend. Anderzijds is het aan de betrokkene die stelt dat hij niet kan betalen, om aannemelijk te maken dat zijn vermogen betaling niet toelaat. De rechter kan bij het vaststellen van de omvang van de betalingsverplichting rekening houden met de vermogenspositie van de verdachte. Bij de toelichting op het oorspronkelijke wetsvoorstel werd daarover opgemerkt: «Strekking van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is te bewerkstelligen dat datgene wat 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 hij het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft geschat. Dat zou bij voorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een deel of het geheel van het wederrechtelijk verkregen voordeel inmiddels is opgesoupeerd en er niet voldoende vermogensobjecten resteren, en naar wordt gevreesd ook in de toekomst zullen worden verworven, om het geschatte bedrag aan voordeel op te verhalen.» (Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr. 3, blz. 78–79). In het Nader Rapport bij dat wetsvoorstel is aangegeven dat de voordeelsontneming in beginsel niet meer zal belopen dan het nog beschikbare vermogen. (Kamerstukken II 1989/90, 21 504, B, blz. 14). Bij het meergenoemde arrest van de Hoge Raad van 16 april 1996, NJ 1998, 631, heeft de Hoge Raad overwogen dat de draagkracht van de veroordeelde in het algemeen geen verplichte maatstaf vormt voor de bepaling van de hoogte van de betalingsverplichting. Artikel 36e, vierde lid, Wetboek van Strafrecht verschaft echter wel een matigingsbevoegdheid en daarmee de mogelijkheid om «met de ten tijde van de oplegging van de maatregel bestaande en toekomstige draagkracht van de veroordeelde rekening te houden.» Voorts stelt de Hoge Raad vast dat de wet beperkte mogelijkheden biedt om na het opleggen van de maatregel nog «rekening te houden met omstandigheden die de draagkracht beïnvloeden en die ten tijde van het opleggen van de maatregel reeds voldoende bekend waren». Dat leidt tot de conclusie dat de rechter indien de veroordeelde «geen draagkracht heeft en naar redelijke verwachting ook in de toekomst niet zal hebben» van zijn matigingsbevoegdheid gebruik dient te maken. (Zie ook de weergave van B.F. Keulen – Crimineel vermogen en strafrecht, 1999, blz. 51–52, waaraan het voorgaande is ontleend).

Er zijn derhalve twee tijdstippen waarop relevant is wat de omvang van het vermogen van de betrokkene is, namelijk in de eerste plaats bij het vaststellen van de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de op te leggen

betalingsverplichting en in de tweede plaats bij de vaststelling van het niet nakomen van de betalingsverplichting en de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. In de literatuur is uit het voorgaande de conclusie getrokken dat de wetgever niet heeft gewild dat iemand die echt niet kan betalen vervangend wordt gehecht. Het ligt niet voor de hand dat aan iemand die in betalingsonmacht verkeert een betalingsverplichting wordt opgelegd die leidt tot de tenuitvoerlegging van die hechtenis. Deze gedachtegang wordt bevestigd bij de herziening van de regeling van het burgerlijk procesrecht, waarbij in artikel 588 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt bepaald dat uitvoerbaarheid bij lijfswang niet wordt uitgesproken indien de schuldenaar buiten staat is aan de verplichting waarvoor tenuitvoerlegging bij lijfswang wordt verlangd, te voldoen (Kamerstukken I 2000/01, 26 855, nr. 250).

Als belangrijkste vraag blijft over wanneer kan worden gesproken van betalingsonwil en welke consequenties daaraan worden verbonden. De Raad verbindt aan het karakter van de maatregel als pressiemiddel na het negeren van een rechterlijk betalingsbevel in de zin van artikel 5 EVRM de suggestie om de betalingsverplichting na de tenuitvoerlegging van de hechtenis te laten bestaan. Daartoe zou de lijfswang tot een specifiek strafvorderlijk dwangmiddel moeten worden omgevormd. Aan deze suggestie van de Raad heb ik gevolg gegeven. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn daartoe aangevuld met een afzonderlijke bepaling over de tenuitvoerlegging van lijfswang. Teneinde tegemoet te komen aan de bij de zittende magistratuur bestaande wens om beter rekening te kunnen houden met gewijzigde omstandigheden in de vermogenspositie van de veroordeelde heb ik de procedure waarin de veroordeelde verzoekt om vermindering of kwijtschelding gehandhaafd. Daarnaast stel ik voor dat op vordering van het openbaar ministerie door de rechter de lijfswang kan worden bevolen indien pogingen tot verhaal van de betalingsverplichting door het openbaar ministerie op de gebruikelijke wijze zoals beschreven in artikelen 574 tot en met 576 van het Wetboek van Strafvordering zijn gestrand. Aannemelijk moet dan evenwel zijn dat er geen sprake is van betalingsonmacht.

Zoals in reactie op het WODC-onderzoek al is aangegeven gaat het bij de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet in hoofdzaak om ingrijpende aanpassingen van de regelgeving, maar primair om verbetering van de uitvoeringspraktijk. Deze moet veeleer worden gezocht in het uitbreiden van de expertise binnen de politie, het OM en de deurwaarders bij het achterhalen van (mogelijke weggesluisde) vermogensbestanddelen en het ontmantelen van schijnconstructies. Uiteraard is verbetering van de toepassing van de ontnemingswetgeving niet mogelijk door wijziging van de regelgeving alleen; de uitvoeringspraktijk moet er ook in organisatorische zin voldoende op zijn toegerust. Daartoe zijn reeds de nodige maatregelen in gang gezet. Binnen het Openbaar Ministerie speelt het BOOM een belangrijke rol als landelijk kennis- en expertisecentrum. In 2000 is een aantal organisatorische maatregelen doorgevoerd, dat moet bijdragen aan een betere toepassing van het ontnemingsinstrument. Zo is een internationaal ontnemingsdeskundige aangesteld (met het oog op tenuitvoerlegging van internationale rechtshulpverzoeken met ontnemingsaspecten); voorts heeft het BOOM inmiddels één van de twee beoogde gespecialiseerde officieren van justitie aangesteld, die operationele ondersteuning kunnen bieden aan parketten bij grote, complexe ontnemingszaken. In algemene zin is voorts van belang dat de gefaseerde introductie van een nieuw opleidingspakket op het gebied van financieel rechenen op vier niveaus (variërend van basisniveau tot zeer gespecialiseerd) zal bijdragen aan de benodigde deskundigheidsbevordering van politie en Openbaar Ministerie.

3. Matigingsbevoegdheid

Voorgesteld wordt om aan artikel 36e, vierde lid, WvS, toe te voegen, dat de rechter bij de vaststelling van het te betalen bedrag rekening kan houden met de huidige en de redelijkerwijs te verwachten draagkracht van de verdachte of de veroordeelde.¹ Blijkens hoofdstuk 5 van de memorie van toelichting zou de rechter van deze bevoegdheid uitsluitend gebruik moeten maken in gevallen waarin vooraf al vaststaat dat de betrokkene een eventueel op te leggen bedrag in de toekomst niet zal kunnen betalen. De Raad wijst erop dat het

¹ Artikel I, onderdeel B, van het wetsvoorstel.

begrip draagkracht zoals dat bekend is uit het recht betreffende de straftoemeting niet zonder meer kan worden overgeplant in de context van een ontnemingsmaatregel. De Hoge Raad heeft bij herhaling overwogen dat de draagkracht van de verdachte geen verplichte maatstaf vormt ter bepaling van de grootte van het aan de staat te betalen bedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel; de reparatoire aard van deze sanctie strookt daarmee. Wel kan bij de vaststelling van het bedrag rekening worden gehouden met de te verwachten mogelijkheden dat de betrokkene tot betaling zal kunnen overgaan. Bij de oplegging van een vermogenssanctie wordt daarentegen met de draagkracht rekening gehouden om te voorkomen dat strafsancties de één veel zwaarder zouden treffen dan de ander, al naar gelang de financiële positie van de betrokkenen.

Hoewel de persoonlijke financiële positie van invloed kan zijn op de moeite die het kost om aan een ontnemingsmaatregel te voldoen, moet in het oog worden gehouden dat deze maatregel als doel heeft aan de betrokkene het voordeel te ontnemen dat hij door criminele activiteiten heeft verkregen. Bij een juiste toepassing van de maatregel doet zich alleen dan een probleem voor als de betrokkene zichzelf in de positie heeft gebracht waarin hij de criminele revenuen niet meer kan afstaan – hetzij doordat deze zijn verteerd, hetzij doordat hij ze aan anderen heeft afgestaan.

Een eventueel tekort aan «draagkracht» kan in deze context dus altijd aan de betrokkenen worden aangerekend. Naar het oordeel van de Raad moeten eventuele vragen omtrent de «draagkracht» dus worden opgevat als betrekking hebbende op eventuele «betalingsmacht». De Raad onderkent dat het begrip «draagkracht» in de jurisprudentie over voordeelsontneming in deze gewijzigde betekenis is opgevat. Voor de toekomst zou echter ook terminologisch zoveel mogelijk rekening moeten worden gehouden met het wezenlijke verschil tussen oplegging van straffen, waaronder vermogenssancties, enerzijds, en de maatregel van voordeelontneming anderzijds. Daarom verdient het naar het oordeel van de Raad aanbeveling het gebruik van de term «draagkracht» te beperken tot de context van de straftoemeting.

Dit neemt niet weg dat het, mede gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt over artikel 5 EVRM, praktisch kan zijn rekening te houden met de beschikkingsmacht van de betrokkene over de criminele revenuen voordat de ontnemingsmaatregel wordt opgelegd. Ook naar het oordeel van de Raad is het uit een oogpunt van proceseconomie onwenselijk de discussie hierover geheel naar de executiefase te verschuiven (artikel 577b WvSv). Aan de andere kant moet een situatie worden vermeden waarin voorbarig tot betalingsmacht wordt geconcludeerd. Het openbaar ministerie kan altijd nog op grond van artikel 577b, eerste lid, juncto artikel 561, derde lid, WvSv een betalingsregeling treffen. De Raad adviseert in de memorie van toelichting aan deze mogelijkheid uitdrukkelijk aandacht te besteden.

De Raad acht het, gezien het karakter van de ontnemingsmaatregel, ongewenst te tornen aan het uitgangspunt van het huidige artikel 36e, vierde en vijfde lid, waarin het «wederrechtelijk verkregen voordeel» in zijn reële economische betekenis wordt opgevat. Geadviseerd wordt de voorgestelde aanvulling van artikel 36e, vierde lid, WvS tegen deze achtergrond nader te bezien en daarbij verwarring met het draagkrachtbegrip van de straftoemeting zoveel mogelijk te vermijden. In de toelichting zou een en ander tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Hoewel het primair op de weg van de verdachte of veroordeelde ligt om zijn eventuele betalingsmacht krachtens het voorgestelde aangevulde artikel 36e aan de orde te stellen, zou daarbij ook moeten worden overwogen de rechter de bevoegdheid te verlenen ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie (en niet slechts «op het gemotiveerde verzoek van de verdachte of veroordeelde») rekening te houden met de werkelijke financiële mogelijkheden van betrokkene.

3. Tegen de achtergrond van de beschouwingen van de Raad over de betekenis van het begrip «draagkracht» heb ik de memorie van toelichting en artikel 36e, vierde lid, Sr aangevuld. Ik onderschrijf het oordeel van de Raad dat het primair op de weg van de verdachte of de veroordeelde ligt om zijn eventuele betalingsmacht aan de orde te stellen, maar dat in bijzondere gevallen wanneer hij dat nalaat bij voorbeeld omdat hij eerder heeft afgezien van rechtsbijstand of geen enkel zicht heeft op zijn financiële situatie, de

rechter ook de bevoegdheid moet hebben ambtshalve rekening te houden met de financiële mogelijkheden van de betrokkene; ook de officier van justitie zou een daartoe strekkende vordering kunnen doen. In de aanvulling van de tekst van artikel 36e is dit tot uitdrukking gebracht.

4. Schijnconstructies

Met de voorgestelde aanpassing van artikel 94a WvSv wordt beoogd meer mogelijkheden te geven om beslag te leggen op voorwerpen die de verdachte bij een derde heeft ondergebracht. Het moet dan gaan om voorwerpen die onmiddellijk of middellijk afkomstig zijn van het misdrijf in verband waarmee de geldboete kan worden opgelegd onderscheidenlijk het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen (derde lid, onderdeel a). Er moeten bovendien voldoende aanwijzingen bestaan dat die voorwerpen aan de ander zijn gaan toebehoren met het doel de uitwinning van die voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen (onderdeel b) en de ander moest weten of redelijkerwijze kunnen vermoeden dat die voorwerpen afkomstig waren van een misdrijf (onderdeel c). Ook andere aan de ander toebehorende voorwerpen kunnen in beslag worden genomen, tot ten hoogste de waarde van de in het derde lid bedoelde voorwerpen (vierde lid). De Raad merkt hierover het volgende op.

a. De voorgestelde mogelijkheid om beslag onder derden te leggen wordt in het wetsvoorstel ook voorzien ter executie van een geldboete. Uit het wetsvoorstel en de toelichting daarbij blijkt niet, welke argumenten ten grondslag liggen aan dit voorstel, dat het kader van de herziening van de ontnemingswetgeving te buiten gaat. De Raad adviseert artikel 94a, derde lid, WvSv, aan te passen dan wel nader te motiveren.

b. Uit de formulering van artikel 94a, derde lid, blijkt dat het moet gaan om voorwerpen die onmiddellijk of middellijk afkomstig zijn van het misdrijf in verband waarmee het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen (derde lid, onderdeel a). De derde moet bovendien weten of redelijkerwijze kunnen vermoeden dat het voorwerp van een misdrijf afkomstig is (onderdeel c). In een aantal adviezen is ervoor gepleit ook beslag mogelijk te maken op andere voorwerpen die door degene tegen wie een ontnemingsvordering is ingesteld, zijn vervreemd met het doel de uitwinning van zijn vermogen te bemoeilijken.¹ Deze adviezen zijn niet overgenomen, aangezien de minister zo min mogelijk wil afwijken van het uitgangspunt dat derden niet met hun vermogen aansprakelijk zijn voor vorderingen op een ander.² Dat neemt niet weg dat het bewijs van de relatie tussen een bepaald voorwerp en zijn misdadige oorsprong veelal lastig zal zijn te leveren. De witwashandelingen die de schijnconstructie constitueren, hebben immers juist mede als doel de misdadige herkomst te verdoezelen. Ook de «wetenschap» van de misdadige oorsprong is moeilijk vast te stellen. Deze problemen kunnen nadelige gevolgen hebben voor de effectiviteit van de voorgestelde regeling. Hierop zou in ieder geval in de memorie van toelichting dienen te worden ingegaan.

c. De toelichting op het vierde lid acht het redelijk dat beslag mogelijk is ook op andere voorwerpen dan de in het derde lid bedoelde, bijvoorbeeld indien die voorwerpen inmiddels een deel van hun waarde hebben verloren. De Raad stelt vast dat in de tekst van het voorgestelde vierde lid met deze laatste situatie geen rekening wordt gehouden. De tekst van dit artikelonderdeel dient met de toelichting in overeenstemming te worden gebracht.

d. In artikel 574 WvSv is, waar het gaat om het verhaal op de in beslag genomen goederen, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaard. Om problemen in de executiefase te voorkomen, verdient het aanbeveling in artikel 574 WvSv uitdrukkelijk te bepalen dat ook verhaal mogelijk is op de op grond van artikel 94a, derde lid, in beslag genomen voorwerpen.

¹ Advies van de NvVR, bladzijde 4, advies van het College van procureurs-generaal, bladzijde 8.

² Hoofdstuk 6 van de memorie van toelichting.

4a. De Raad merkt terecht op dat de voorgestelde uitbreiding van artikel 94a, derde lid, ook van toepassing is op de tenuitvoerlegging van geldboeten. Het primaire doel van deze wijziging is het tegengaan van schijnconstructies. In de memorie van toelichting is dit verduidelijkt.

4b. De Raad wijst op de omstandigheid dat het leggen van een relatie tussen een bepaald voorwerp en een bepaald misdrijf veelal lastig zal zijn zoals vereist voor toepassing van het voorgestelde artikel 94a, derde lid. Dat is inderdaad een deel van de problematiek van de ontnemingspraktijk in een notendop. Hoewel de beslagmogelijkheden relatief ruim zijn, zal voor het daadwerkelijk executeren van het beslag toch de herkomst van het voorwerp en de relatie tussen degene tegen wie de ontnemingsmaatregel is gericht en de derde-beslagene moeten worden vastgesteld. Het vaststellen van het verband tussen het voorwerp en de wetenschap van de beslagene dat het voorwerp van misdrijf afkomstig is kan soms eveneens problemen opleveren. In de memorie van toelichting is evenwel reeds aangegeven dat voor het aannemen van het subjectieve bestanddeel in artikel 94a, derde lid, onder c, voldoende is dat dit aan objectieve omstandigheden kan worden ontleend: gelet op een aantal specifieke omstandigheden van het geval had de derde op de gedachte moeten komen dat aan de legale herkomst van het voorwerp moest worden getwijfeld. Hierbij valt te denken aan voorwerpen, waarvoor de derde geen of een te verwaarlozen tegenprestatie behoeft te leveren en die te zijner beschikking komen. Door het toevoegen van deze bepaling verwacht ik geen problemen die de uitvoeringspraktijk nog extra zullen belasten. Wel zijn aan de verruiming van de beslagmogelijkheden voorwaarden voor de toepassing verbonden.

4c. De Raad geeft in overweging om de tekst van artikel 94a, vierde lid, WvSv aan te vullen, omdat het in de toelichting gegeven voorbeeld niet onder die bepaling zou vallen. Het gaat om het verhaal op andere voorwerpen die aan de derde toebehoren in plaats van het voorwerp dat met behulp van een schijnconstructie bedoeld in het derde lid buiten het vermogen van de verdachte of veroordeelde zijn gebracht. Het vierde lid maakt mogelijk dat bij waardevermindering van het oorspronkelijke voorwerp beslag wordt gelegd op een ander voorwerp dat toebehoort aan de derde, maar ook indien het oorspronkelijke voorwerp zijn waarde heeft behouden en een ander voorwerp van die derde gemakkelijker te beslaan of uit te winnen is, kan het verhaal daarop plaatsvinden. De enige voorwaarde die in het vierde lid wordt gesteld is dat de waarde van het andere voorwerp die van het met behulp van een schijnconstructie verworven voorwerp niet te boven mag gaan. Naar mijn mening wordt het door de Raad aangehaalde voorbeeld wel bestreken door het voorgestelde vierde lid en is aanpassing niet noodzakelijk.

4d. De Raad merkt op dat artikel 574 WvSv zou moeten worden aangevuld opdat zeker wordt gesteld dat verhaal ook genomen kan worden op de voorwerpen die op grond van artikel 94a, derde lid, in beslag zijn genomen. In Artikel II, onderdeel P, is evenwel reeds voorgesteld om in het eerste en derde lid «goederen» te wijzigen in «voorwerpen». Daarmee heeft artikel 574 reeds betrekking op alle voorwerpen die op grond van artikel 94a in beslag zijn genomen, hetgeen het genoemde derde lid reeds omvat. Naar mijn mening is de door de Raad gewenste aanvulling dan ook niet nodig.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

5. De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn overgenomen met uitzondering van de kanttekening na het vierde liggende streepje. Bij de wet van 10 mei 2000 tot wijziging van enige bepalingen in het Wetboek van Strafvordering (systematische aanpassingen) Stb. 204, in werking getreden op 1 juni 2000, is het juiste nieuwe tekstonderdeel van artikel 577b, eerste lid, gepubliceerd: «en 572 tot en met 576».

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge u verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde wetsvoorstel en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 17 mei 2001, no. W03.01.0084/I, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In artikel I, onderdeel B, ook het derde lid van artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht wijzigen; in dat lid «ook andere strafbare feiten» vervangen door: dat feit of andere strafbare feiten.
- In artikel II, onderdeel F, ook in het derde lid van artikel 118 van het Wetboek van Strafvordering «117, tweede lid» vervangen door: artikel 117, eerste lid.
- In artikel II, onderdeel J, het tweede onderdeel nummer 2 laten vervallen. De wijziging onder nummer 1 volstaat.
- In artikel II, onderdeel R, in de wijziging onder nummer 1 «en 572 tot en met 576» vervangen door: 572 tot en met 576.
- In artikel II, onderdeel S, in de wijziging onder nummer 2 «Artikel 577, achtste lid» vervangen door: Artikel 577b, achtste lid.
- In de memorie van toelichting, hoofdstuk 6, derde alinea, «kale kikker» vervangen door: kale kip.