

DE SCHAKELBEPALINGEN VAN DE ONTNEMINGSPROCEDURE: DE KUNST VAN HET WEGLATEN

Wouter de Zanger*

De procedure tot oplegging van de ontnemingsmaatregel heeft vorm gekregen doordat verschillende bepalingen ten aanzien van het reguliere strafproces van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Door sommige bepalingen juist *niet* van toepassing te verklaren heeft de wetgever een afwijkend procesrecht in het leven geroepen voor de ontnemingsprocedure. Deze wetgevingstechniek is op kritiek gestuit en heeft de rechter voor keuzes gesteld.

1 Inleiding

De maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, ook wel ontnemingsmaatregel genoemd, dient om misdadigers hun met misdaad verkregen vermogen af te nemen. Misdaad mag immers niet lonen.¹ Deze maatregel wordt opgelegd in een aparte, van de reguliere strafzaak afgescheiden procedure die is neergelegd in Titel IIIb van het vierde Boek van het Wetboek van Strafvordering. Daarmee is een breuk gemaakt met het zogenoemde concentratiebeginsel, dat voorschrijft dat de rechter één beslissing neemt ter zake van alle vragen van artikel 350 Sv en dus over de gehele sanctieoplegging.² Dit neemt niet weg dat de ontnemingsprocedure gelijktijdig met of direct na de reguliere strafzaak kan worden gevoerd.³ De wettelijke regeling van de ontnemingsprocedure wordt gekenmerkt door het gebruik van schakelbepalingen. In § 2 sta ik stil bij deze wetgevingstechniek en de kritiek die daar in de literatuur op is geuit. Deze techniek heeft er enkele keren toe geleid dat de rechter de schakelbepalingen moest interpreteren. In § 3 bespreek ik twee voorbeelden van dergelijke rechtspraak. De bijdrage sluit in § 4 af met een korte conclusie.

2 Wetgevingstechniek

De afgescheiden ontnemingsprocedure is in het leven geroepen bij de verruiming van de toepassingsmogelijkheden van de ontnemingsmaatregel in 1993.⁴ De redenen die de minister noemde voor de invoering

van de aparte procedure waren voornamelijk praktisch van aard.⁵ De enige meer fundamentele overweging die hij verschafte was dat de ontnemingsmaatregel 'als een afzonderlijke sanctie is te beschouwen en niet tot onderdeel van een afgewogen sanctiepakket ware te maken'.⁶ Die stelling is in de literatuur bekritiseerd.⁷ In het huidige tijdsgewricht gaat deze overduidelijk niet op, nu de overheid benadrukt dat er meerdere manieren zijn om met misdaad verkregen vermogen 'af te pakken'⁸ en de Hoge Raad heeft geoordeeld dat er in de ontnemingsprocedure onder omstandigheden rekening moet worden gehouden met uitgesproken verbeurdverklaringen.⁹

De procedure tot oplegging van de ontnemingsmaatregel is grotendeels gebaseerd op het reguliere strafproces, maar wijkt daar op enkele belangrijke aspecten vanaf. De wetgever heeft dit vorm gegeven door het gebruik van schakelbepalingen. Deze bepalingen verklaren wetsartikelen die zien op het strafproces van 'overeenkomstige toepassing' voor de ontnemingsprocedure. Artikel 511b verwijst in het tweede en derde lid naar de artikelen 258 lid 2, 260, 263 en 265 tot en met 267 Sv. Artikel 511d lid 1 Sv verklaart de bepalingen van de eerste afdeling van Titel VI van het tweede Boek van overeenkomstige toepassing en artikel 511e lid 1 Sv doet dat voor de vierde afdeling van die Titel. Voor het hoger beroep en het beroep in cassatie verwijzen de artikelen 511g lid 2 en 511h Sv naar de relevante titels die gelden in het reguliere strafproces.

De afwijkingen ten opzichte van het strafproces zijn op twee manieren bewerkstelligd. Ten eerste heeft de wetgever aan twee van de schakelbepalingen specifieke regels toegevoegd met het zinsdeel 'met dien verstande dat'. Artikel 511e lid 1 sub b Sv bepaalt bijvoorbeeld dat de rechtbank uitspraak doet binnen een termijn van niet twee (zie art. 345 Sv), maar zes weken na het sluiten van het onderzoek.¹⁰ De beraadslaging en de uitspraak vinden weliswaar plaats conform de reguliere procedure, maar de rechtbank beslist op grond van artikel 511e lid 1 sub a Sv 'naar aanleiding van' de ontnemingsvordering van het Openbaar Ministerie. Daarom heeft die vordering een minder dwingende ('tirannieke') werking dan de tenlastelegging. De rechter kan zelfstandig besluiten strafbare feiten aan een voordeelsberekening ten grondslag te leggen. Het is hem evenwel niet toegestaan een berekening te maken waarop de betrokkene in redelijkheid niet bedacht hoefde te zijn.¹¹ Het Openbaar Ministerie kan de ontnemingsvordering, ondanks dat artikel 313 Sv van overeenkomstige toepassing is, vrijwel onbeperkt wijzigen.¹²

De wetgever heeft daarnaast afwijkingen in het leven geroepen door bepaalde bepalingen juist *niet* van toepassing te verklaren. Omdat de derde afdeling van Titel VI van het tweede Boek bijvoorbeeld niet van overeenkomstige toepassing is verklaard, gelden de bewijsvoorschriften van de artikelen 340 tot en met 344a Sv niet. Beslissingen in de ontnemingsproce-



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

dure kunnen daarom worden gebaseerd op een enkele getuigenverklaring.¹³ Dat is niet onproblematisch, zeker nu de maatregel op grond van artikel 36e lid 2 Sr kan zien op voordeel dat is verkregen met strafbare feiten die niet bewezen zijn verklaard, maar waarvan de ontnemingsrechter oordeelt dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de betrokkene zijn begaan.¹⁴

Deze wetgevingstechniek is in de literatuur op kritiek gestuit. Zo meenden Van der Neut en Simmelink dat de wetgever lichtzinnig was omgegaan met het inzetten van schakelbepalingen. Volgens hen moet de rechter telkens bedenken of de van overeenkomstige toepassing verklaarde bepaling als zodanig toepasbaar is in de ontnemingsprocedure, in het licht van de ontnemingsprocedure moet worden geïnterpreteerd of buiten toepassing moet blijven. Zij voorspelden daarom dat problemen niet konden uitblijven.¹⁵

3 Correctie in de rechtspraak

De rechter achtte het inderdaad meermalen noodzakelijk om 'mee te denken' met de wetgever. Dit deed zich voor ten aanzien artikel 511b lid 4 Sv, dat onder andere de artikelen 260 en 263 Sv van overeenkomstige toepassing verklaart. Die artikelen zien op het doen oproepen van getuigen, slachtoffers, nabestaanden, deskundigen en tolken. Artikel 264 Sv is echter niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat

artikel bepaalt dat de officier van justitie onder omstandigheden kan weigeren om een door de verdachte of de rechtbank opgegeven of bevolen getuige of deskundige te doen oproepen. Dat artikel 264 Sv naar de letter van de wet niet van toepassing is wekt verbazing, ook nu het wel van toepassing verklaarde artikel 287 lid 3 sub a Sv naar dat artikel verwijst. De Hoge Raad oordeelde dat de wetgever artikel 511b Sv 'bij vergissing' niet had aangepast na de latere wijziging van de artikelen 263 en 264 Sv.¹⁶ Een 'redelijke uitleg van het wettensysteem' brengt daarom met zich dat ook artikel 264 Sv van toepassing is in ontnemingszaken.¹⁷

Ook op een fundamenteel niveau heeft de Hoge Raad corrigerend opgetreden. Ik merkte al op dat de bewijsvoorschriften van de artikelen 340 tot en met 344a Sv niet van (overeenkomstige) toepassing zijn verklaard. Daarom gelden de regels aangaande het gebruik van anoniem getuigenbewijs, neergelegd in artikel 344a Sv, niet in de ontnemingsprocedure. Betekent dit nu dat er geen enkele voorwaarde geldt indien er in die procedure gebruik wordt gemaakt van anoniem getuigenbewijs?¹⁸ De voordeelsberekening zou dan zonder meer kunnen worden gebaseerd op de verklaring van één anoniem gebleven getuige. Een dergelijke interpretatie werd bekritiseerd in de literatuur, waarbij werd betoogd dat artikel 6 EVRM hieraan in de weg zou staan.¹⁹

De Hoge Raad heeft het gebruik van anoniem getuigenbewijs inderdaad aan voorwaarden verbonden. Er moet namelijk worden gewaarborgd dat in voldoende mate tegemoet is gekomen aan de verdedigingsrechten van de betrokkene. Dat kan bijvoorbeeld door de voordeelsbepaling mede te baseren op andere bewijsmiddelen en de betrokkene compensatie te bieden voor het gebruik van de anonieme getuigenverklaring.²⁰ Hoe deze eis zich precies verhoudt tot de voorwaarden van artikel 344a Sv, is niet gemakkelijk vast te stellen.²¹ Wel is duidelijk dat de Hoge Raad de wetgever heeft aangevuld door waarborgen in het leven te roepen die achterwege waren gebleven bij de formulering van de schakelbepaling.

4 Afsluiting

Door sommige bepalingen niet van overeenkomstige toepassing te verklaren voor de ontnemingsprocedure, zijn afwijkingen van het reguliere strafproces in het leven geroepen. In enkele gevallen heeft de Hoge Raad hierbij corrigerend moeten optreden. In de wetgevingsoperatie ter modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt voorgesteld de aparte ontnemingsprocedure te behouden.²² Daarom zal de rechter zich mogelijk ook in de toekomst soms nog moeten buigen over de betekenis van de 'overeenkomstige toepassing' van bepalingen in de ontnemingsprocedure. ■

* Mr. W.S. de Zanger is als docent en onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht. Hij is oud-redacteur van dit tijdschrift.

1 Zie over de ontnemingsmaatregel onder andere M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2001.
2 Zie M.J. Borgers, 'Het procesrechtelijk raamwerk van de ontnemingsmaatregel', in: M.J. Borgers & J. Rozie, *Voordeelsontneming. De procesrechtelijke invalshoek* (preadviezen NVVS), Nijmegen: Wolf 2005, p. 63-65, 71-79, met nadere verwijzingen. Alleen de onttrekking aan het verkeer kan, facultatief, in een aparte procedure worden opgelegd, zie artikel 36b lid 1 sub 4 Sr.
3 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 10, 35 en *Kamerstukken I* 1992/93, 21504 en 22083, 53a, p. 2.
4 *Stb.* 1993, 11, in werking getreden per 1 maart 1993.
5 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 10-11, 35-36, 38, 66, *Kamerstukken II* 1990/91, 21504, 5, p. 19 en *Kamerstukken II* 1991/92, 21504, 8, p. 7-8, 16-18.
6 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 10.
7 Borgers 2001, p. 104-106.
8 Zie Aanwijzing afpakken, *Stcr.* 2016, 72371, p. 1-2.
9 HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:874, *NJ* 2016/283, m.nt. J.M. Reijntjes, HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:429, *NbSr* 2017/135, HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:433, *NbSr* 2017/141

en HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:1033, *NbSr* 2017/238.

10 Aanvankelijk gold er geen wettelijke termijn, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32194, 3, p. 18-19.
11 HR 15 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0487, *NJ* 2007/506, m.nt. J.M. Reijntjes en HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2475.
12 HR 25 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2770, *NJ* 2002/148, m.nt. P.A.M. Mevis. Zie M.A.H. Kempen, *Bewijs in ontnemingsprocedures*, Deventer: Kluwer 2003, p. 69.
13 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 14, HR 9 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC9559, *NJ* 1998/90 en HR 7 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD7597, *JOW* 1998/66.
14 Strafbare feiten waarvan de betrokkene is vrijgesproken kunnen echter geen grondslag zijn voor een voordeelsberekening, zie HR 9 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0090, *NJ* 2008/497.
15 J. Simmelink & J.L. van der Neut, 'De omvang van het 'voordeel' en de betalingsverplichting', *DD* 1996, p. 533-534 en J.L. van der Neut & J. Simmelink, 'Van overeenkomstige toepassing. Voordeelsontneming en techniek van wetgeving', *DD* 1996, p. 851-873.
16 Dit doet zich tevens voor in art. 575 lid 1 Sv, waarin geen rekening is gehouden met de vernummering van de leden van art. 94a Sv bij *Stb.* 2013, 278 en 336.
17 HR 24 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6122, *NJ* 2003/3.
18 Vgl. C.C. de Kluiver & O. Oost, 'Schakelbepal-

gen in de volgende versnelling', *AA* 2017, p. 4 (AA20170004), die de vraag opwerpen of het feit dat een bepaling niet van toepassing is verklaard, betekent dat die bepaling niet mag worden toegepast.

19 Zie D. van der Landen & J. Simmelink, 'De ontnemingsprocedure', in: M.S. Groenhuijsen, J.L. van der Neut & J. Simmelink (red.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 181 en Borgers 2001, p. 269. De wetgever ging ervan uit dat art. 6 EVRM onverkort gold in de ontnemingsprocedure, zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 58-64. De Hoge Raad lijkt echter van oordeel dat het tweede en derde lid van art. 6 EVRM niet gelden, zie HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3424, *NJ* 2011/100, m.nt. M.J. Borgers en HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:898, *JOW* 2015/16, waarin de zogenoemde *Grenzen getuigenbewijs- en Vidgen-rechtspraak* niet van toepassing werd geacht.
20 HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7648, *NJ* 2008/406, m.nt. M.J. Borgers. De motiveringsplicht van het van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 360 lid 1 Sv is vervolgens ingevuld conform dit criterium, zie HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6002, *NJ* 2012/412, m.nt. M.J. Borgers.
21 Zie de annotatie van Borgers onder HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7648, *NJ* 2008/406, punten 7-10.
22 Zie de contourennota, *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 97-98.