

Hoofdstuk 15

Sancties

J.M.W. Lindeman

1 Inleiding

De straf, de bewuste leedtoevoeging, is in het bijzonder strafrecht – misschien nog wel meer dan in het commune strafrecht – waar het uiteindelijk om draait. Inzet van het strafrecht als *ultimum remedium* maakt het mogelijk dat aan de overtreder van het ordeningsrecht een 'gevoelige tik' wordt uitgedeeld. Het behoeft geen betoog dat de in het bijzonder strafrecht gebruikte strafmodaliteiten en de aan de straf ten grondslag gelegde motivering kunnen afwijken van wat we in het commune strafrecht zien. Veelal zullen de leedtoevoeging en de vergelding vooral in de vermogensrechtelijke sfeer liggen, terwijl aspecten als *naming and shaming* een grotere rol spelen.

In de loop der jaren is binnen het strafrecht het aantal strafmodaliteiten behoorlijk toegenomen. Enkele van de thans in het Wetboek van Strafrecht opgenomen straffen en maatregelen kennen hun oorsprong in de Wet op de economische delicten (WED). Ook heeft de buitengerechtelijke afdoening een grote vlucht genomen, waarbij in de afgelopen decennia met name de transactie (art. 74 Sr e.v.) steeds vaker werd opgelegd. Van meer recente datum is de strafbeschikking (art. 257a Sv e.v.), die het (nu nog maar op heel beperkte schaal) mogelijk maakt dat de officier van justitie, de fiscus dan wel (bijzondere) opsporingsambtenaren een straf of maatregel opleggen.

Hoewel met name de WED naar de letter van de wet nog steeds een gesloten sanctiestelsel kent (art. 5 WED),¹ is in de praktijk (op enkele specifiek in de WED geregelde straffen en maatregelen na) sprake van een grote mate van uniformiteit tussen de mogelijkheden die in het commune strafrecht en het bijzonder strafrecht bestaan om, al dan niet buitengerechtelijk, een strafrechtelijke reactie te bewerkstelligen.

Naast het strafrecht is uiteraard ook het bestuursrecht een steeds groeiende bron van bestraffende sanctiemodaliteiten geworden, waarbij dan vooral aan de bestuurlijke boete moet worden gedacht. Het aantal wetten waarin de mogelijk-

¹ Zie verder hoofdstuk 6 (Keulen).

heid om een bestuurlijke boete op te leggen is opgenomen, groeit al jaren gestaag.²

Niet zelden bestaat de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen *naast* de mogelijkheid om in een strafrechtelijke procedure te straffen. Van een zekere wildgroei kan op dit vlak dan ook wel worden gesproken. Waar ruim tien jaar geleden nog werd gesproken van handhavingstekorten,³ zou je heden ten dage op het instrumentele vlak wel gekscherend van een handhavingsoverdaad kunnen spreken: de overtreder van een bijzondere wet kan, in plaats van de 'ouderwetse' strafvervolging, bij wijze van sanctie ook een transactie aangeboden krijgen of een strafbeschikking of een bestuurlijke boete opgelegd krijgen. Nu elke van deze afdoeningsmodaliteiten zo zijn eigen procedurele regels kent, zal het een 'rechtssubject' weleens duizelen, zeker als hij naast de punitieve sancties ook nog met bestuurlijke reparatoire of preventieve sancties wordt geconfronteerd en/of met civielrechtelijke procedures. Zo kan bijvoorbeeld het overtreden van een gedragsnorm uit de Wft een veelheid aan reacties teweegbrengen. De schijnbaar overdadige *mogelijkheden* om handhavend op te treden betekenen overigens niet dat deze ook optimaal worden benut: de onderlinge afstemming tussen alle handhavende instanties en het toch altijd in meer of mindere mate aanwezige capaciteitsprobleem maken dat nog steeds lang niet op elke overtreding van bijzondere wetgeving met een passende reactie wordt gereageerd. Handhavingstekorten zijn er nog steeds. Ik ga hier in de afsluitende paragraaf nog op in.

In dit hoofdstuk ga ik evenwel niet primair in op de samenloop van de verschillende sanctie-wegen.⁴ Het doel is vooral om inzichtelijk te maken welke strafrechtelijke sanctiemodaliteiten er zijn en in welke gevallen ze kunnen worden gebruikt.

2 Straffen en maatregelen

2.1 Hoofdstraffen

Naast de hoofdstraffen uit art. 9 Sr (gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf en geldboete), zijn er in het bijzonder strafrecht geen andere hoofdstraffen. Ook wordt, voor zover mij bekend, in geen van de bijzondere wetten het opleggen van bepaalde hoofdstraffen uitgesloten. Zoals in het commune strafrecht, wordt in het bijzonder strafrecht in de strafbepalingen steeds aangegeven welke maximale vrijheidsstraf en/of vermogensstraf kan worden opgelegd. De andere hoofdstraf (de taakstraf) wordt niet altijd uitdrukkelijk genoemd.

2 Zie hoofdstuk 3 (Lamp, Lindeman en Luchtman).

3 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 35.

4 Zie daarvoor hoofdstuk 17 (Duker)

2.1.1 Gevangenisstraf en hechtenis

Ook in de bijzondere wetten is het doorgaans zo dat op overtredingen hechtenis is gesteld en op misdrijven gevangenisstraf.⁵

De specifieke strafmaat is steeds in de bijzondere wet zelf opgenomen, met uitzondering van de wetten die onder de WED vallen: voor wat betreft de gevangenisstraf en de hechtenis volgt uit art. 6 WED dat er slechts enkele specifieke maxima zijn, te weten zes maanden hechtenis voor minder ernstige overtredingen, een jaar hechtenis voor de ernstige overtredingen, twee jaar gevangenisstraf voor de minder ernstige misdrijven en zes jaar gevangenisstraf voor de ernstige misdrijven. Vermeldenswaard is nog art. 6 lid 4 WED, dat een maximum straf van acht jaar stelt op het plegen van enkele economische delicten met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

Een gerespecteerd advocaat op het gebied van het bijzonder strafrecht schijnt eens te hebben gezegd: ‘Mijn cliënten dragen verticale strepen, geen horizontale’, waarmee hij bedoelde dat het krijtstreppak toch zelden omgewisseld hoeft te worden voor een gevangenis-outfit. De aard van veel van de bijzondere delicten maakt dat de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf een niet vaak voorkomende sanctie is. De verhoudingsgewijs milde maximale vrijheidsstraffen die op veel bijzondere delicten zijn gesteld, bevestigen dit beeld: het overgrote deel van de economische delicten wordt met straffen van maximaal twee jaar of minder bedreigd.

Desalniettemin signaleert Groenhuijsen dat meer recent in een aantal grote fraudezaken toch forse gevangenisstraffen zijn opgelegd, wat in zijn ogen niet per se alleen een ongewenste weerslag is van een steeds punitiever klimaat: ‘We hebben het nooit vreemd gevonden om ordinaire dieven te bestraffen en op te sluiten. Waarom zou dat anders liggen als de dief een maatpak draagt en op aanzienlijk grotere schaal per computer te werk gaat?’⁶

2.1.2 Taakstraffen

Op grond van art. 91 Sr is de taakstraf, ook indien niet nadrukkelijk genoemd, binnen de bijzondere strafwetten een mogelijke sanctie. Hoewel het beeld van de directeur die propjes aan het rapen is wellicht onwaarschijnlijk lijkt, is de taakstraf op zich een vaker voorkomend fenomeen binnen het bijzonder strafrecht; zo moest een aantal leden van de voormalige Ahold-top er aan geloven.⁷ Het soort verdachten dat via de bijzondere wetten met het strafrecht in aanraking komt, past nu eenmaal in de ‘doelgroep’ van de sanctie: niet zelden betreft

5 In de belastingwetgeving is het zelfs zo dat hechtenis of gevangenisstraf het onderscheidend criterium is voor de vraag of een strafbaar feit een misdrijf of een overtreding is; zie art. 72 AWR.

6 Groenhuijsen 2010, p. 824-825.

7 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 28 juni 2009, *LJN* BH1989; dit arrest is inmiddels onherroepelijk.

het *first offenders*.⁸ Voor de vergelding is alleen een geldboete te mager, maar onvoorwaardelijke vrijheidsstraf te fors. De taakstraf, die alweer enige tijd een zelfstandige hoofdstraf is, vult de leemte tussen die twee andere hoofdstraffen mooi in.⁹

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat, ondanks het gesloten sanctiestelsel van de WED, dat in de taakstraf niet voorzag, het opleggen van een taakstraf wegens een economisch delict tot de mogelijkheden behoorde: noch de wetsgeschiedenis van art. 5 WED, noch de wetsgeschiedenis omtrent de taakstraf (en diens voorloper, de arbeid ten algemene nutte) wees uit dat de wetgever had beoogd deze strafmodaliteit buiten de WED te houden.¹⁰ Desalniettemin is sinds 1 juli 2005 ook in de WED de mogelijkheid opgenomen om taakstraffen op leggen.¹¹ Het toont andermaal aan dat art. 5 WED, dat het gesloten sanctiestelsel van de WED moet bewaken, de facto weinig betekenis meer heeft.¹²

De rechter kan de taakstraf ambtshalve opleggen (de eis dat de verdachte moest hebben aangegeven met een taakstraf in te stemmen is vervallen). De taakstraf kan bestaan uit een werkstraf en/of een leerstraf. De taakstraf mag maximaal 480 uur bedragen (art. 22c Sr), waarvan niet meer dan 240 uur werkstraf. De rechter dient in het vonnis ook vervangende hechtenis vast te stellen voor het geval de taakstraf niet naar behoren is verricht. Op grond van art. 22d lid 3 Sr geldt als uitgangspunt dat elke twee uur taakstraf overeenkomt met één dag vrijheidsstraf.

2.1.3 Geldboetes

De geldboete is als vermogenssanctie naar haar aard een voor de hand liggende straf in het bijzonder strafrecht. Ze wordt dan ook veel opgelegd. Net als bij de andere straffen het geval is, is vergelding het hoofddoel, samen met generale en speciale preventie. Voor rechtspersonen is de geldboete uiteraard de enige relevante hoofdstraf.

Het stelsel van art. 23 Sr is op de bijzondere wetten grotendeels onverkort van toepassing. Het verdient vermelding dat het in 2006 toegevoegde art. 23 lid 9 Sr regelt dat de maxima van de boetecategorieën elke twee jaar worden gewijzigd.¹³ Per 1 januari 2010 is dit voor het laatst gebeurd, waardoor de maxima van de boetecategorieën er per die datum als volgt uitzien:¹⁴

Eerste categorie: € 380,
Tweede categorie: € 3.800,
Derde categorie: € 7.600,

8 Vergelijk bijvoorbeeld met verdachten van overtreding van de Wegenverkeerswet; ook zij krijgen vaak een taakstraf opgelegd.

9 J.W. Fokkens, aant. 5 op art. 9 Sr, in: Noyon/Langemeijer/Remmeling.

10 HR 13 november 2001, *NJ* 2002, 261.

11 *Stb.* 2005, 194.

12 Zie ook hoofdstuk 6 (Keulen).

13 Wet herijking strafmaxima, *Stb.* 2006, 11.

14 Besluit van 13 november 2009 tot wijziging van de bedragen van de categorieën, bedoeld in art. 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 2009, 484.

Vierde categorie: € 19.000,
Vijfde categorie: € 76.000,
Zesde categorie: € 760.000

Aangezien deze hogere bedragen worden gezien als een voor de verdachte ongunstige verandering van de wetgeving, dwingt art. 1 Sr de rechter om voor feiten begaan vóór 1 januari 2010 de oude maxima te gebruiken.¹⁵

Art. 23 lid 7 maakt het mogelijk om aan rechtspersonen een boete van de naast hogere categorie op te leggen indien de voor een feit bepaalde categorie ‘geen passende bestraffing toelaat’. Dat is een alleszins logische bepaling: het vermogen van een rechtspersoon zal al gauw een veelvoud zijn van het vermogen van een gemiddelde natuurlijke persoon, waardoor het te rechtvaardigen is dat een rechtspersoon een verhoudingsgewijs (veel) hogere boete zal moeten betalen. De eerste vraag die zich dan opdringt is dan wat een ‘passende bestraffing’ is. Gezien de uitermate grote vrijheid van de strafrechter om de strafmaat vast te stellen, is een eenduidig antwoord op deze vraag moeilijk te geven, ook niet omdat de Hoge Raad er tot op heden geen blijk van heeft gegeven specifieke motivering te verwachten bij toepassing van art. 23 lid 7 Sr.¹⁶ Een tweede vraag is of de naast hogere categorie dan wél passende bestraffing biedt. Het feit dat op het vlak van de bestuurlijke boetes¹⁷ inmiddels véél hogere maxima kunnen gelden dan het Wetboek van Strafrecht toestaat, brengt mij op het standpunt dat die vraag ten aanzien van grote rechtspersonen ontkennend moet worden beantwoord. Van een boete van € 760.000 zal een grote multinational niet echt wakker liggen.

Van het commune stelsel van art. 23 Sr wordt ten aanzien van de boetemaxima in enkele bijzondere wetten afgeweken; gezien het karakter van de strafbare feiten wordt het door de wetgever kennelijk wenselijk geacht dat hogere boetemaxima in daarvoor in aanmerking komende gevallen tot de mogelijkheden zouden moeten behoren.

Art. 69 AWR kent bijvoorbeeld een variabel boetemaximum: als het bedrag van de te weinig geheven belasting hoger is dan het maximum van de van toepassing zijnde categorie, kan ten hoogste een boete worden opgelegd die eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting bedraagt: een 100% geldboete dus. Deze bepaling is in die zin problematisch, dat het vaststellen van de uiteindelijke belastingschuld niet de taak van de strafrechter is en dat deze dus feitelijk niet is aangewezen om vast te stellen hoeveel belasting er te weinig

15 Zie de toelichting bij *Stb.* 2009, 484, p. 2. De bedragen zijn per 1 januari 2008 ook geïndexeerd. Feiten begaan vóór 1 januari 2008 zullen dus beboet moeten worden aan de hand van de vóór die datum geldende boetebedragen. Van 1 februari 2006 tot 1 januari 2008 waren de maxima: 1) € 335; 2) € 3.350; 3) € 6.700; 4) € 16.750; 5) € 67.000; 6) € 670.000. Van 1 januari 2008 tot 1 januari 2010 waren de maxima 1) € 370; 2) € 3.700; 3) € 7.400; 4) € 18.500; 5) € 74.000 en 6) € 740.000.

16 Op grond van art. 358 lid 4 en 5 Sv dient toepassing van het artikel wel te worden vermeld in de uitspraak, op straffe van nietigheid.

17 Zeker die op het vlak van de mededinging.

is gegeven.¹⁸ Opmerking verdient overigens dat inmiddels ten aanzien van de zogenaamde zwartsparenders een geldboete van 300% kan worden opgelegd (art. 69 lid 2 AWR, laatste volzin).

In art. 6 lid 1, laatste volzin, WED is eveneens een zogenaamde afroomboete geregeld: als de waarde van de goederen waarmee of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan een kwart van het geldboete-maximum, kan een geldboete van de naast hogere categorie worden opgelegd. Dit onverminderd art. 23 lid 7 Sr, dat al toestaat dat rechtspersonen een boete van de naast hogere categorie opgelegd krijgen. Hierdoor is in de WED voor rechtspersonen dus een dubbele sprong mogelijk, bijvoorbeeld van de vierde naar de zesde boete-categorie.¹⁹ Een vergelijkbare bepaling is art. 12 van de Opiumwet.

De vraag is hoe deze afroomboete zich verhoudt tot de ontnemingsmaatregel, die ook tot doel heeft om onrechtmatig verkregen vermogen af te romen. In HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 105, m.nt. Sch, is uitgemaakt dat ook met een ontnemingsprocedure in het vooruitzicht, het de rechter vrij staat een afroomboete op te leggen (het ging hier om toepassing van art. 12 Opiumwet).

Volgens A-G Fokkens lag in de zaak die leidde tot HR 24 april 2007, *JOW* 2007, 27 méér dan enkel het afromen van wederrechtelijk verkregen voordeel ten grondslag aan de afroomboete van art. 6 lid 1, laatste volzin, WED. Het is volgens hem duidelijk dat de rechter (die veroordeelde wegens overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap) de hoogte van de boete baseerde op de aard van het delict en de omvang van de gewraakte transactie en de mede daardoor bepaalde ernst van de feiten. Ondanks toepassing van de mogelijkheid van art. 6 lid 1, laatste volzin, WED is hier volgens Fokkens geen afroomboete in de letterlijke zin van het woord opgelegd.²⁰

Knigge merkt in zijn conclusie voor het arrest HR 15 juni 2010, *LJN* BM2428, *NJ* 2010, 358 op dat het feit dat de Hoge Raad het geen bezwaar vindt dat een boete (met als doel vergelding en preventie) en een ontnemingsmaatregel naast elkaar worden opgelegd, niet wil zeggen dat er ook geen bezwaar is tegen een boete die enkel en alleen wordt opgelegd omdat de ontnemingsmaatregel om wat voor reden dan ook is gesneuveld. Dat hoeft niet weg te nemen dat een hoge boete wordt opgelegd voor een strafbaar feit waarmee hoge winsten zijn behaald: 'Een boete die een schijntje is vergeleken met de winsten die door middel van het strafbare feit (kunnen) worden behaald, schrikt niet af en vergeldt evenmin (omdat de verdachte er dan per saldo op vooruitgaat).' Een geldboete kan dus een 'winstafromend' (voordeelontnemend) effect hebben, maar dat mag niet de primaire rechtvaardiging van de geldboete zijn; die moet in preventie en afschrikking worden gezocht. Er is immers niet voor niets een aparte, met afzonderlijke waarborgen omgeven, ontnemingsprocedure.

18 Zie hierover J.J.M. Hertoghs en A.M.E. Nuyens, *Fiscale fraude*, in: *Handboek Strafzaken*, 103.5.9.1 en 103.5.10.1.

19 Zie meer uitgebreid hierover Keulen in hoofdstuk 6 van deze bundel.

20 HR 24 april 2007, *JOW* 2007, 27.

Hoewel in de literatuur ook wel andersluidende opvattingen te zien zijn,²¹ wordt vooralsnog door de rechter niet meegegaan in de opvatting dat de ontnemingsprocedure en de afroomboete elkaar uitsluiten, maar een geldboete met als enige doel voordeelsontneming kan niet door de beugel.

Bij uitblijven van betaling van de geldboete kan vervangende hechtenis worden opgelegd: maximaal één dag per € 25 (art. 24c Sr).

2.1.4 *Cumulatie van hoofdstraffen*

Hoewel de tekst van art. 6 WED, in samenhang met art. 5 WED, zou kunnen leiden tot de aanname dat de rechter in geval van berechting van economische delicten een van de hoofdstraffen moet kiezen (er staat immers dat de ene ‘of’ de andere hoofdstraf kan worden opgelegd), mag worden aangenomen dat de wetgever heeft beoogd ook hier art. 9 Sr van toepassing te laten zijn. Hoofdstraffen kunnen dus in beginsel binnen het hele bijzonder strafrecht onbeperkt cumuleren.²²

2.2 *Bijkomende straffen*

De bijkomende straffen zijn de ontzetting van bepaalde rechten, de verbeurdverklaring en de openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak. Alle drie de sancties hebben relevantie voor het bijzonder strafrecht en zijn ook (deels) geschikt om aan rechtspersonen op te leggen. Sommige bijkomende straffen zijn in de WED uitgebreider toepasbaar, terwijl in onder meer de WED en de Wegenverkeerswet nog in aanvullende bijkomende straffen wordt voorzien.

2.2.1 *Ontzetting van bepaalde rechten*

De toepassing van deze bijkomende straf is doorgaans slechts mogelijk in de gevallen waarin de wet dat bepaalt; per strafbaar feit (of categorie strafbare feiten) wordt dit geregeld.

Art. 28 Sr voorziet in de mogelijkheid een persoon te ontzetten van het recht (1) (bepaalde) ambten te bekleden; (2) te dienen bij de gewapende macht; (3) gebruik te maken van het actief en passief kiesrecht; (4) op te treden als raadsman of gerechtelijk bewindvoerder; (5) bepaalde beroepen uit te oefenen. Zoals gezegd zal per delict(sgroep) steeds worden bepaald van welke rechten een verdachte precies kan worden ontzet. In een aantal gevallen schrijft het Wetboek van Strafrecht ook nog voor dat van ontzetting pas sprake kan zijn in geval van recidive (bijvoorbeeld art. 273 lid 3).

21 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 44-47. Zie ook Mulder en Doorenbos 2008, p. 83. Deze standpunten worden door de minister van Justitie weersproken: *Kamerstukken II 2006/07*, 30 800 VI, nr. 90, p. 4.

22 Keulen 1995, p. 170-171.

Recent is het aantal strafbare feiten waarvoor ontzetting mogelijk is aanzienlijk uitgebreid,²³ waarbij voor het bijzonder strafrecht met name de verruiming van mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep met betrekking tot bestuurders relevant is. Deze wijziging is voornamelijk geïnspireerd door een aantal geruchtmakende fraude-zaken (waaronder bijvoorbeeld de ook in deze bundel herhaaldelijk besproken Ahold-zaak).²⁴ In het kader van een ‘geïntensiveerde en integrale aanpak van financieel-economische criminaliteit’²⁵ zijn de mogelijkheden tot het opleggen van een ontzetting uit het beroep aldus verruimd ten aanzien van overtreding van art. 194 Sr (niet geven van inlichtingen bij faillissement) en de feiten strafbaar gesteld in Titel XII van boek II (valsheid in geschriften) en in Titel XXVI van Boek II (benadeling van schuldeisers of rechthebbenden). Ook bij veroordeling op grond van art. 69 AWR kan nu ontzetting uit het beroep worden opgelegd. Duidelijk is dat men hiermee mede beoogt de natuurlijke persoon die zich verschuilt achter de rechtspersoon nadrukkelijker te kunnen bestraffen, alsmede om duidelijk te maken dat de verantwoordelijkheid en maatschappelijke positie die bestuurders hebben niet te verenigen is met frauduleus handelen. Het zal interessant zijn om te bezien of de bijkomende straf nu vaker opgelegd zal gaan worden.

Zoals reeds uit de zojuist besproken recente wetswijziging blijkt, is voor het bijzonder strafrecht voornamelijk de mogelijkheid om personen te ontzetten uit het recht hun beroep uit te oefenen relevant. Het ligt voor de hand om degene die misbruik maakt van het feit dat hij een bepaald beroep uitoefent, gedurende bepaalde tijd het recht dat beroep uit te oefenen te ontzeggen. Net als de geldboete (die de wederrechtelijke bevoordeling vergelddt), is hier een directe relatie tussen de verboden gedraging en de bestraffing zichtbaar.

De ontzetting van het recht een beroep uit te oefenen beperkt zich in de regel tot het beroep waarin de veroordeelde het misdrijf heeft begaan. Het begrip ‘beroep’ is in de wet verder niet omljnd. Aangenomen wordt dat het begrip ruim geïnterpreteerd mag worden, waarbij er wel sprake moet zijn van het verrichten van activiteiten met enige samenhang en in een enigszins duurzaam verband. Het enkel schetsen van bouwtekeningen maakt iemand geen architect en iemand die eenmalig als executeur-testamentair van een familielid optreedt zal niet als notaris worden aangemerkt.²⁶

Bij de behandeling van de recente wetswijziging is gesteld dat het zijn van ‘bestuurder’ van een rechtspersoon ook als beroep kan worden gezien, waaronder een veelheid van (top)functies kan vallen (accountant, financieel adviseur, jurist, CEO, directeur, commissaris). In recente jurisprudentie kwam ik het voorbeeld tegen waarin iemand uit het recht werd ontzet om het beroep ‘feite-

23 Wet van 12 juni 2009 tot wijziging van o.a. het Wetboek van Strafrecht in verband met o.m. uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf, *Stb.* 2009, 245 (iwtr. per 1 april 2010; *Stb.* 2010, 139).

24 Hoofdstuk 5 (Brouwer) en hoofdstuk 4 (Backx en Van der Landen).

25 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3, p. 16.

26 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3, p. 14.

lijk leidinggeven aan een financiële onderneming' uit te oefenen.²⁷ Al met al zien we dus dat zowel wetgever als rechter een ruime interpretatie van het begrip 'beroep' voorstaan.

De ontzetting uit het beroep wordt als een zeer ingrijpende bijkomende straf gezien, aangezien het niet zelden zal betekenen dat iemand de mogelijkheid wordt ontzegd om zijn activiteiten ter broodwinning verder uit te oefenen. De termijnen die in art. 31 Sr worden gesteld (tenminste twee jaar en maximaal vijf jaar, in het voorkomende geval nog bovenop de duur van de reeds uitgezeten vrijheidsstraf) dragen bij aan het ingrijpende effect. Zo zal iemand die gedurende vijf jaar geen bestuurder mag zijn van een financiële onderneming doorgaans zijn loopbaan op dat terrein effectief beëindigd zien.

Onderzoek wijst uit dat de bijkomende straf niet veel wordt opgelegd. Hoewel in voorkomende gevallen fraudezaken en delicten uit de WED nog redelijk vertegenwoordigd zijn, speelt de sanctie op het terrein van het bijzonder strafrecht geen grote rol.²⁸ Nogmaals: het is afwachten of de recente wetswijziging hierin iets zal veranderen. De minister van Justitie heeft onlangs aangegeven dat hij van mening is dat de rechter en het OM het opleggen van de sanctie vaker in overweging moeten nemen en dat de naleving van de sanctie ook beter moet worden gehandhaafd.²⁹

In de WED is de bijkomende straf van de ontzetting in art. 7 onder a geregeld. Er is een aantal verschillen ten opzichte van het Wetboek van Strafrecht. De oplegging van de bijkomende straf is ten aanzien van alle economische delicten mogelijk (een ruim toepassingsbereik derhalve). Verder is de tijds marge waarbinnen de rechter de straf kan opleggen groter: van zes maanden tot zes jaar. Tenslotte lijkt art. 7 WED te suggereren dat deze bijkomende straf niet zelfstandig kan worden opgelegd (enkel in combinatie met een vrijheidsstraf of geldboete). In aansluiting op wat hiervoor in 2.1.2 en 2.1.4 is opgemerkt ben ik van mening dat ook hier moet worden aangenomen dat het opleggen van enkel een bijkomende straf in navolging van het Wetboek van Strafrecht mogelijk is (art. 9 lid 5 Sr).

2.2.2 Verbeurdverklaring

Verbeurdverklaring (art. 33 Sr e.v.) is in essentie een vermogenssanctie en als zodanig relevant voor het bijzonder strafrecht. De verbeurdverklaring heeft als bijkomende straf lang niet altijd een sterk bestraffend effect; ze kan ook een reparatoir of preventief karakter hebben. Er is dan ook een zekere overeenkomst met de maatregel onttrekking aan het verkeer; niet zelden zal een voorwerp zowel voor verbeurdverklaring als voor onttrekking aan het verkeer in aanmer-

27 Hof 's-Gravenhage 6 maart 2009, *LJN* BH5004.

28 Malsch et al. 2009, p. 40.

29 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 122. De eerste veroordeling op basis van de onlangs ingevoerde wetswijziging is inmiddels een feit: Rb Maastricht 6 juli 2010, *LJN* BN0367, bij welke veroordeling ik overigens opmerk dat zij volgens mij in strijd is met art. 1 Sr, aangezien de feiten zijn begaan vóór inwerkingtreding van de wetswijziging.

king komen. Ook is er een zekere overeenkomst met de ontnemingsmaatregel: gelden die verbeurd worden verklaard zouden soms net zo goed ‘geplukt’ kunnen worden.

De verbeurdverklaring zal vaak plaatsvinden ten aanzien van in beslag genomen voorwerpen. Bovendien zal er vaak discussie zijn over de vraag of voorwerpen wel of niet aan de veroordeelde toebehoren en/of derden geen aanspraak kunnen maken op de voorwerpen. Deze discussie kan uiteraard ook al spelen in de beslagfase. Dit alles maakt het onderwerp van deze bijkomende straf nogal complex. In deze bijdrage zal ik mij beperken tot de hoofdlijnen.

De regeling van art. 33a Sr valt uiteen in een groot aantal onderdelen. Voor het overzicht citeer ik hieronder de volledige wettekst:

1. Vatbaar voor verbeurdverklaring zijn:
 - a. voorwerpen die aan de veroordeelde toebehoren of die hij geheel of ten dele ten eigen bate kan aanwenden en die geheel of grotendeels door middel van het strafbare feit zijn verkregen;
 - b. voorwerpen met betrekking tot welke het feit is begaan;
 - c. voorwerpen met behulp van welke het feit is begaan of voorbereid;
 - d. voorwerpen met behulp van welke de opsporing van het misdrijf is belemmerd;
 - e. voorwerpen die tot het begaan van het misdrijf zijn vervaardigd of bestemd;
 - f. zakelijke rechten op of persoonlijke rechten ten aanzien van de onder a tot en met e bedoelde voorwerpen.
2. Voorwerpen als bedoeld in het eerste lid onder a tot en met e die niet aan de veroordeelde toebehoren kunnen alleen verbeurd worden verklaard indien:
 - a. degene aan wie zij toebehoren bekend was met hun verkrijging door middel van het strafbare feit of met het gebruik of de bestemming in verband daarmee, dan wel die verkrijging, dat gebruik of die bestemming redelijkerwijs had kunnen vermoeden, of
 - b. niet is kunnen worden vastgesteld aan wie zij toebehoren.
3. Rechten als bedoeld in het eerste lid, onder f, die niet aan de veroordeelde toebehoren kunnen alleen verbeurd worden verklaard indien degene aan wie zij toebehoren bekend was met de verkrijging van de voorwerpen waarop of ten aanzien waarvan deze rechten bestaan, door middel van het strafbare feit of met het gebruik of de bestemming in verband daarmee, danwel die verkrijging, dat gebruik of die bestemming redelijkerwijs had kunnen vermoeden.
4. Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.

De WED voorziet in art. 7 WED nog in een verruiming: ook voorwerpen die toebehoren aan de onderneming van de veroordeelde waarin het economische delict is begaan, zijn vatbaar voor verbeurdverklaring, mits zij voor het overige voldoen aan de eisen die art. 33a Sr stelt.

Uit de wettekst volgt als eerste dat van belang wordt geacht dat de voorwerpen aan de veroordeelde toebehoren.³⁰ Alleen in de gevallen genoemd in het tweede lid kunnen voorwerpen die aan anderen toebehoren worden verbeurdverklaard.

Een tweede belangrijk aspect is dat er een onmiddellijke relatie moet zijn tot het strafbare feit of de opsporing. Voorwerpen die voortkomen uit de baten van het strafbare feit (geld dat is verdiend met het verkopen van gestolen goederen) kunnen niet verbeurdverklaard worden. De reden hiervoor is dat de ontnemingsmaatregel voorziet in de mogelijkheid om indirecte baten (wederrechtelijk verkregen voordeel) aan de veroordeelde te ontnemen. De kans is overigens groot dat deze beperking binnenkort wordt opgeheven (zie nader hieronder).

Een derde aspect is dat de verbeurdverklaring enkel kan worden uitgesproken bij veroordeling terzake van een strafbaar feit. Derhalve kan bij ontslag van rechtsvervolgning geen verbeurdverklaring worden opgelegd.³¹

Onder voorwerpen moet worden verstaan: alle zaken en vermogensrechten (art. 33a lid 4 Sr).³²

Enkele relevante voorbeelden van de in art. 33a lid 1 genoemde gevallen:³³

Ad a (het ‘product’ van het strafbare feit): vervalste bankbiljetten; illegaal gestookte jenever. Ook ‘vermengde’ voorwerpen zijn vatbaar: geld dat is verkregen door cocaïnehandel, geld dat verdiend is door deelname aan een criminele organisatie met als oogmerk het begaan van fiscale delicten en valsheid in geschrift (BTW-carroussel; NB: zelfs als het geld is gestort op de derdenrekening van een advocatenkantoor is het vatbaar voor verbeurdverklaring).³⁴ Mij is ter zake geen voorbeeld uit de jurisprudentie bekend, maar in dit verband is ook te verdedigen dat de winst die is opgestreken door bijvoorbeeld overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap als product van het strafbare feit verbeurdverklaard kan worden. Daarnaast zouden ook eventueel de aldus verkregen financiële instrumenten kunnen worden verbeurdverklaard.

Onder meer Borgers en Kooijmans zijn van mening dat recente jurisprudentie van de Hoge Raad veronderstelt dat de huidige strafbaarstelling van witwassen met zich brengt dat in feite iedereen die een strafbaar feit pleegt in voorkomende gevallen veroordeeld kan worden voor het witwassen van de opbrengst ervan (de fietsendief is witwasser van de fiets; indien hij de fiets verkoopt is hij witwasser van de opbrengst van de verkoop). Ten aanzien van de veroordeling wegens witwassen, kan dan de opbrengst van de verkoop als product van het witwassen verbeurd worden verklaard.³⁵ Overigens is mij niet helemaal duidelijk of zij de te verbeurdverklaren voorwerpen als ‘producten’ of als *corpora delicti* (zie ad b) zien.

30 ‘Toebehoren’ wil niet zeggen dat de veroordeelde eigenaar moet zijn, hij moet wel een met eigendom vergelijkbare zeggenschap hebben over de voorwerpen; J.W. Fokkens, aant. 1 op art. 33a Sr, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink; zie ook HR 28 september 1999, *NJ* 1999, 803.

31 HR 2 maart 2010, *NbSr* 2010, 125.

32 Derhalve: goederen in de zin van art. 3:1 BW, waaronder dus ook rechten aan toonder of order, aandelen en effecten op naam; zie P.C. Vegter, Vermogenssancties, in: Handboek Strafzaken, 55.2.3.

33 Deels ontleend aan Cleiren en Verpalen 2010 (T&C Sr), art. 33a Sr, aant. 3 en P.C. Vegter, Vermogenssancties, in: Handboek Strafzaken, 55.2.

34 HR 10 juni 2008, *LJN* BC9196, *NJ* 2008, 347.

35 Borgers en Kooijmans 2010a, p. 232.

Ad b (de *corpora delicti*): gesmokkelde waren; in brand gestoken schip (om verzekeringspenningen te innen). Ook hier kan aan drugshandel gerelateerd geld worden verbeurdverklaard (als wordt vastgesteld dat het ‘bedrijfskapitaal’ betreft).³⁶ De algemene indruk is dat de vereiste relatie hier ruim geïnterpreteerd mag worden. Zo vond de Hoge Raad het geen probleem dat bij het overschrijden van een toegestaan quotum met betrekking tot aanwezige benzine, alle benzine werd verbeurdverklaard (niet alleen het surplus; ook de benzine die binnen het quotum viel).³⁷

Ad c (de *instrumenta delicti*): de apparatuur waarmee vals geld is gedrukt, de inventaris van de illegale stokerij, het gebruikte wapen etc. Ook hier wordt weer het bedrijfskapitaal van de drugshandelaar genoemd.³⁸ Tevens is in een recentere uitspraak zogenaamd ‘grensgeld’, dat aan slachtoffers van mensensmokkel ter beschikking wordt gesteld (zodat zij bij de douane kunnen aantonen over enige financiële middelen te beschikken), aangemerkt als een te verbeurdverklaren voorwerp.³⁹ Interessant hierbij is dat niet het hele verbeurdverklarde bedrag uiteindelijk als grensgeld was gebruikt.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat naast stoffelijke voorwerpen ook geldbedragen op allerlei manieren in verband gebracht kunnen worden met het strafbare feit en als zodanig verbeurd kunnen worden verklaard. Dit betekent dat ook gelden die voor de hierna nog te bespreken ontnemingsmaatregel in aanmerking komen kunnen worden verbeurdverklaard.

Daarnaast heeft de Tweede Kamer inmiddels het voorstel aangenomen om de mogelijkheid tot verbeurdverklaring uit te breiden met voorwerpen uit de baten van het misdrijf.⁴⁰ Dit terwijl bij de invoering van de ontnemingsmaatregel juist nadrukkelijk is besloten de voorwerpen uit baten van het misdrijf verkregen niet langer voor verbeurdverklaring vatbaar te laten zijn. De reden hiervoor was de mogelijke overlap met de ontnemingsmaatregel.⁴¹ Uit de behandeling van het recente wetsvoorstel blijkt dat men de geldboete, de verbeurdverklaring en de ontnemingsmaatregel als elkaars verlengstuk ziet en dat zowel de minister als een meerderheid van de Tweede Kamer vooral zijn geïnteresseerd in de mate van succes die het inzetten van (een combinatie van) deze sancties met zich meebrengt.⁴² Het is derhalve te verwachten dat, zeker ook in de fraude-sfeer, de verbeurdverklaring nadrukkelijker tot het sanctiearsenaal zal gaan behoren, waarbij uiteraard bedenkingen zijn aan te voeren tegen het inzetten van de verbeurdverklaring (toch een straf en geen maatregel) naast de ontnemingsprocedure. Deze aparte procedure wordt zo immers omzeild.

36 HR 8 oktober 1996, *NJ* 1997, 92. A-G Knigge vraagt zich met betrekking tot deze jurisprudentie af of die heden ten dage nog wel houdbaar is; conclusie voor HR 20 november 2007, *LJN* BB6361.

37 HR 10 juni 1975, *NJ* 1975, 489.

38 HR 23 december 1980, *NJ* 1981, 208, hoewel A-G Knigge zich ook hier afvraagt of de Hoge Raad een dergelijke ruime uitleg nog wel voor zijn rekening zou willen nemen; conclusie voor HR 15 december 2009, *LJN* BK2136.

39 HR 6 februari 2007, *LJN* AZ4668, *NS* 2007, 88, *NJ* 2007, 109.

40 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194. Zie hierover Borgers en Kooijmans 2010a.

41 *Kamerstukken II* 1991/92, 21 504, nr. 3, p. 18.

42 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 10 (motie is aangenomen) en *Handelingen II* 2009/10, 77, p. 6582-6583.

Voor het opleggen van de verbeurdverklaring gelden weinig specifieke voorschriften. De vatbaarheid voor verbeurdverklaring van in beslag genomen voorwerpen hoeft niet te blijken uit de inhoud van gebezigde bewijsmiddelen. Wel stelt de Hoge Raad de eis dat het oordeel omtrent de vatbaarheid voor verbeurdverklaring berust op gegevens die uit het onderzoek ter terechtzitting zijn gebleken. Hetzelfde geldt voor het oordeel omtrent de vraag of bepaalde voorwerpen aan de veroordeelde toebehoren.⁴³ Op grond van art. 33 lid 2 Sr is het draagkrachtbeginsel van toepassing. Voorts kan de rechter de compensatieregeling van art. 33c Sr toepassen, maar dit hoeft niet. Deze regeling houdt onder meer in dat bij een eventuele hogere opbrengst van het verbeurdverklaarde dan de door de rechter vastgestelde waarde, het verschil aan de veroordeelde wordt terugbetaald. Tevens kan op basis van deze bepaling een vergoeding worden toegekend aan de veroordeelde die door de verbeurdverklaring onevenredig wordt getroffen. De rechter dient dan wel te bepalen welke waarde de verbeurdverklaarde voorwerpen vertegenwoordigen.⁴⁴ Ofschoon de regeling de strafrechter in feite alle ruimte laat om naar eigen goeddunken te beslissen, geldt hier uiteindelijk het zogenaamde verbazingscriterium: de verbeurdverklaring, zonder toepassing van art. 33c lid 2 Sr, van een auto ter waarde van € 10.000 wegens het (voor de zoveelste keer) overtreeden van art. 20 RVV (te hard rijden; maximaal twee maanden hechtenis of geldboete van de tweede categorie) behoeft volgens de Hoge Raad nadere motivering.⁴⁵ Van belang lijkt hier nog te zijn dat op dit punt nadrukkelijk verweer was gevoerd.

Belanghebbenden, niet zijnde de verdachte/veroordeelde, kunnen zich beklagen over de oplegging van verbeurdverklaring van hun toekomstige voorwerpen (art. 552b Sv).

2.2.3 Openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak

De openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak (art. 36 Sr) is een sanctie die niet vaak wordt opgelegd. Het feit dat de sanctie ook in de WED voorkomt, dat de openbaarmaking van strafrechtelijke buitengerechtelijke afdoening een thema is én dat ook bij de bestuurlijke boete de openbaarmaking van het boetebesluit nadrukkelijk aandacht krijgt, wil echter wel zeggen dat binnen het bijzonder strafrecht de openbaarmaking aandacht verdient.

Het is juist in geval van goeddeels voor het publiek onzichtbare overtredingen, dat openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak een toegevoegde waarde kan hebben. Notoire oplichters of malafide bedrijven kunnen door middel van de openbaarmaking van de uitspraak aan de schandpaal worden genageld, zodat het publiek weet dat het de (rechts)persoon in kwestie moet mijden. Het is in dit verband wellicht niet toevallig dat de bijkomende straf nogal eens wordt geëist in combinatie met de ontzetting uit het beroep van een persoon.⁴⁶

43 HR 6 februari 2007, *LJN AZ4668*, *NS* 2007, 88, *NJ* 2007, 109.

44 Zie voor een voorbeeld Rb Leeuwarden 27 juli 1999, *LJN AA3921*. Zie anderzijds Rb Rotterdam 1 december 2009, *LJN BK6049*.

45 HR 15 november 2005, *LJN AU3470*.

46 Rb Maastricht, 28 juni 2010, *LJN BN0950*, waarin de rechtbank uiteindelijk géén openbaarmaking oplegt, juist omdat al ontzetting is opgelegd.

Het komt echter ook nog wel eens voor dat de strafrechter van oordeel is dat het strafrechtelijke onderzoek als zodanig al dusdanig veel nadelige publiciteit heeft opgeleverd, dat openbaarmaking van de uitspraak eigenlijk geen toegevoegde waarde meer heeft.⁴⁷ In dat opzicht is de straf ook wel enigszins ouderwets: het internet heeft, met toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken via Rechtspraak.nl en de enorme nieuwsstroom via andere media, mijns inziens een belangrijk deel van de toegevoegde waarde van deze sanctie weggenomen. Ondanks dat de op het internet gepubliceerde uitspraken doorgaans geanonimiseerd zijn, is, door de wisselwerking met overige media, de anonimiteit van de verdachte doorgaans allang geen gegeven meer, waardoor voor het publiek toch wel duidelijk is dat een bepaald(e) (rechts)persoon door de rechter is veroordeeld wegens een strafbaar feit.

Net als voor de ontzetting geldt dat deze bijkomende straf alleen in gevallen bij de wet bepaald kan worden opgelegd; de WED laat wederom oplegging ter zake van alle economische delicten toe.

De rechter bepaalt de wijze van de openbaarmaking (bijvoorbeeld: publicatie in een vaktijdschrift of landelijk dagblad). Uit art. 36 jo 35 Sr volgt dat de kosten voor de openbaarmaking voor rekening van de veroordeelde komen. De rechter dient deze kosten wel op een bepaald bedrag te begroten, hetgeen lijkt te impliceren dat eventuele meerkosten niet voor rekening van de veroordeelde komen. De rechter dient zich op grond van art. 36 lid 3 Sr tevens uit te spreken over vervangende hechtenis bij het achterwege blijven van betaling inzake de openbaarmaking door de veroordeelde.

2.2.4 Aanvullingen in bijzondere wetten

In enkele bijzondere wetten zijn nog andere bijkomende straffen opgenomen. Het veruit bekendste voorbeeld is ongetwijfeld de ontzegging van de rijbevoegdheid bij veroordeling wegens bepaalde strafbare feiten uit de Wegenverkeerswet (art. 179 e.v. WVW). Deze straf blijft hier verder onbesproken.

Ook in de WED is een aantal bijzondere bijkomende straffen opgenomen, te weten:

- (1) de gehele of gedeeltelijke ontzetting van bepaalde rechten of gehele of gedeeltelijke ontzegging van bepaalde rechten;
- (2) de gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming.

Deze straffen zijn in hoofdstuk 6 door Keulen nader besproken.

2.3 Voorwaardelijke straffen

De modaliteit van de voorwaardelijke straf is ook voor het bijzonder strafrecht belangrijk. Het is immers een uitstekende methode om toekomstige overtredingen te voorkomen (gedragsbeïnvloeding). Ook een louter voorwaardelijke straf

47 Zie bijvoorbeeld Rb Arnhem 16 maart 2000, *LJN* AA5146, Rb Rotterdam 16 juni 2000, *LJN* AA6189 of Rb Roermond 18 december 2009, *LJN* BK7040.

zal voor *first offenders* vaak een afdoende waarschuwend en bestraffend effect hebben.

Het bijzonder strafrecht voorziet niet in aanvullende bepalingen ten opzichte van hetgeen in art. 14a e.v. Sr is geregeld. Met name bij het opleggen van de algemene voorwaarde (geen strafbare feiten plegen binnen de proeftijd, art. 14c lid 1 Sr) en de ‘andere bijzondere voorwaarden, het gedrag van de veroordeelde betreffende’ (art. 14c lid 2, aanhef en onder 5° Sr) kan men zich ook binnen de context van het bijzonder strafrecht natuurlijk wel wat voorstellen: zo wordt bijvoorbeeld het ondergaan van elektronische detentie (ET) als ‘gedragsvoorwaarde’ gezien.⁴⁸

Er is niets specifiek geregeld met betrekking tot de voorwaardelijke veroordeling van rechtspersonen. Sommige voorwaarden zijn naar hun aard niet geschikt om aan rechtspersonen op te leggen.⁴⁹

In de Tweede Kamer is een wetsvoorstel in behandeling dat uitbreiding van art. 14c Sr mogelijk maakt.⁵⁰ Het voorstel beoogt (onder meer) de praktijk van de gedragsaanwijzingen te codificeren, zodat ook de mogelijkheid van bijvoorbeeld een contactverbod in de wet wordt opgenomen. Voor het bijzonder strafrecht zal vooral de voorgestelde voorwaarde ‘herstel van de door het strafbare feit veroorzaakte schade’ relevant kunnen zijn.

2.4 Maatregelen

Van de maatregelen zijn in de context van deze bundel enkel de als vermogenssancties aan te merken maatregelen uit de Eerste Afdeling van Titel IIA van het Wetboek van Strafrecht relevant: de onttrekking aan het verkeer, ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel.

Maatregelen hebben niet de vergelding als doel, maar beveiliging of herstel van de rechtmatige toestand. Zoals echter in de voorgaande paragraaf al bleek, is, zeker als het gaat om de vermogenssancties, de grens tussen straffen en maatregelen niet altijd even duidelijk. De vergelding van de straf kan ook een reparatoir effect hebben, terwijl een reparatoire maatregel met betrekking op het vermogen van de veroordeelde vaak ook als bestraffing ervaren zal worden. Voor alle drie hier te bespreken maatregelen geldt dan ook dat het opleggen van een straf tot een vergelijkbaar materieel effect kan leiden. In het algemeen zal de discussie over de grens tussen deze straffen en maatregelen wellicht vooral theoretisch en abstract zijn, maar met name ten aanzien van de voordeelsontneming, die door de wetgever bewust een eigen, aparte procedure heeft meegekregen, zijn er ook wel wat meer praktische aspecten. Een en ander zal hieronder aan bod komen.

48 Cleiren en Verpalen 2010 (T&C Sr), aant. 8h bij art. 14c Sr.

49 Bijvoorbeeld de opneming in een inrichting, art. 14c lid 2, aanhef en onder 2o.

50 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 319, nr. 2.

2.4.1 Voordeelsontneming (art. 36e Sr)

Van de maatregelen is de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, de zogenoemde pluk-ze maatregel, in de context van deze bundel veruit de belangrijkste. Immers: veel van de hier besproken strafbare feiten zullen primair met het oogmerk van geldelijk gewin worden begaan. Het afkomen van die winst is dan een vanzelfsprekende justitiële reactie. Zeer belangrijk is echter dat voor fiscale delicten de ontnemingsmaatregel nadrukkelijk niet tot het sanctiearsenaal behoort (art. 74 AWR); de reden hiervoor is dat het voordeel dat men met belastingfraude bereikt (doorgaans: te weinig of geen belasting betalen) al wordt genivelleerd doordat de verschuldigde belasting alsnog betaald zal moeten worden.

Er is over de ontnemingsmaatregel veel te schrijven, niet in de laatste plaats door de vele jurisprudentie. De behandeling in deze bundel is, in verhouding tot de omvangrijke commentaren elders,⁵¹ summier. Voor historische bespiegelingen over de invoering van de maatregel is hier geen plaats,⁵² zeker niet aangezien een aanstaande wetswijziging ook nog bespreking behoeft.

2.4.1.1 Verschillende varianten; verstrekkend karakter, toch nog uitbreiding?

Art. 36e Sr bepaalt dat op vordering van het Openbaar Ministerie bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan de veroordeelde wegens een strafbaar feit wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen. Het tweede lid bepaalt vervolgens dat aan de veroordeelde het voordeel kan worden ontnomen dat hij heeft verkregen door middel van of uit de baten van:

- i. het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld (het gronddelict);
- ii. soortgelijke feiten (indien er voldoende aanwijzingen zijn dat de veroordeelde die feiten heeft begaan);
- iii. feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (indien er voldoende aanwijzingen zijn dat de veroordeelde die feiten heeft begaan).

Het derde lid voegt daar nog aan toe de ontneming van wederrechtelijk voordeel uit:

- iv. andere feiten, na veroordeling wegens misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Tegen de veroordeelde van dat misdrijf moet dan wel een strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO) zijn ingesteld, waaruit aannemelijk is geworden dat ook dat feit of andere strafbare feiten (niet noodzakelijkerwijs door de veroordeelde zelf begaan!) wederrechtelijk voordeel opleverden.

51 T&C Sr, Handboek Strafzaken, Noyon/Langemeijer/Remmelink.

52 Zie hiervoor de commentaren in Cleiren en Verpalen 2010 (T&C Sr) en Handboek Strafzaken, alsmede Borgers 2001.

Het zijn vooral de mogelijkheden om voor andere feiten dan het gronddelict te ontnemen die de ontnemingsmaatregel een verstrekkend karakter geven. Een directe band met het bewezen verklaarde gronddelict is dan immers niet vereist. Er hoeven slechts aanwijzingen te zijn (of het hoeft slechts aannemelijk te zijn) dat er strafbare feiten zijn begaan. Ook de vrij ruime beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van het te ontnemen bedrag maakt dat de maatregel behoorlijke impact kan hebben.

Desalniettemin is, ruim vijftien jaar na de invoering van de huidige regelgeving, de ontnemingsmaatregel naar de smaak van velen nog onvoldoende succesvol. De oorzaken hiervoor zijn legio, maar veelgehoord is dat de benodigde expertise (forensische accountancy) voor het OM lastig in huis is te krijgen (en te houden) en dat het ‘plukken’ minder prioriteit heeft dan het daadwerkelijk ‘vangen’ van de boeven. Dit terwijl het ‘plukken’ al sinds jaar en dag een politiek stokpaardje is. Het is deze feitenconstellatie die maakt dat het thans door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel⁵³ ter verruiming van de mogelijkheden van (o.a.) de ontneming een beetje de indruk wekt vooral van symbolische waarde te zijn. Met het huidige instrumentarium zou men, zo is de indruk van anderen, nog een heel stuk verder moeten kunnen komen.⁵⁴

De zojuist genoemde mogelijkheden ter ontneming zullen hieronder nader worden uitgewerkt.

2.4.1.2 *Ontneming ten aanzien van het gronddelict*

Voordeel verkregen door middel van of uit de baten van het strafbare feit kan worden ontnomen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen misdrijven en overtredingen. Met betrekking tot sommige delicten kan de vraag opkomen wanneer nog sprake is van een directe relatie tot het strafbare feit. Bijvoorbeeld: na veroordeling wegens deelname aan een criminele organisatie (art. 140 Sr) kan het voordeel worden ontnomen dat de veroordeelde als lid van die organisatie heeft genoten, al is het voordeel behaald uit door die organisatie begane misdrijven, waarvan niet bewezen is dat betrokkene eraan heeft deelgenomen.⁵⁵

2.4.1.3 *Soortgelijke feiten, voldoende aanwijzingen*⁵⁶

Uit de jurisprudentie (die weer aansluit bij de wetsgeschiedenis en het voorheen ter zake in art. 8 WED bepaalde⁵⁷) volgt dat de ontneming mogelijk is voor feiten die, gelet op het belang dat de wetgever door de strafbaarstelling ervan heeft willen beschermen, tot dezelfde categorie behoren als waartoe het gronddelict behoort. Witwassen van gelden uit handel in verdovende middelen is bijvoorbeeld niet een soortgelijk feit als de handel in verdovende middelen

53 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 319, nr. 2.

54 Borgers en Kooijmans 2010a en 2010b.

55 HR 15 juni 1999, *NJ* 1999, 591, HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 495 m.nt. J.M. Reijntjes.

56 De eis van soortgelijkheid wordt naar verwachting binnenkort uit de wet geschrapt (zie 2.4.1.8 hieronder).

57 De uitbreiding tot ‘soortgelijke feiten’ is overgenomen uit de WED.

zelf.⁵⁸ Bij de beantwoording van de vraag of feiten soortgelijk zijn, dient vooral het concrete belang dat de wetsbepalingen beogen te beschermen in ogen-schouw genomen te worden. Valsheid in geschrift (art. 225 Sr) is dan bijvoorbeeld soortgelijk aan overtreding van bepaalde fraudebepalingen in bijzondere wetten.⁵⁹

De soortgelijke feiten hoeven, anders dan het gronddelict, niet ten laste van de veroordeelde in een strafprocedure te zijn bewezen verklaard. Er moeten voldoende aanwijzingen zijn dat de soortgelijke feiten door de veroordeelde zijn begaan. Die aanwijzingen kunnen volgen uit het dossier dat aan de veroordeeling van het gronddelict ten grondslag lag; feiten kunnen ad informandum zijn gevoegd, of slechts een deel van de opgespoorde feiten is (om doelmatigheidsredenen) ten laste gelegd.

Het wordt anders als de veroordeelde in de procedure rond het gronddelict (of in een andere procedure) is vrijgesproken van de soortgelijke feiten waarop de ontnemingsprocedure betrekking heeft. Het EHRM heeft in het arrest Geerings tegen Nederland⁶⁰ uitgemaakt dat de ontneming ten aanzien van soortgelijke feiten waarvan de veroordeelde is vrijgesproken in strijd is met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. De Hoge Raad heeft daarna onomwonden vastgesteld dat ontneming naar aanleiding van een soortgelijk feit (zelfs na een zogenaamde technische vrijspraak⁶¹) van dat feit niet meer mogelijk is.⁶²

In andere gevallen (OM niet-ontvankelijk, dagvaarding nietig, feit verjaard) wordt geen strijd met de onschuldpresumptie aangenomen.⁶³

2.4.1.4 Feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd⁶⁴

De eis dat het om soortgelijke feiten moet gaan vervalt indien er aanwijzingen zijn dat de veroordeelde voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Hieronder vallen feiten als valsheid in geschrift (art. 225 Sr), oplichting (art. 328 Sr) en witwassen (art. 420bis e.v. Sr).

In de context van deze bundel is nog het volgende van belang: de woorden ‘kan worden opgelegd’ duiden er op dat als de mogelijkheid bestaat om een boetecategorie op te schuiven (in geval van art. 23 lid 7 Sr⁶⁵ en/of art. 6 lid 1 laatste volzin WED⁶⁶), dit onderdeel van de bepaling ook van toepassing is met

58 HR 17 oktober 2006, *NJ* 2006, 591.

59 J.W. Fokkens, aant. 5 op art. 36e Sr, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink.

60 EHRM 1 maart 2007, *NJ* 2007, 349 m.nt. Borgers.

61 Een vrijspraak van een feit waarvan op zich uit de bewijsmiddelen wel blijkt dat het is gepleegd, maar waarvan bijvoorbeeld de ten laste gelegde pleegdatum of -plaats niet bewezen kan worden.

62 HR 9 september 2008, *NJ* 2008, 497.

63 J.W. Fokkens, aant. 5 op art. 36e Sr, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink. Kritisch hierover: Franken 2009.

64 Deze variant zal vermoedelijk binnenkort uit de wet worden geschrapt (zie 2.4.1.8 hieronder).

65 Hogere boete voor rechtspersonen, zie 2.1.3 hierboven en 2.5 hieronder.

66 De ‘afroomboete’, zie 2.1.3 hierboven.

betrekking tot feiten waarvoor een boete van de vierde (en in sommige gevallen dus zelfs derde) categorie kan worden opgelegd.⁶⁷

Enige relatie tot de procedure rondom het gronddelict wordt niet verondersteld, waardoor in theorie bizarre combinaties mogelijk zijn (veroordeling wegens discriminatie levert ontnemingsmaatregel met betrekking tot witwassen op). Wel blijft staan de eis dat er aanwijzingen moeten zijn dat de verdachte de feiten heeft begaan door middel waarvan of uit de baten waarvan het voordeel zou zijn verkregen.

Ook hier is wat hierboven al is opgemerkt over de onschuldpresumptie uiteraard van belang.

2.4.1.5 *Andere strafbare feiten, na SFO*

Art. 36e lid 3 wordt als de meest drastische bepaling omtrent de ontnemingsmaatregel gezien. Na veroordeling wegens een misdrijf waarop een geldboete van de vijfde categorie is gesteld, kan aan de veroordeelde voordeel ontnomen worden waarvan aannemelijk is dat hij dat heeft verkregen door andere strafbare feiten. Er moet ter zake van dat misdrijf dan wel tegen die verdachte een strafrechtelijk financieel onderzoek zijn ingesteld. De eis dat er aanwijzingen zijn dat die feiten door de veroordeelde zelf zijn begaan is hier dus niet meer aanwezig. Elk feit, waar en door wie ook begaan, waarvan aannemelijk is dat het de veroordeelde geld heeft opgeleverd, kan tot ontneming leiden. Ook voor feiten waarvoor niet is vervolgd of veroordeeld kan dus de ontnemingsmaatregel worden opgelegd. De Hoge Raad acht dit niet in strijd met de onschuldpresumptie.⁶⁸

2.4.1.6 *Aparte procedure op vordering OM (art. 36e lid 1 Sr)*

De procedure met betrekking tot de ontnemingsvordering is geregeld in Titel IIIb van het Vierde Boek van het Wetboek van Strafvordering (art. 511b Sv e.v.).

De ontnemingsmaatregel wordt altijd bij een aparte beslissing opgelegd en verschilt daarin dus van alle andere straffen en maatregelen, die worden opgelegd bij het vonnis waarin wordt bewezen verklaard dat een strafbaar feit is begaan.⁶⁹ De gedachte achter deze eis was dat een aparte procedure het meest recht zou doen aan de verwachte gecompliceerdheid die de meeste ontnemingsvorderingen met zich zouden brengen. De waarheidsvinding zou niet teveel te lijden moeten hebben van procedures over geld. Bovendien werd niet uitgesloten dat de financiële kant van het onderzoek beduidend langer zou kunnen duren. Vandaar dat tot twee jaar na de uitspraak in eerste aanleg de ontnemingsvordering door het OM gedaan kan worden (art. 511b Sv). Het OM moet wel al voor het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting in de hoofdzaak in eerste aanleg de vordering hebben aangekondigd (art. 311 lid 1 Sv).

67 Cleiren en Nijboer 2010 (T&C Sr), aant. 15c bij art. 36e Sr.

68 HR 1 april 2003, *NJ* 2003, 497. Het arrest Geerings heeft in de hier door de Hoge Raad gevolgde redenering geen verandering gebracht: zie bijvoorbeeld HR 9 september 2008, *NJ* 2008, 497.

69 Uitzondering: art. 36b lid 1, aanhef en onder 4°.

In de praktijk wordt bij eenvoudige (politierechter)zaken de ontnemingsprocedure gelijktijdig met de hoofdprocedure gevoerd en wijst de rechter op hetzelfde moment als het vonnis ook de beslissing omtrent de ontnemingsvordering. In die zaken kan van een aparte procedure dan ook eigenlijk niet worden gesproken. In complexere zaken wordt de procedure echter doorgaans wel apart gevoerd.

De wet schrijft niets voor over de samenstelling van het gerecht dat de vordering behandelt. Behandeling door dezelfde kamer als die de hoofdzaak heeft behandeld levert geen bezwaren op in het kader van het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter.⁷⁰ Behandeling door andere (in ontneming gespecialiseerde) rechters lijkt de voorkeur van de wetgever te hebben.⁷¹

Net als de behandeling van gewone strafzaken, is de rechter gebonden aan een behandeling binnen een redelijke termijn. Het standaardarrest van de Hoge Raad over de redelijke termijn in strafzaken gaat ook in op de ontnemingsprocedure.⁷²

2.4.1.7 Berekening voordeel (art. 36e lid 4 Sr)

De rechter heeft veel ruimte bij het schatten van het te ontnemen bedrag. Hierbij is het vaste jurisprudentie dat de bewijslast op redelijke en billijke wijze wordt verdeeld.⁷³ Er is hierover veel casuïstische jurisprudentie.⁷⁴

In de loop der jaren is een aantal abstracte methoden gebruikt om het voordeel te berekenen,⁷⁵ zoals de kasopstelling,⁷⁶ de vermogensvergelijking⁷⁷ en de extrapolatie.⁷⁸ Deze methoden hebben gemeen dat er geen directe aanknopingspunten zijn om vast te stellen hoeveel crimineel vermogen er is verkregen en dat derhalve ‘beredeneerd’ wordt hoeveel dat criminele vermogen dan zal bedragen. Uit het Geeringsarrest van het EHRM volgt echter dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel ongepast is als op geen enkele wijze is komen vast te staan dat er daadwerkelijk vermogen verkregen is (het ging daar om de methode van extrapolatie). Ofschoon dat niet betekent dat de gebruikte methoden uit den boze zijn, zal al te creatief gebruik ervan dus onaanvaardbaar kunnen zijn. Desalniettemin lijken met name de kasopstelling en de vermogens-

70 HR 9 september 1997, *NJ* 1998, 90.

71 Handboek Strafzaken, 55.5.5.c.

72 HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358. Raadpleging van het eerdere standaardarrest HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 307 is dus niet meer nodig.

73 HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96, HR 17 september 2002, *NbSr* 2002, 247, en HR 25 september 2007, *NJ* 2007, 531.

74 Enkele hoofdpunten: besparing van kosten wordt gezien als voordeel; HR 27 januari 2004, *NJ* 2004, 492. Daartegenover staat dat eventuele gemaakte kosten door de veroordeelde (de huur van een pand ten behoeve van een hennepkwekerij) onder omstandigheden kunnen worden afgetrokken van het te ontnemen bedrag; HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 124.

75 Deze methoden worden toegelicht in Cleiren en Verpalen 2010 (T&C Sr) aant. 21 bij art. 36e Sr. Zie ook Borgers en Kooijmans 2010a, p. 209-215. Zie ook § 4 van de Aanwijzing ontneming, *Stcr* 2009, 40.

76 Als uit de boeken blijkt dat er meer geld is uitgegeven dan er (legaal) is binnengekomen, kan daarmee aangetoond worden dat er ook een deel aan criminele inkomsten is geweest.

77 Bijvoorbeeld: als over een bepaalde periode het vermogen van de veroordeelde is toegenomen zonder dat dat door legale inkomsten te verklaren is, zal die toename wel door criminele inkomsten zijn veroorzaakt.

78 Als over een bepaalde periode kan worden vastgesteld dat de veroordeelde met zijn criminele activiteiten een bepaald bedrag heeft verdiend, kan aan de hand hiervan worden beredeneerd dat over een langere periode in vergelijkbare mate criminele inkomsten zijn geweest.

vergelijking in de aankomende wetgeving een steviger voet aan de grond te krijgen (zie hierna in 2.4.1.8).

Zeker bij fraudedelicten zal, mede gezien de bewijslastverdeling, de inbreng van forensische expertise door de veroordeelde gewenst zijn. De bepalingen van Boek II, Titel VI, afdeling 1 van het Wetboek van Strafvordering (art. 268 Sv e.v.) zijn van overeenkomstige toepassing (art. 511d Sv), maar de invulling van sommige aspecten (bijvoorbeeld dat van het verdedigingsbelang, art. 288 lid 1 sub c Sv) wordt door de Hoge Raad ten aanzien van de ontnemingsprocedure nader gespecificeerd.⁷⁹ Ook de bepaling dat voor de behandeling van de vordering op zitting een schriftelijke voorbereiding kan plaatsvinden (art. 511d lid 1 Sv) is in dit geval relevant: eventuele forensische rapportages kunnen op die manier al uitgewisseld worden.

2.4.1.8 Komend recht

Zoals hierboven al is aangestipt, heeft de Tweede Kamer inmiddels ingestemd met de wijziging van de regeling van de ontnemingsmaatregel.⁸⁰ Als de Eerste Kamer een zelfde voortvarendheid als de Tweede Kamer (binnen zes maanden!) aan de dag legt, zal binnen afzienbare tijd de inwerkingtreding van deze wetswijziging kunnen worden verwacht. Het wetsvoorstel bevat ook veel processuele wijzigingen (die hier buiten beschouwing blijven) alsmede het voorstel om de regeling van de verbeurdverklaring te wijzigen (hierboven al aan de orde geweest). Voor wat betreft art. 36e Sr worden de volgende wijzigingen voorgesteld (NB: het aanvankelijk ingediende voorstel is op een aantal punten geamendeerd).⁸¹

- Art. 36e lid 2 Sr wordt vereenvoudigd in de zin dat de hiervoor besproken varianten ii en iii worden samengevoegd: ontneming van voordeel dat de veroordeelde heeft verkregen door middel van of uit baten van ‘andere strafbare feiten’ waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat deze door hem zijn begaan. De voorwaarden van soortgelijkheid (variant ii) of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (variant iii) vervallen dus. Wel blijft staan dat er aanwijzingen moeten zijn dat de andere feiten door de veroordeelde zijn begaan.
- Art. 36e lid 3 Sr wordt verruimd. Onder meer wordt de eis van een SFO geschrapt en er wordt een facultatief bewijsvermoeden geïntroduceerd: de rechter kan vermoeden dat sprake is van illegale inkomsten als uitgaven gedaan door de veroordeelde in een periode van zes jaar vóór het gepleegde gronddelict niet uit legale inkomsten te verklaren zijn, dan wel dat voorwerpen die hij in die periode heeft verworven geen legale herkomst lijken te hebben.
- Er wordt een nieuw lid 7 ingevoegd (de overige artikelliden verspringen), waarin de rechter de mogelijkheid krijgt om eventuele deelnemers aan het strafbare feit hoofdelijk of gedeeltelijk aansprakelijk te maken voor de ontnemingsvordering.

Borgers en Kooijmans hebben in twee uitgebreide artikelen⁸² de voorgestelde wetgeving bekritiseerd. Voor wat betreft art. 36e Sr komt deze kritiek er op neer dat de wijzigingen niet noodzakelijk zijn en waarschijnlijk ook niet tot een significant

79 Zie bijvoorbeeld HR 7 maart 2006, *NJ* 2006, 460. Zie verder Cleiren en Nijboer 2009 (T&C Sv), aant. 2c bij art. 511d Sv.

80 *Kamerstukken II* 2009/10, 32.194.

81 *Kamerstukken I* 2009/10, 32.194, nr. A.

82 Borgers en Kooijmans 2010a en 2010b.

slagvaardiger ontnemingsbeleid zullen leiden, niet in de laatste plaats vanwege het feit dat het delict witwassen zulke ruime mogelijkheden tot ontneming en verbeurdverklaring biedt.

2.4.2 *Onttrekking aan het verkeer (art. 36b Sr)*

- De onttrekking aan het verkeer kan op grond van art. 36b Sr worden opgelegd
- bij rechterlijke uitspraak waarbij is vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan (ongeacht of dit tot vrijspraak,⁸³ ontslag van rechtsvervolgning, schuldigverklaring zonder strafoplegging of een veroordeling leidt),
 - bij een afzonderlijke rechterlijke beschikking,
 - bij strafbeschikking.

Voor onttrekking aan het verkeer komen alleen voorwerpen in aanmerking die zijn in beslag genomen en die van zodanige aard zijn, dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet of met het algemeen belang (art. 36b Sr jo art. 36c Sr). Het moet gaan om voorwerpen (i) die geheel of grotendeels door middel van of uit de baten van het feit zijn verkregen; (ii) met betrekking tot welke het feit is begaan; (iii) met behulp van welke het feit is begaan of voorbereid; (iv) met behulp van welke de opsporing van het feit is belemmerd; (v) die tot het begaan van het feit zijn vervaardigd of bestemd. Opvallend is de grote overeenkomst met voorwerpen die voor verbeurdverklaring vatbaar zijn. Als verschil valt op dat niet hoeft vast te staan dat de voorwerpen aan de veroordeelde toebehoren. Het is de vraag of het begrip ‘voorwerpen’ net zo ruim mag worden uitgelegd als met betrekking tot de verbeurdverklaring van art. 33a Sr (en dan met name het vierde lid). Dat lijkt niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest. Dit betekent dat bijvoorbeeld onroerende goederen niet voor onttrekking in aanmerking komen.⁸⁴

De onttrekking is een sterk preventieve maatregel. Dat blijkt uit de ‘ongeconroleerd bezit’-eis, die door de Hoge Raad als volgt is ingevuld: ‘het moet gaan om een voorwerp waarvan de aard relevant is in die zin dat het ongecontroleerde bezit, al dan niet in samenhang met het redelijkerwijze te verwachten gebruik daarvan, juist in verband met die aard in strijd is met de wet of het algemeen belang.’ Geld, aldus nog steeds de Hoge Raad, ontbeert die aard en is dus niet voor onttrekking vatbaar.⁸⁵

De rechter zal in de uitspraak zowel de relatie van het voorwerp tot het delict, als de gevaarlijke aard van het voorwerp uitdrukkelijk moeten onderbouwen. Daarnaast zal hij moeten aangeven welke grond voor onttrekking (art. 36c Sr) van toepassing is.

83 Bijvoorbeeld als de vrijspraak wordt veroorzaakt door bewijsuitsluiting op grond van art. 359a Sv.

84 P.C. Vegter, *Onttrekking aan het verkeer*, in: *Handboek Strafzaken*, 55.3.3.a; *Cleiren en Verpalen 2010 (T&C Sr)*, aant. 2a op art. 36b Sr, anders: J.W. Fokkens, aant. 2 op art. 36c in *Noyon/Lange-meijer/Remmelink*.

85 HR 8 maart 2005, *NJ* 2007, 437.

Als voorbeelden laten zich eenvoudig voorwerpen als wapens, verdovende middelen en gevaarlijke stoffen denken. Maar ook allerlei objectief gezien onschuldige voorwerpen als gereedschap gebruikt bij een inbraak, verpakkingsmateriaal gebruikt voor drugstransport etc. kunnen onder omstandigheden worden onttrokken aan het verkeer. Hierbij speelt dan uiteraard nadrukkelijk het verband met het delict en het gebruik van het voorwerp door degene die het delict heeft begaan. Een computer die is gebruikt om beleggingsfraude te plegen, kan aan het verkeer worden onttrokken.⁸⁶

De onttrekking aan het verkeer is een maatregel die vaak wordt opgelegd. De grens tussen de onttrekking en de verbeurdverklaring lijkt soms tamelijk arbitrair. Een voorwerp dat aan de verdachte toebehoort en met behulp waarvan hij het strafbare feit heeft begaan (bijvoorbeeld: een voertuig of een computer) leent zich vaak voor beide sancties. Zo kan een computer die voor frauduleus handelen is gebruikt niet alleen worden onttrokken aan het verkeer (zie hierboven) maar ook verbeurdverklaard.⁸⁷

2.4.3 Schadevergoedingsmaatregel/voeging benadeelde partij

De schadevergoedingsmaatregel van art. 36f Sr, is met de zogenoemde Wet-Terwee⁸⁸ in het strafrecht geïntroduceerd. Hij behelst dat de veroordeelde aan de staat een bedrag ter vergoeding van de schade van het slachtoffer moet betalen. De schadevergoedingsmaatregel is een van de drie mogelijkheden die in het strafrecht kunnen leiden tot het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer van een strafbaar feit door degene die dat feit heeft begaan. De andere twee mogelijkheden met betrekking tot schadevergoeding zijn: het voegen van de benadeelde partij in het strafproces (art. 51a e.v. Sv; de rechter bepaalt dat de veroordeelde de schade direct aan de benadeelde partij moet betalen)⁸⁹ en de bijzondere voorwaarde die in het kader van art. 14c Sr kan worden opgelegd (de rechter bepaalt dat de voorwaarde bestaat uit het betalen van een geldbedrag aan de staat ter vergoeding van de schade; deze mogelijkheid laat ik hier verder buiten beschouwing).

In de praktijk komen vooral de eerste twee mogelijkheden voor: de schadevergoedingsmaatregel wordt vaak opgelegd in zaken waarin het slachtoffer zich óók als benadeelde partij heeft gevoegd. De rechter legt dan enerzijds de schadevergoedingsmaatregel op en anderzijds verplicht hij de veroordeelde tot het betalen van schadevergoeding aan de benadeelde partij. Het voldoen aan het één ontslaat de veroordeelde van het ander.

86 Rb Haarlem 4 juli 2008, *LJN* BD6293.

87 Rb 's-Gravenhage 17 juli 2008, *LJN* BD7515.

88 *Stb.* 1993, 29.

89 De voeging van de benadeelde partij in het strafproces moet dus worden onderscheiden van de mogelijkheid om aan de verdachte een schadevergoedingsmaatregel ex. art. 36f Sr op te leggen. Bij de voeging gedraagt de strafrechter zich als het ware even als civiele rechter en kan hij de civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad toewijzen aan de benadeelde partij (art. 361 Sv). De schadevergoedingsmaatregel is een puur strafrechtelijk instrument. Beide mogelijkheden kunnen los van elkaar bestaan, hoewel ze doorgaans dus naast elkaar lopen in het strafproces. Zie hierover Cleiren en Verpalen 2010 (T&C Sr), aant. 2 bij art. 36f Sr.

De schadevergoedingsmaatregel kan dus ook opgelegd worden zónder dat het slachtoffer zich als benadeelde partij heeft gevoegd. Ik ga in het navolgende echter steeds uit van de situatie dat het slachtoffer zich wel heeft gevoegd, aangezien dit in het gros van de strafzaken (zeker in het bijzonder strafrecht) ook het geval is.

Het slachtoffer (of diens nabestaande) kan zich als benadeelde partij voegen in het strafproces en daarmee de civiele vordering door de strafrechter laten beoordelen. De winst voor het slachtoffer is duidelijk: hem wordt een tijdrovende (en potentieel kostbare) civiele procedure bespaard. Ook de veroordeelde heeft er om die reden baat bij. Een simpel voorbeeld: iemand die door een ander is opgelicht, kan het door hem verloren geld op deze wijze terugvorderen. Wijst de rechter de vordering toe, dan zal de veroordeelde de schade moeten vergoeden. Beide partijen zijn daarmee ook van het civielrechtelijke aspect van de zaak af.

Tot 1 januari 2011 was het zo dat de vordering van de benadeelde partij (die toch meestal de grondslag vormt voor het opleggen van de maatregel) alleen ontvangen werd als het een kwestie van eenvoudige aard betrof (art. 361 lid 3 Sv oud). Thans is het criterium verruimd: art. 363 lid 3 Sv houdt in dat de behandeling van de vordering van de benadeelde partij geen onevenredige belasting van het strafgeding mag opleveren.⁹⁰

Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter ook in complexe fraudezaken met veel benadeelde partijen (bijvoorbeeld beleggingsfraudezaken), bereid blijkt om de civiele vorderingen mee te nemen. Daarbij zien we dan wel als effect dat elke vordering op zich eenvoudig kan zijn, maar dat zij bij elkaar genomen een aanzienlijk deel van de tijd die is uitgetrokken voor de strafzaak kunnen vergen. Ook komt het voor dat een deel van de vordering (bijvoorbeeld dat deel dat bestaat uit het terugvorderen van de inleg in de frauduleuze beleggingsconstructie) wordt toegewezen terwijl een ander deel van de vordering (gederfde rente) niet-ontvankelijk wordt verklaard.⁹¹

Een opmerkelijk voorbeeld trof ik aan in Rb Maastricht 29 maart 2010, *LJN* BL9354. Aangezien de veroordeelde failliet was, waren de vorderingen van de benadeelde partij niet-ontvankelijk: civielrechtelijk dienen zij hun vordering bij de curator in te dienen. Dit weerhield de rechtbank er echter niet van om toch een schadevergoedingsmaatregel op te leggen: 'De schadevergoedingsmaatregel is een zelfstandige strafrechtelijke maatregel die beoogt een door een strafbaar feit benadeelde persoon te versterken in zijn positie tot herstel van de rechtmatige toestand. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag om de benadeelde de inspanningen om dat herstel te bereiken zoveel als mogelijk is uit handen te nemen. Die inspanningen worden door het opleggen van de maatregel in handen gelegd van het Openbaar Ministerie (de Staat). Het faillissement van de verdachte staat niet aan het opleggen

90 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, 1 (i.wtr. *Stb.* 2010, 291).

91 Bijvoorbeeld Rb Amsterdam 11 januari 2010, *LJN* BL0547 en Rb Amsterdam 24 juni 2006, *LJN* BJ5134.

van deze maatregel in de weg (vgl. Hof Den Bosch 24 december 2009, parketnr. 20/001526-09⁹²).

Afgezien van de mogelijke complexiteit van de zaak, stelt art. 361 Sv als voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de vordering dat aan de verdachte enige straf of maatregel moet worden opgelegd of dat hij wordt schuldigverklaard zonder oplegging van straf en dat aan de benadeelde partij rechtstreeks schade is toegebracht door het bewezen verklaarde feit. In die zin is er een verschil met de schadevergoedingsmaatregel: die kan enkel worden opgelegd als het feit bewezen is verklaard en er ook daadwerkelijk veroordeling volgt; in geval van ontslag van rechtsvervolging kan geen schadevergoedingsmaatregel worden opgelegd, maar kan dus wel de vordering van de benadeelde partij worden toegewezen.

Bestudering van de jurisprudentie binnen het bijzonder strafrecht, leert dat veruit de meeste gevallen waarin de schadevergoedingsmaatregel en/of de voegingsprocedure ter sprake komt zogenaamde beleggingsfraudes betreffen: overtreding van art. 82 Wtk (oud; thans art. 3:5 en art. 4:3 Wft) in combinatie met art. 225 Sr en/of 326 Sr. Het is evident dat dit juist de zaken zijn waarin duidelijke slachtoffers zijn aan te wijzen en die (daardoor) dusdanig ernstig zijn dat ze strafrechtelijk worden afgedaan.

In fiscale strafzaken en of sociale zekerheidsfraudezaken is de schadevergoedingsmaatregel doorgaans niet nodig: de autoriteiten hebben zelf mogelijkheden om nog openstaande schulden in te vorderen.⁹³ Desalniettemin komt het voor dat bijvoorbeeld de Belastingdienst schade leidt doordat door onrechtmatig handelen van de verdachte invordering niet meer mogelijk is. In zo'n geval kan de schadevergoedingsmaatregel alsnog uitkomst bieden.⁹⁴ Andere gevallen van overtredingen van het sociaal-economische recht zullen vaak niet duidelijk aan te wijzen slachtoffers opleveren en bovendien zal het niet altijd mogelijk zijn om een directe causale relatie tussen geleden schade en de overtreding aan te tonen. Het niet nakomen van allerlei gedragsvoorschriften door een financiële onderneming zal lang niet altijd tot duidelijk identificeerbare schade leiden. Los daarvan is het ook zo dat in veel gevallen de slachtoffers de krachten kunnen bundelen in een civiele procedure (vergelijk de civiele procedures met betrekking tot effectenlease, woekerpolissen), waardoor hun belang zich te voegen in een eventuele strafzaak wegvalt. Voorts is strafrechtelijke handhaving natuurlijk geen vaststaand gegeven: ofschoon de verplichting om schadevergoeding te betalen ook in het kader van een transactie of strafbeschikking kan worden opgelegd, is uiteraard in alle gevallen waarin niet strafrechtelijk wordt gehandhaafd (bestuurlijke boete) het slachtoffer sowieso aangewezen op de civiele procedure. Een groot voordeel van een voeging is overigens toegang tot het strafdosier (art. 51d Sv).

92 Deze uitspraak is (nog) niet gepubliceerd.

93 A-G Knigge bij HR 11 april 2006, *LJN AV4007*, *NJ* 2006, 263.

94 HR 11 april 2006, *LJN AV4007*, *NJ* 2006, 263. Zie ook HR 4 juli 2010, *LJN BM4992*, *NJ* 2010, 421.

2.4.4 WED: (voorlopige) maatregelen⁹⁵

Ik stip hier slechts kort aan dat er in de WED nog twee aanvullende maatregelen voorkomen (art. 8 WED, onder b en c):

- de onderbewindstelling van de onderneming;
- het opleggen van de verplichting ter verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoen van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander.

Verder maakt de WED het opleggen van voorlopige maatregelen mogelijk (door de officier van justitie respectievelijk de rechtbank):

- het bevel dat de verdachte zich onthoudt van bepaalde handelingen (art. 28 lid 1, aanhef en onder a WED of art. 29 lid 1, aanhef en onder d WED);
- het bevel dat de verdachte zorg draagt dat in beslag genomen voorwerpen worden opgeslagen en bewaard op een bepaalde plaats; (art. 28 lid 1, aanhef en onder b WED of art. 29 lid 1, aanhef en onder e WED);
- het bevel tot gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming (art. 29 lid 1, aanhef en onder a WED);
- het bevel tot onderbewindstelling van de onderneming van de verdachte (art. 29 lid 1, aanhef en onder b WED);
- het bevel tot gehele of gedeeltelijke ontzetting van bepaalde rechten of gehele of gedeeltelijke ontzegging van bepaalde voordelen (art. 29 lid 1, aanhef en onder c WED).

Opvallend is dat deze voorlopige maatregelen in sommige situaties preluderen op een eventueel op te leggen bijkomende straf. De context van de regeling omtrent de voorlopige maatregelen maakt duidelijk dat voor het toepassen ervan het preventieve aspect voorop staat. Desalniettemin blijkt andermaal dat het onderscheid tussen bepaalde straffen en maatregelen soms lastig te maken is.

2.5 Straffen van rechtspersonen

Uit art. 51 Sr volgt dat de rechtspersoon die een strafbaar feit heeft begaan ter zake kan worden vervolgd en gestraft. Het daderschap van de rechtspersoon is een studie op zich waard. In dit hoofdstuk zal ik slechts stilstaan bij de strafoplegging aan de rechtspersoon.

Hierboven is al enkele malen aan de orde gekomen dat lang niet alle straffen en maatregelen zich lenen voor oplegging aan een rechtspersoon. Art. 51 lid 2 Sr stelt dan ook dat straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, kunnen worden opgelegd aan de rechtspersoon (en/of de feitelijk leidinggever). Voor oplegging komen in aanmerking: de geldboete, ontzetting van bepaalde rechten, de verbeurdverklaring, de openbaarmaking van de uitspraak, onttrekking aan het verkeer, ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel, alsmede de specifieke WED-straffen en -maatregelen. Met name de bijkomende straf ontneming van bepaal-

⁹⁵ In hoofdstuk 6 wordt hier door Keulen nader op in gegaan.

de rechten als geregeld in art. 28 Sr is voor rechtspersonen overigens vrijwel nooit een echt relevante optie.

Voor de mogelijkheid om aan rechtspersonen een geldboete van de naast hogere categorie op te leggen is een relevante specifieke regeling. Hiervoor geldt dan weer dat deze verhogingsmogelijkheid alleen geldt bij het opleggen van de geldboete aan de rechtspersoon, dus niet als ter zake van dat feit de feitelijk leidinggever of opdrachtgever (ook) wordt bestraft. Verder bevat de wet eigenlijk geen bijzondere bepalingen over de bestraffing van rechtspersonen.

Een onderwerp dat in dit verband nadere bespreking behoeft is de problematiek van de zogenaamde *vereenzelviging*, die vooral speelt ten aanzien van de vermogenssancties. Indien (het vermogen van) een rechtspersoon vereenzelvigd kan worden met (dat van) een natuurlijke persoon (bijvoorbeeld de directeur enig aandeelhouder van een rechtspersoon), kan de mogelijkheid om zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon (als feitelijk leidinggever of als deelnemer aan de gedraging van de rechtspersoon) te bestraffen (strafrechtelijk of bestuursrechtelijk) er *de facto* op neerkomen dat de vermogenssanctie twee keer hetzelfde vermogen raakt. Dit lijkt dan dubbele bestraffing voor hetzelfde feit; het geld komt immers uit dezelfde portemonnee.

De dubbele bestraffing door vereenzelviging kan zich allereerst binnen het strafrecht voordoen; art. 51 Sr staat immers toe dat rechtspersoon én feitelijk leidinggever worden gestraft. Strikt gezien gaat het *ne bis in idem*-beginsel hier niet op: de term 'te zijnen aanzien' in art. 68 Sr houdt in dat de eerdere uitspraak ten aanzien van de *verdachte* moet zijn geweest. De rechtspersoon is een andere verdachte dan de directeur.

Ook binnen het bestuurlijke boeterecht kan het probleem zich voordoen: op grond van art. 5:1 Awb kunnen wederom rechtspersoon en feitelijk leidinggever/deelnemer worden beboet. De bestuurlijke *ne bis in idem*-regel (art. 5:43 Awb) gaat formeel gezien niet op, want daarin wordt van 'overtreder' gesproken en ook dan is het onderscheid rechtspersoon-feitelijk leidinggever relevant.

Ten slotte is denkbaar dat een rechtspersoon een bestuurlijke boete krijgt en de directeur/enig-aandeelhouder als feitelijk leidinggever of deelnemer strafrechtelijk wordt vervolgd (of andersom). Ook tegen deze cumulatie van sancties biedt de wet geen voorziening: de *una via*-bepalingen (art. 5:44 Awb jo 243 lid 2 Sv) zien op dezelfde 'overtreder' en de 'verdachte'.

Een oplossing die we in de jurisprudentie tegenkomen is het achterwege laten van het opleggen van een bestuurlijke boete aan de rechtspersoon, in verband met de beginselen van een behoorlijke procesorde.⁹⁶ Hier was wel sprake van de bijzonderheid dat het Openbaar Ministerie met de directeurs als feitelijk leidinggevers had getransigeerd en dat de rechtspersoon van het Openbaar Ministerie een kennisgeving van niet verdere vervolging had gekregen (art. 243 lid 1 Sv), wat op grond van art. 255 Sv ook een vervolgingsbeletsel inhoudt. Bovendien is dit een uitspraak van de fiscale kamer van de Hoge Raad.

96 HR 20 juni 1990, NJ 1990, 811 m.nt. ThWvV.

In andere jurisprudentie toont de Hoge Raad zich niet bereid om het *ne bis in idem*-beginsel of de *una via*-regel toe te passen in situaties van vereenzelviging.⁹⁷ Hij lijkt er meer voor te voelen dat de rechter bij de strafoplegging (*mutatis mutandis* zal dit dan ook gelden voor het bepalen van de hoogte van een bestuurlijke boete) wel rekening moet houden met het feit dat al eerder een sanctie is opgelegd die uit dezelfde ‘vermogenspositie’ betaald is.⁹⁸

3 Buitengerechtelijke afdoening⁹⁹

3.1 Transactie

De bekendste buitengerechtelijke afdoeningsmogelijkheid binnen het strafrecht is de transactie (art. 74 e.v. Sr). Ook in de WED was deze mogelijkheid geregeld: art. 36¹⁰⁰ en 37 WED. Art. 37 WED maakt het mogelijk dat de transactiebevoegdheid van het OM wordt overgedragen aan een bestuursorgaan. Deze bevoegdheid wordt echter nauwelijks gebruikt.¹⁰¹

Ook de AWR voorzagt¹⁰² in transactiemogelijkheden, die anders dan in de WED volledig in de plaats traden van art. 74 Sr.¹⁰³ Deze transactieregeling heeft echter plaatsgemaakt voor de fiscale strafbeschikking (zie verder hieronder). Bijzonder was dat ter zake van fiscale delicten niet het OM de transactie aanbiedt, maar de Belastingdienst zelf (art. 76 AWR); hier was dus ook – als bij art. 37 WED – sprake van strafrechtelijke afdoening door een niet-justitieel orgaan.¹⁰⁴ De transactie werd aangeboden door een bestuursorgaan, maar met toepassing van strafrechtelijke regels. Ook de nieuwe fiscale strafbeschikking wordt aangeboden door een bestuursorgaan, maar het gaat dus uitdrukkelijk niet om een bestuurlijke boete. Overigens is te verdedigen dat

97 HR 19 maart 2002, *NJ* 2002, 581; HR 21 september 2004, *LJN* AO4045, *RSV* 2005, 124 m.nt. R. Stijnen (zie ook Hartmann 2006) en HR 13 september 2005, *NJ* 2006, 49 m.nt. JR.

98 Zie hierover o.m. Kessler 2003, p. 143 en 147, Corstens 2003 en Hartmann 2006. Zie ook punt 5 van de conclusie van Wattel voor HR 8 december 2006, *LJN* AV2923 en daarin door hem behandelde fiscale jurisprudentie.

99 Zie hierover ook hoofdstuk 17 (Duker).

100 Art. 36 WED is, enigszins voorbarig, al aangepast aan het stelsel van de strafbeschikking (zie hierna). De transactie en de strafbeschikking bestaan echter naast elkaar, zodat de wijziging van art. 36 (vermoedelijk onbedoeld) bewerkstelligt dat bijzondere transactievoorwaarden die op grond van de WED konden worden gesteld zijn vervallen.

101 Enige tijd geleden is echter wel een proef gedaan met deze ‘bestuurlijke transactie’ in het milieustrafrecht. Belangstellenden verwijzen we naar: A.B. Blomberg et al., *Een gunstig aanbod. Een onderzoek naar de werking van het Transactiebesluit milieudelicten*, Utrecht: Universiteit Utrecht, CELP/NILOS & B&A Groep 2002. Zie voorts Richtlijn voor strafvordering bestuurlijke transactie milieudelicten; *Ster.* 2010, 19120 en Aanwijzing bestuurlijke transactie milieudelicten; *Ster.* 2010, 2961.

102 Ik ga ervan uit dat de wijziging van art. IV, onderdeel B, van de Wet OM-afdoening (dat art. 76 AWR wijzigt door daarin de strafbeschikking te regelen in plaats van de transactie) bij het ter perse gaan van deze bundel reeds is ingevoerd of op zeer korte termijn zal worden ingevoerd. Aanvankelijk was dit gepland per 1 oktober 2010, maar ‘insider information’ leerde dat dit toch wel wat optimistisch was ingeschat.

103 Art. 36 WED bevat alleen aanvullingen op de commune transactieregeling.

104 Hierin schuilt een verschil met art. 37 WED. Art. 37 biedt ‘Onze minister’ de mogelijkheid zijn bevoegdheid over te dragen aan een bestuursorgaan; in art. 76 AWR komt de bevoegdheid, in plaats van aan het OM (art. 74 Sr), rechtstreeks aan het bestuursorgaan toe.

door het vervallen van de fiscale transactie ex art. 76 AWR *niet* ook de bevoegdheid van het OM om terzake van fiscale delicten een transactie op te leggen vervalt.

Zowel in het economische strafrecht als in het fiscale strafrecht wordt de transactie redelijk vaak gebruikt: vooral grote bedrijven die worden vervolgd kunnen er belang bij hebben dat de zaak niet in volle openbaarheid voor de rechter komt. Ook het OM ziet het lang niet altijd zitten om met heel complexe dossiers naar de rechter te moeten. Het spreekt dan voor zich dat beide partijen zich wel kunnen vinden in een transactie.¹⁰⁵

Volgens de bestaande wetsystematiek valt de transactie niet onder het begrip vervolging. De transactie is in het Wetboek van Strafrecht geregeld als een zogenoemde vervolgingsuitsluitingsgrond; door het aangaan van een transactie vervalt het vervolgingsrecht van het OM.

Een belangrijke afgrenzing van de transactiemogelijkheid is dat op het feit geen hogere gevangenisstraf dan zes jaar mag staan. De misdrijven beneden die grens en alle overtredingen komen dus voor een transactie in aanmerking.

Op grond van art. 74 lid 2 Sr kunnen transactievoorwaarden worden gesteld die zijn te vergelijken met de geldboete, taakstraf, verbeurdverklaring, onttrekking aan het verkeer, de schadevergoedingsmaatregel en de ontnemingsmaatregel. Het is dus duidelijk dat zowel straffen als maatregelen in de transactie-mal te gieten zijn. Ook evident is, dat vrijheidsbenemende sancties zich niet lenen voor een transactie.

Bekende grote transacties in de sfeer van het bijzonder strafrecht zijn de reeds genoemde transactie met Ahold inzake de boekhoudfraude, de miljoenen-transactie die onlangs is overeengekomen met betrekking tot de dubieuze belspelletjes van enkele commerciële televisiezenders (er was sprake van overtreding van de Wet op de kansspelen; een economisch delict) en de vastgoed-fraude-transactie in de 'Klimop'-zaak. De laatste twee transacties zijn overigens een combinatie van een bestraffende en reparatoire transactie, want zij bestonden uit een geldboetecomponent en een ontnemingscomponent.¹⁰⁶

Soms blijft het een beetje gissen naar het transactiebeleid van het Openbaar Ministerie. Een voorbeeld: rond de recente overname van bierbrouwerij Grolsch is gehandeld met voorwetenschap. Een eerste verdachte, die de voorwetenschap in de kroeg bij toeval zou hebben opgevangen, kreeg van het Openbaar Ministerie een transactie die bestond uit een bestraffend deel van € 45.000 en uit een reparatoir deel van € 200.000.¹⁰⁷ Twee andere verdachten, familieleden van een secretaresse die op de hoogte was van de op handen zijnde overname, werden strafrechtelijk vervolgd, terwijl de behaalde winsten aanzienlijk bescheidener waren. De rechtbank legde hen geldboetes van € 10.000 resp. € 5.000 op.¹⁰⁸

105 Zie voor nadere uiteenzetting over het beleid ten aanzien van buitengerechtelijke afdoening hoofdstuk 17 (Duker). Zie ook Doorenbos 2003.

106 Zie ook de op deze zaken betrekking hebbende persberichten op <www.om.nl>.

107 Zie 'Transactie overeengekomen in voorkenniszaak', persbericht op <www.om.nl>.

108 Rb Amsterdam 3 november 2010, *LJN* BO2898 en *LJN* BO2853. De secretaresse, haar echtgenoot en haar zoon moeten nog voorkomen (bron: *Algemeen Dagblad* 5 november 2010, p. 6).

Ten aanzien van de ontnemingsmaatregel wijs ik hier nog kort op de schikking ex art. 511c Sv. Deze schikking kan zowel vóór of na veroordeling van het gronddelict worden getroffen en geldt dus enkel als afdoening van de afzonderlijke ontnemingsprocedure. Het overeenkomen van een schikking ex art. 511c Sv bewerkstelligt (anders dan bij de ‘ontnemingstransactie’ ex art. 74 Sr) dus niet dat de strafrechtelijke vervolging in de hoofdzaak wordt gestaakt.

De bijkomende straf ‘openbaarmaking van de uitspraak’ kan niet in de vorm van een transactie worden gegoten. Toch is er bij bepaalde zaken behoefte aan openbaarheid met betrekking tot de justitiële reactie; vaak is een nadrukkelijk persbericht dan de enige manier waarop het publiek kennis kan krijgen van handhavend optreden ten aanzien van een (rechts)persoon. Er is daarom specifiek beleid in de vorm van de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties,¹⁰⁹ waarin wordt bepaald dat het doen uitgaan van een persbericht bij hoge (in de regel: meer dan € 50.000) en bijzondere transacties (bijvoorbeeld transacties in gevoelige zaken) in beginsel noodzakelijk is.

Het idee van de openbaarmaking van hoge en bijzondere transacties, is dat daarmee tegemoet wordt gekomen aan het beginsel van de externe openbaarheid. In de aanwijzing wordt gesteld dat het in de regel strafzaken betreft die, als zij door de rechter zouden worden behandeld, de nodige publiciteit zouden hebben gegenereerd. Door de openbaarmaking van de transacties kan het achterwege blijven van deze publiciteit worden gecompenseerd. Het is echter de vraag of dat in alle gevallen werkelijk zo zal zijn. Hoewel sommige fraudezaken inderdaad veel publiciteit genereren, hoeft dat niet in alle gevallen zo te zijn.¹¹⁰ Daar staat weer tegenover dat ook de door het OM uitgevaardigde persberichten niet altijd op grote schaal door de media worden opgepikt.¹¹¹

3.2 Strafbeschikking

Het systeem van de transactie staat echter op de helling. De Wet OM-afdoening¹¹² wordt thans gefaseerd ingevoerd. Deze wet voorziet in de vervanging van de transactie door een systeem waarin het OM, opsporingsambtenaren en bepaalde, met een publieke taak belaste, lichamen en personen de bevoegdheid hebben om door middel van een zogenaamde strafbeschikking sancties (waaronder geldboetes) op te leggen. Deze strafbeschikking wordt, in tegenstelling tot de transactie, wél als vervolging aangemerkt.

Zoals hierboven al vermeld is art. 36 WED al aangepast en zal art. 76 AWR bij het ter perse gaan van deze bundel vermoedelijk ook al zijn gewijzigd. Art. 37 WED zal vervallen; de mogelijkheid om publieke lichamen en/of personen een strafbeschikking te laten opleggen is overgeheveld naar art. 257ba Sv.

109 *Str.* 2008, 209.

110 Doorenbos 2007, p. 44 en p. 48.

111 Zie verder kritisch over dit onderwerp Malsch 2005.

112 Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330.

Het belangrijkste verschil met de transactie is dat het OM en (onder meer) de Belastingdienst straks, als daad van vervolging, een aantal strafrechtelijke sancties kunnen opleggen, zonder dat de strafrechter eraan te pas komt. Die wordt pas ingeschakeld als de verdachte in verzet gaat tegen de strafbeschikking. Is het bij de transactie nog zo dat de verdachte akkoord moet gaan met het voorstel (wat duidt op een zekere consensualiteit met betrekking tot de afdoening), bij de strafbeschikking is dat niet meer het geval. Dit levert het wat merkwaardige beeld op dat straks de Belastingdienst zowel een bestuurlijke boete als een strafbeschikking kan opleggen. Wat precies de toegevoegde waarde is, valt nog te bezien.¹¹³

Voor wat betreft de openbaarmaking van de strafbeschikking, voorziet art. 257h Sv in de mogelijkheid om bij AMvB een regeling te treffen vergelijkbaar met de Aanwijzing hoge transacties.

3.3 *Strafbeschikking of transactie?*

Het is nog onzeker of en hoe snel de transactie zal verdwijnen. Dat wil zeggen dat voorlopig beide afdoeningsmodaliteiten naast elkaar zullen bestaan. Ofschoon art. 36 WED al helemaal is gewijzigd ten faveure van de strafbeschikking, is de daadwerkelijke 'uitrol' voor de WED nog helemaal niet begonnen: er worden dus nog geen strafbeschikkingen opgelegd vanwege economische delicten.

In het algemeen zal met betrekking tot de integrale invoering van de strafbeschikking na enige tijd een evaluatie plaatsvinden waarna de transactiemodaliteit mogelijk zal verdwijnen. Afgezien van het fiscale strafrecht is, door de gefaseerde invoer, voor het bijzonder strafrecht de strafbeschikking nu dus nog geen relevante vervolgingsmodaliteit. Het is moeilijk te zeggen of en wanneer in het bijzonder strafrecht veel zal gaan veranderen door het invoeren van de strafbeschikking.

4 **Overige thema's**

In de inleiding is al iets gezegd over de bestuurlijke boete. Deze bestuursrechtelijke bestraffende sanctie komt hier verder niet aan bod, ze is wel in hoofdstuk 3 behandeld.

De samenloop van strafrechtelijke sancties onderling of met bestuurlijke boetes komt ook elders in deze bundel aan de orde: de samenloopregeling van art. 55 Sr e.v. wordt in hoofdstuk 3 behandeld. De samenloop tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke bestraffing komt aan de orde in hoofdstuk 17 (Duker).

113 De Bont 2005, p. 1553.

5 Afsluiting

Ik heb in vogelvlucht enkele belangrijke aspecten met betrekking tot de strafrechtelijke sanctionering van overtreding van sociaal-economisch recht behandeld. Ik vind het een tamelijk indrukwekkend arsenaal aan sancties, waarmee ook binnen het bijzonder strafrecht op het vlak van vergelding, preventie, reparatie en gedragsbeïnvloeding veel bereikt kan worden. De verschillende uitbreidingen van het sanctiearsenaal die in dit hoofdstuk aan de orde zijn geweest, lijken te suggereren dat volgens de wetgever op sommige punten toch meer ruimte nodig is. Dit terwijl de vraag is of de bestaande mogelijkheden ook optimaal worden benut. Bepaalde uitbreidingen van het sanctiestelsel (zoals de mogelijkheid om de ontzetting uit het beroep voor meer strafbare feiten mogelijk te maken (zoals besproken in 2.2.1) lijken, zeker in het bijzonder strafrecht, inderdaad bepaalde strafrechtelijke leemten te vullen. Ik vraag mij echter af of niet juist op het vlak van de beroepsuitoefening het bestuursrechtelijke instrumentarium niet óók uitermate geschikt zou zijn: de AFM heeft bijvoorbeeld een behoorlijk ver reikende bevoegdheid (en bovendien een veel betere beoordelingspositie) om het personen onmogelijk te maken bepaalde functies uit te oefenen binnen de financiële markten.

In 2.2.2 en 2.4.1 kwam naar voren dat de voorgestelde uitbreiding van de mogelijkheden tot verbeurdverklaring en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel hiaten lijken te vullen, waarvan kan worden betwijfeld of die er ook echt zijn. Hier lijkt dan de wens ('meer illegale winsten afpakken') de vader van de gedachte te zijn geweest. Het laat zien dat het creëren van een almaar uitdijend sanctiearsenaal in sommige gevallen een schijnoplossing is.

Strafrechtelijke handhaving (en daarmee het opleggen van een straf en/of maatregel) heet nog steeds een sluitstuk te zijn van een langere handhavingsketen, waarin bestuurlijke preventieve, reparatoire en bestraffende handhaving aan de strafrechtelijke handhaving vooraf gaan. *Wanneer* het tijd is voor het strafrecht als *ultimum remedium* is helaas minder duidelijk.

Het is een gegeven dat juist op het vlak van het sociaal-economische recht (als ook in bijvoorbeeld het omgevingsrecht) de 'kunst van het handhaven' een uitermate complexe aangelegenheid is. Het toonaangevende onderzoek *Handhaven op niveau*,¹¹⁴ dat inmiddels alweer meer dan tien jaar oud is, heeft naar mijn mening nog niet veel aan kracht ingeboet. In dat onderzoek werd gesignaleerd dat op veel terreinen onduidelijk was wat nu het gewenste 'handhavingsniveau' was en, daaraan gekoppeld, hoe groot het 'handhavingstekort' op dat terrein dan was. Maar dát er een handhavingstekort was, stond vast. Eén van de oplossingen voor dat handhavingstekort was, naast de steeds toenemende buitengerechtelijke afdoening binnen het strafrecht (sepots, transacties) de decriminalisering: bestraffende handhaving buiten het strafrecht om. Maar daarnaast werd er in *Handhaving op niveau* gepleit voor betere samenwerking en meer en adequater gebruik van de bestaande mogelijkheden. De mogelijkheden die het

114 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998.

strafrecht daartoe biedt zijn in dit hoofdstuk, voor wat betreft de mogelijke sancties en combinaties van sancties, aan de orde gekomen.

De ontwikkelingen in de afgelopen jaren laten zien dat een keuze voor algehele decriminalisering maar heel sporadisch is gemaakt (de Mededingingswet is hiervan eigenlijk het enige voorbeeld), maar dat het bestuursstrafrecht toch een forse ontwikkeling heeft doorgemaakt. Vaak zijn voor een gedraging strafrechtelijke sancties *en* bestuurlijke boetes mogelijk: er moeten dan in het handhavingstraject keuzes worden gemaakt: niet alleen *of* er wordt gehandhaafd, maar ook *hoe* er wordt gehandhaafd en *wie* dat dan gaat doen: de crux zit wederom in de toepassing van de bestaande mogelijkheden.

Alle ontwikkelingen ten spijt, zijn er *de facto* nog steeds handhavingstekorten waarbij men voor het strafrecht een belangrijke rol weggelegd ziet. Zo dringt de AFM (ondanks haar eigen bevoegdheid om ter zake bestuurlijke boetes op te leggen) met enige regelmaat aan op een uitbreiding van de justitiecapaciteit met betrekking tot de aanpak van marktmisbruik.¹¹⁵ Ook wordt nog altijd nieuwe wetgeving geïntroduceerd die langs straf- en/of bestuursrechtelijke weg met bestraffende sancties kan worden gehandhaafd, terwijl de noodzaak en/of effectiviteit van die handhaving niet of nauwelijks wordt onderzocht.¹¹⁶ De regering heeft met de nota *Uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel*¹¹⁷ weliswaar getracht een beter onderlegde visie op de handhaving – en dus de inzet van het (bestuurs)strafrecht – te presenteren. Deze nota gaat echter vooral in op de keuze tussen verschillende mogelijkheden van bestraffende sancties, niet zozeer op de vragen *wanneer* de bestraffende sanctie in beeld zou moeten komen en/of welke doelen enkel gediend kunnen worden met de inzet van het strafrecht.

Inmiddels is het overigens een breed gedragen opvatting dat straffen alléén niet helpt. Handhaving op niveau vergt een veel bredere insteek, waarbij de handhavende instanties intensief met elkaar dienen samen te werken. Ook door middel van bijvoorbeeld voorlichting of *beloning* van regelconform gedrag kan op dit terrein veel worden bereikt.¹¹⁸

In de volgende hoofdstukken zullen Borgers en Duker laten zien hoe belangrijk een goede onderlinge afstemming in de gehele handavingsketen is. Daaruit zal ook blijken dat de inzet van het strafrecht als *ultimum remedium* zeker niet alleen afhankelijk is van de keuze van de wetgever. Integendeel: vaak zullen keuzes die in het handhavingstraject zijn gemaakt doorslaggevend zijn voor de vraag of een zaak strafrechtelijk zal worden afgedaan. Een zorgvuldige afstem-

115 Zie bijvoorbeeld het rapport ‘Vijf jaar toezicht op marktmisbruik. Een Europees regime in ontwikkeling’, AFM 2010, p. 5.

116 Zie in dat verband ook Lindeman en Luchtman 2008.

117 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. D. Deze nota wordt in hoofdstuk 17 door Duker uitgebreid behandeld.

118 Zeer lezenswaard is in dit verband het bundeltje *Handhaving en gedrag*, uitgegeven door de afdeling nalevingsexpertise van het CCV (Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid): Van Prooijen en Nieuworp 2009. In dit bundeltje worden samenvattingen gepresenteerd van een achttal onderzoeken die in de afgelopen jaren op verschillende terreinen zijn uitgevoerd met betrekking tot handhaving.

ming van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving lijkt in die fase niet altijd plaats vinden.

Gezien die ontwikkelingen lijkt een grondige bezinning alvorens het strafrechtelijke sanctiearsenaal uit te breiden mij uitermate zinvol: het zou zomaar eens kunnen dat niet het instrumentarium, maar de muzikant verbetering behoeft.

Literatuur

- Bont, G.J.M.E. de, De fiscale strafbeschikking: een ongewenste nouveauté?!, *WFR* 2005, p. 1553-1558.
- Borgers, M.J., *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.
- Borgers, M.J. en T. Kooijmans, Verruiming of verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming, *DD* 2010, 16, p. 205-270. (a)
- Borgers, M.J. en T. Kooijmans, Verruiming van de mogelijkheden tot voordeelsontneming: het vervolg, *DD* 2010, 36, p. 608-627. (b)
- Cleiren, C.P.M. en M.J.M. Verpalen, *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Corstens, G.J.M., Non bis in eundem hominem, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.J.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 95-109.
- Doorenbos, D., Transacties in het ondernemingsstrafrecht, *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2003, p. 4-12.
- Doorenbos, D., *Naming and shaming* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.
- Doorenbos, D., Nieuw boetestelsel financiële wetgeving, *Ondernemingsrecht* 2009, 128.
- Franken, A.A., Zuinigheid troef, *DD* 2009, 58, p. 777-792.
- Gritter, E., G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- Groenhuijsen, M.S., Berechting en bestraffing van witte boorden-criminelen in Nederland, *DD* 2010, 50, p. 823-830.
- Hartmann, A.R., Una via/Ne bis in idem, in: C.P.M. Cleiren, Th. A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 439-455.
- Boksem, J. et al. (red.), *Handboek Strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbladig).
- Kelk, C., *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Kessler, M., De moeizame verhouding tussen de belastingen en het ne bis in idem-beginsel, *TOS* 2003, p. 139-149.
- Knigge, G., De verkalking voorbij, *RM Themis* 2000, p. 83-96.
- Keulen, B.F., *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

- Lindeman, J.M.W., Het Spector-arrest: het weerlegbare vermoeden in een strafrechtelijke en mensenrechtelijke context, *NtEr* 2010, p. 200-206.
- Lindeman, J.M.W. en M.J.J.P. Luchtman, Het Europese strafrecht als ultimum remedium, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden. Liber amicorum C. Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 331-340.
- Luchtman, M.J.J.P., *Grensoverschrijdende sfeercumulatie* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.
- Malsch, M., Geregisseerde openbaarheid. Het O.M. en de zichtbaarheid van transacties, *JV* 2005, nr. 6, p. 113-127.
- Malsch, M., W.C. Alberts, J.W. de Keijser en J.F. Nijboer, *Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt. Oplegging en naleving in de periode 1995-2008*, Den Haag/Leiden: WODC/Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving 2009 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32123 VI, nr. 85).
- Mulder, A., en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Noyon, T.J., G.E. Langemeijer en J. Rimmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig).
- Prooijen, M.A. van, en S. Nieuwdorp (red.), *Handhaving en gedrag. Achtergronden van regelnaleving*, Utrecht: CCV 2009.
- Valkenburg, W.E.C.A., *Inleiding fiscaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.