

Bij Kabinetsmissive van 28 mei 2009, no.09.001443, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter verbetering van de toepassing van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (verruiming mogelijkheden voordeelontneming), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe de mogelijkheden voor voordeelontneming te verruimen. Daartoe wordt voorzien in de invoering van wettelijke bewijsvermoedens over de criminele herkomst van het vermogen van de veroordeelde. Verder wordt de mogelijkheid tot het leggen van "anderbeslag" uitgebreid en wordt het mogelijk gemaakt onderzoek te doen naar het vermogen van de veroordeelde nadat de betalingsverplichting onherroepelijk is geworden. Ook kan een reisverbod worden opgelegd als bijkomende straf. Naast verruiming van de regeling van de voordeelontneming wordt voorzien in een aanvulling van de gronden voor verbeurdverklaring.

De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen met betrekking tot de voorbereiding ervan, de noodzaak, het reisverbod, de verruiming van de gronden voor verbeurdverklaring, de bewijslastverdeling, het conservatoir beslag en het onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde. Hij is van oordeel dat in verband met deze opmerkingen over het voorstel in deze vorm niet positief kan worden geadviseerd.

#### 1. Voorbereiding

Het is de Raad opgevallen dat het merendeel van de voorstellen in het wetsvoorstel is opgenomen nadat een groot aantal adviezen was ingewonnen, waaronder die van de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten, over een voorontwerp met een relatief bescheiden strekking. De nieuwe onderdelen van het wetsvoorstel, die vooral zijn ontleend aan het advies van het college van procureurs-generaal (OM), houden ver strekkende en ingrijpende wijzigingen in ten opzichte van het eerdere ontwerp.<sup>1</sup> Zij betreffen bijvoorbeeld de invoering van bewijsvermoedens en een aanmerkelijke vereenvoudiging van de mogelijkheden tot "anderbeslag". Deze gang van zaken heeft ertoe geleid dat de andere bij de strafrechtspleging betrokken organisaties wier advies voor de kwaliteit van de wetgeving van belang wordt geacht, zich niet hebben kunnen uitlaten over de meest ver strekkende onderdelen van het wetsvoorstel. Een ordentelijke wetgevingsprocedure brengt mee dat over dermate ingrijpende wijzigingen van het voorontwerp opnieuw advies wordt

<sup>1</sup> Het voorontwerp behelsde de introductie van een onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde nadat de betalingsverplichting onherroepelijk is geworden, de mogelijkheid om ook door de Staat te betalen rente over gelden waarop beslag is gelegd tot het te ontnemen voordeel te rekenen en een vereenvoudiging van de materiële gronden voor ontneming.

gevraagd bij de in de toelichting genoemde instanties. Nu het voorstel belangrijke wijzigingen van strafprocessuele aard bevat, ligt ook advisering door de Adviescommissie strafprocesrecht in de rede. De Raad adviseert overtuigend te motiveren waarom over het ingrijpend gewijzigde voorstel geen adviezen meer zijn ingewonnen.

## 2. Noodzaak

Blijkens het algemeen gedeelte van de memorie van toelichting strekt het wetsvoorstel tot aanpassing en uitbreiding van het ontnemingsinstrumentarium. Voor de achtergronden hiervan wordt verwezen naar het Coalitieakkoord en naar de beleidsnotitie van het kabinet ter zake van financieel-economische criminaliteit die bij brief van 13 december 2007 aan de Tweede Kamer der Staten Generaal is gezonden.<sup>2</sup> Volgens deze notitie vormt een wezenlijk knelpunt bij de toepassing van de ontnemingswetgeving het feit dat het afnemen van crimineel vermogen door het OM "nog geen vanzelfsprekend onderdeel is van de keuze voor de wijze waarop een misdrijf wordt benaderd". De reden hiervan is dat het vervolgen en bestraffen van daders traditioneel meer aandacht krijgt en dat het ontnemen extra werk en vaak bijzondere expertise vergt. Een ander gesignaleerd knelpunt vormt het feit dat niet in alle gevallen (tijdig) beslag wordt gelegd op roerende en onroerende zaken. Daardoor ontstaat onnodig verschil tussen de bedragen die de rechter aan maatregelen oplegt en de bedragen die daadwerkelijk op het vermogen van de veroordeelde worden verhaald. Volgens de notitie ontbreekt het soms aan voldoende deskundigheid en ervaring bij de betrokken instanties en kan de rolverdeling tussen specialisten op dit terrein en generalisten nog verder worden verbeterd. Terecht stelt daarom de toelichting bij het wetsvoorstel dat het belang van het vroegtijdig verrichten van financieel onderzoek en het vroegtijdig leggen van conservatoir beslag niet voldoende kan worden benadrukt. Vervolgens wordt echter zonder nadere redengeving gesteld dat er nieuwe wettelijke regels nodig zijn voor de zaken waarin het voor het OM niet mogelijk is gebleken om vroegtijdig beslag te leggen en om de bewijslast van het OM over de herkomst van het vermogen te verlichten. Daarnaast vermeldt de toelichting dat met de verwachte opbrengsten van het wetsvoorstel in de begroting van Justitie rekening is gehouden. Het wetsvoorstel is volgens de toelichting daarmee noodzakelijk om de "ontvangstentaakstelling" te realiseren.

De ontnemingswetgeving is in 1993 in werking getreden en in 1998 en 2004 door het WODC geëvalueerd. Beide keren kwam uit het onderzoek naar voren dat, voor zover de resultaten van de ontneming bij de verwachtingen achterblijven, dit niet aan de regelgeving te wijten is, maar het gevolg is van onvoldoende aandacht bij de toepassing ervan. Ook de toelichting bij het wetsvoorstel wijst daar op. In het ontbreken van organisatorische voorzieningen of een bepaalde deskundigheid kan op zichzelf echter geen noodzaak worden gevonden voor nieuwe, soms verstrekkende, voorstellen voor wetgeving. Dat werd onderkend in het voorontwerp dat aan dit wetsvoorstel voorafging. Dat voorontwerp voorzag slechts in drie relatief beperkte wijzigingen, met als argument dat "van een meer intensieve toe-

---

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2007/08, 29 911, nr. 10.

passing van de bestaande mogelijkheden (meer) valt te verwachten dan van ingrijpende aanvullingen of aanpassingen van de regelgeving". De Raad acht het van wezenlijk belang dat de noodzaak van de voorgestelde wijzigingen overtuigend wordt aangetoond. Hij adviseert het wetsvoorstel in zoverre nader te bezien.

### 3. Het reisverbod

Volgens het voorgestelde artikel 32 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) kan een reisverbod voor ten hoogste twee jaren worden opgelegd

- (a) met het oog op voorkoming van herhaling bij veroordeling wegens enig misdrijf met een grensoverschrijdend karakter, of
- (b) met het oog op voorkoming van verhaalsfrustratie na oplegging van de maatregel bedoeld in artikel 36e Sr, indien er aanwijzingen bestaan dat voorwerpen buiten het grondgebied van Nederland zijn gebracht.

De rechter bepaalt het tijdstip waarop het verbod ingaat, de duur en de landen waarvoor het verbod geldt.

Dit voorstel geeft de Raad aanleiding tot de volgende opmerkingen.

#### a. *Maatregel of straf*

Volgens de toelichting dient het reisverbod van artikel 32, eerste lid, aanhef en onder a, Sr primair een speciaal preventief doel en is het niet gericht op leedtoevoeging. Als het niet gaat om vergelding of leedtoevoeging, ligt het niet voor de hand het reisverbod vorm te geven als een bijkomende *straf*. Voorts wijst de Raad in verband met het reisverbod van artikel 32, eerste lid, aanhef en onder b, Sr erop dat de wetgever de ontnemingsmaatregel tot dusverre beschouwt als een afzonderlijke sanctie, strekkende tot financieel herstel van de rechtmatige toestand, die geen onderdeel vormt van het sanctiepakket dat in de hoofdprocedure geldt.<sup>3</sup> De keuze voor een reisverbod in de vorm van een bijkomende straf lijkt zich niet met deze opvatting te verdragen. De oplegging van deze bijkomende straf is immers aan de oplegging van de ontnemingsmaatregel gekoppeld. De Raad adviseert de keuze voor het reisverbod in de vorm van een bijkomende straf nader te bezien.

#### b. *Verenigbaarheid van het reisverbod ter voorkoming van "verhaalsfrustratie" met grondrechten en EG-recht*

Paragraaf 7 van de toelichting is gewijd aan het reisverbod als bijkomende straf.<sup>4</sup> Daarin wordt ingegaan op de verenigbaarheid van het reisverbod met grondrechten en met het EG-recht. Het is de Raad opgevallen dat deze toelichting vrijwel uitsluitend gaat over het reisverbod van het voorgestelde artikel 32, eerste lid, aanhef en onder a, Sr. Het reisverbod van het voorgestelde artikel 32, eerste lid, aanhef en onder b, Sr dient als straf evenzeer verenigbaar te zijn met het in artikel 2, vierde lid, van de Grondwet neergelegde recht om het land te verlaten, en met het in artikel 2 van het Vierde Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 12 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten neergelegde recht op bewegingsvrijheid en het in dezelfde artikelen neergelegde recht

<sup>3</sup> Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr 3.

<sup>4</sup> De artikelsgewijze toelichting op artikel 32 verwijst naar paragraaf 7.

om het land te verlaten, alsmede met het EG-recht. Voor die verenigbaarheid is van belang of een straf dient ter bescherming van een fundamenteel belang van de samenleving, of de straf geschikt is om dat belang te beschermen en of de straf niet verder gaat dan nodig is. In dat kader valt op dat er een discrepantie bestaat tussen de tekst van het wetsvoorstel en de toelichting daarop. De tekst van het voorstel gaat ervan uit dat het doel van dit reisverbod voorkoming van verhaalsfrustratie is. De toelichting heeft het echter over het voorkomen van het ongestoord kunnen genieten van de bezittingen die degene aan wie een ontnemingsmaatregel is opgelegd, buiten Nederland heeft ondergebracht en die met criminele activiteiten zijn gefinancierd. Dat wekt de indruk dat niet zozeer "verhaalsfrustratie" wordt voorkomen als wel "genotsfrustratie" wordt beoogd. De Raad betwijfelt of met het aan een ontnemingsmaatregel gekoppelde reisverbod wordt voorkomen dat het verhaal op de goederen van degene aan wie de maatregel is opgelegd, wordt ontgaan. Dat verhaal is gewoonlijk al voorkomen doordat de goederen bijvoorbeeld in de loop van de ontnemingsprocedure naar het buitenland zijn overgebracht. Bovendien zal veelal niet bekend zijn naar welk land vermogen is overgebracht. Naar het oordeel van de Raad weegt het reisverbod voor degene aan wie een ontnemingsmaatregel is opgelegd, niet op tegen het in de Grondwet en verdragen neergelegde recht om het land te verlaten en het recht op bewegingsvrijheid. Dat laat nog onverlet de verenigbaarheid van het reisverbod in het algemeen met het EG-recht, waarop de Raad hierna nader ingaat. De Raad adviseert daarom af te zien van het reisverbod als bedoeld in artikel 32, eerste lid, aanhef en onder b, Sr.

c. *Vrij verkeer van personen*

Een reisverbod vormt een belemmering van verschillende vrijheden onder het EG-Verdrag, in het bijzonder van de vrijheid van personenverkeer op basis van artikel 18. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft recent overwogen dat artikel 18 van het EG-verdrag en artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die het mogelijk maakt het recht van een burger van een lidstaat om naar een andere lidstaat te reizen te beperken, met name op grond van het feit dat hij daaruit eerder is uitgezet wegens "illegaal verblijf", mits

- (1) het persoonlijk gedrag van die burger een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast, en
- (2) de voorgenomen beperkende maatregel geschikt is om het ermee beoogde doel te verwezenlijken en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

Bovendien moet een maatregel die de gebruikmaking van het recht van vrij verkeer beperkt, worden genomen op grond van overwegingen die eigen zijn aan de bescherming van de openbare orde of de openbare veiligheid van de lidstaat die de maatregel neemt.<sup>5</sup>

Het wetsvoorstel noch de toelichting werkt deze door het Hof genoemde criteria nader uit. Omdat het gedrag van de betrokkene en de speciale preventie bepalend

---

<sup>5</sup> HvJ EG, 10 juli 2008, C-33/07, Gheorghe Jipa tegen Roemenië.

zijn voor het al dan niet opleggen van een reisverbod, is de belemmering van het vrije verkeer van personen binnen de Europese Unie gerechtvaardigd en voldoet deze aan het evenredigheidsbeginsel, volgens de toelichting. Aan de rechter wordt overgelaten te beoordelen of het reisverbod noodzakelijk is ter voorkoming van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving.

Het is evenwel aan de wetgever om een standpunt te bepalen ten aanzien van de vraag in welke gevallen de oplegging van een reisverbod in overeenstemming is met het Europese recht en om de daarvoor geldende criteria in de wet op te nemen. De summiere motivering in de toelichting vormt een ontoereikend richtsnoer voor de toepassing van een uitsluitend naar doel begrensd reisverbod, temeer nu vorengenoemde richtlijn bepaalt dat een strafrechtelijke veroordeling als zodanig geen reden vormt voor maatregelen die het vrije verkeer belemmeren. De Raad adviseert dragend te motiveren dat de reisverboden passen binnen de grenzen van het EG-recht en daarbij behalve op genoemde richtlijn en rechtspraak ook in te gaan op andere relevante bepalingen van EG-recht die gelden voor burgers van de Unie, alsmede op bepalingen die relevant zijn voor onderdanen van EER-landen of voor onderdanen uit landen waarmee de EG een overeenkomst over personenverkeer heeft gesloten, en zo nodig deze verboden te heroverwegen.<sup>6</sup>

Onverminderd het voorgaande merkt de Raad over het reisverbod het volgende op.

d. *Normering en systematiek*

Een bijkomende straf kan worden opgelegd in de gevallen waarin de wet oplegging toelaat. Deze regel wordt zo uitgewerkt dat de wet per delict of groep van delicten bepaalt of oplegging van de bijkomende straf mogelijk is.<sup>7</sup> Het voorgestelde artikel 32, eerste lid, aanhef en onder b, Sr breekt met deze systematiek: een bepaling van de strafbare feiten waarbij oplegging van een reisverbod mogelijk is, wordt niet gegeven. Dit geldt ook voor de onder a genoemde grond, omdat oplegging mogelijk is bij elk misdrijf met "een grensoverschrijdend karakter". De gekozen omschrijving voldoet niet aan de bij een wettelijke normering van strafoplegging in acht te nemen precisie. Dat wordt ook geïllustreerd door een voorbeeld dat in de toelichting wordt gebruikt. Die noemt "sekstoerisme" een misdrijf met een grensoverschrijdend karakter, maar onderkent tegelijkertijd dat in geval van seksueel misbruik van minderjarigen gepleegd in het buitenland door een Nederlander het grensoverschrijdende karakter losstaat van de delictsomschrijving.

De onduidelijkheid van de wettelijke normering maakt dat het voorstel raakt aan het legaliteitsbeginsel, zoals dat verwoord is in artikel 7 EVRM, artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 Sr. Daar komt nog bij dat de met deze bijkomende straf na te streven sanctiedoelen in de wet benoemd worden. Tot dusverre laat de wet zich niet uit over de sanctiedoelen die met straffen mogen worden nagestreefd.

<sup>6</sup> Gelet op het feit dat Richtlijn 2004/38 als voor de EER relevante tekst wordt aangeduid.

<sup>7</sup> Openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak en ontzetting van bepaalde rechten zijn in artikel 339 Sr bijvoorbeeld mogelijk gemaakt bij een aantal bedrogsdelicten. Verbeurdverklaring is in artikel 33a Sr op een aantal gronden mogelijk gemaakt bij elk (strafbaar) feit (a, b, c); op een aantal andere gronden enkel bij misdrijven (d, e).

Dit klemt temeer nu het tweede sanctiedoel, de voorkoming van “verhaals-frustratie”, geen breed en algemeen geaccepteerd strafdoel is. De Raad adviseert af te zien van een doelbepaling en, ter wille van de rechtszekerheid, uitdrukkelijk te bepalen voor welke delicten het reisverbod als bijkomende straf kan worden opgelegd, en deze keuze overtuigend te motiveren.

e. *Handhaafbaarheid*

Een reisverbod is een gedragsvoorschrift. Er zijn meer straffen die gedragsvoorschriften inhouden. Te denken valt aan een ontzetting van het recht om een beroep uit te oefenen en aan een ontzegging van de rijbevoegdheid. Een noodzakelijk complement van dergelijke straffen is een strafbepaling die handelen in strijd met de opgelegde straf als een strafbaar feit aanmerkt. De Raad wijst bij wijze van voorbeeld op artikel 195 Sr. Een dergelijke strafbaarstelling ontbreekt in het voorstel. Evenmin is voorzien in de mogelijkheid een paspoort wegens handelen in strijd met een reisverbod vervallen te verklaren. Tegen deze achtergrond lijkt de waarde van de voorgestelde bijkomende straf uit een oogpunt van speciale preventie gering. Daarbij wijst de Raad er nog op dat de Nederlandse overheid uitsluitend van Nederlanders het paspoort kan intrekken. Verder bepaalt artikel 46a van de Paspoortwet dat een identiteitskaart niet kan worden geweigerd of vervallen verklaard. Een houder van een buitenlands paspoort die in Nederland veroordeeld wordt wegens een strafbaar feit als bedoeld in artikel 32 Sr, hoeft derhalve, zelfs als wordt voorzien in de mogelijkheid van vervallenverklaring, niet te vrezen voor zijn paspoort. Onduidelijk is in hoeverre van een strafrechtelijk verbod op het handelen in strijd met een reisverbod, vergelijkbaar met artikel 195 Sr, iets verwacht mag worden. En als het reisverbod slechts zeer beperkt kan worden gehandhaafd, lijkt het, mede vanuit Europeesrechtelijk gezichtspunt, niet geschikt om de daarmee beoogde doelen te bereiken.<sup>8</sup> De Raad adviseert in de toelichting uitdrukkelijk in te gaan op de mogelijkheden het reisverbod te handhaven en het wetsvoorstel in het licht van het vorenstaande aan te passen.

f. *Aansluiting bij regeling ontzetting van rechten*

Het voorgestelde artikel 32, tweede lid, Sr bepaalt dat een reisverbod voor ten hoogste twee jaren kan worden opgelegd. Het voorgestelde derde lid schrijft voor dat een reisverbod het tijdstip vermeldt waarop het verbod ingaat, de duur en de landen waarvoor het verbod geldt.

Deze formuleringen wijken sterk af van de bij de ontzetting van rechten gekozen benadering. Bij ontzetting van rechten bepaalt de rechter de duur aan de hand van een wettelijke normering, die rekening houdt met de lengte van een mogelijk tegelijk opgelegde vrijheidsstraf of geldboete (artikel 31, eerste lid, onder 1 tot en met 3, Sr). De Raad adviseert deze methodiek over te nemen.

g. *Procedure*

Wat het reisverbod betreft, merkt de Raad op dat hem is gebleken dat in 2007 door verschillende instanties advies is uitgebracht over een voorstel tot invoering van een reisverbod als bijkomende straf, ondersteund door een wijziging van de

<sup>8</sup> HvJ EG, 19-5-2009, C171/07, Apothekerkammer des Saarlandes e.a.

Paspoortwet. Voorgesteld was de invoering van de mogelijkheid van een reisverbod als bijkomende straf bij een veroordeling wegens een misdrijf met een grensoverschrijdend karakter. In dit wetsvoorstel is daaraan toegevoegd de mogelijkheid van een reisverbod met het oog op voorkoming van "verhaalsfrustratie". Noch van dit voorontwerp, noch van de adviezen terzake blijkt uit de toelichting bij dit wetsvoorstel. Alle adviezen van wettelijke adviesorganen en eventuele reacties van andere geraadpleegde instanties en organisaties dienen beschikbaar te zijn en, mét de reactie van de regering, in het voorstel te zijn verwerkt voordat de Raad om advies wordt gevraagd. Een en ander is ook van belang voor de volgende stadia van het wetgevingstraject.<sup>9</sup> De Raad adviseert in de toelichting alsnog in te gaan op de adviezen die over het eerdere wetsvoorstel zijn uitgebracht, voor zover deze relevant zijn voor de regeling van het reisverbod die in dit wetsvoorstel is opgenomen.

4. De verruiming van de bijkomende straf van verbeurdverklaring

Het voorgestelde artikel 33a, eerste lid, onderdeel a, Sr breidt de mogelijkheden tot verbeurdverklaring uit tot "aan de veroordeelde toebehorende voorwerpen die geheel of grotendeels door middel van of uit de baten van het strafbare feit zijn verkregen".

De Raad merkt op dat de voorgestelde tekst naast een verruiming ook een beperking inhoudt, doordat de mogelijkheid vervalt om voorwerpen verbeurd te verklaren die niet aan de veroordeelde toebehoren maar die hij wel "geheel of gedeeltelijk ten eigen bate kan aanwenden". De Raad adviseert de huidige tekst in zoverre te handhaven.

5. Artikel 36e, derde lid, Sr

Het huidige artikel 36e, derde lid, Sr bepaalt, samengevat, dat op vordering van het OM een ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd indien aannemelijk is dat het gronddelict of andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In het voorgestelde artikel 36e, derde lid, wordt daaraan toegevoegd dat in dat geval wordt vermoed dat:

- a) uitgaven die de veroordeelde heeft gedaan in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf, wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan uit een legale bron van inkomsten, of
- b) voorwerpen die in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren, voordeel belichamen als bedoeld in het eerste lid, tenzij aannemelijk is dat aan de verkrijging van die voorwerpen een legale bron van herkomst ten grondslag ligt.

Op vordering van het Openbaar Ministerie of op verzoek van de veroordeelde kan de rechter volgens het voorgestelde nieuwe vierde lid een kortere periode in aanmerking nemen.

---

<sup>9</sup> Aanwijzing 262 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

a. *Omkering van de bewijslast*

In de toelichting wordt deze aanpassing omschreven als de introductie van een wettelijk bewijsvermoeden, respectievelijk omkering van de bewijslast. Deze terminologie kan aanleiding geven tot misverstanden. Aan artikel 36e Sr ligt het uitgangspunt ten grondslag dat voor ontneming slechts in aanmerking komt het voordeel dat de veroordeelde daadwerkelijk heeft genoten. Volgens vaste jurisprudentie mag bij de schatting van het voordeel worden gebruikgemaakt van een beredeneerde vermogensvergelijking, gebaseerd op wettige bewijsmiddelen (zoals een sfo-rapport).<sup>10</sup> Als het voorhanden bewijsmateriaal de schijn tegen de veroordeelde wekt, kan de rechter op de veroordeelde de bewijslast leggen om dat beeld te ontzenuwen. Ook nu wordt al van de veroordeelde verlangd dat hij inzicht geeft in de herkomst van zijn vermogen, indien hij beschikt over vermogensbestanddelen waarvan volgens het OM de herkomst onduidelijk is. Dit wordt niet gekwalificeerd als een omkering van de bewijslast, maar als een toepassing van het principe van een redelijke bewijslastverdeling. De Raad wijst op HR 24 april 2007, NJ 2007, 265. Daarbij merkt de Raad op dat het in dit geval ging om een ontneming wegens gedragingen die zich vóór 1 maart 1993 hebben afgespeeld, dus nog voordat de ontnemingswetgeving werd aangescherpt. De Raad adviseert de toelichting te verduidelijken.

b. *Wettelijk bewijsvermoeden*

De in artikel 36e, derde lid, Sr voorgestelde aanpassingen komen erop neer dat de uitgaven die de veroordeelde tot zes jaar voor het plegen van het misdrijf waarvoor hij is veroordeeld, heeft gedaan, of de voorwerpen die hij in die periode heeft verkregen, worden vermoed wederrechtelijk verkregen voordeel te belichamen, tenzij de veroordeelde aannemelijk kan maken dat er een legale bron van inkomsten aan ten grondslag ligt. Beoogd wordt om meer dan voorheen te komen tot een aanpassing van de stelplicht van het OM.

Uit de toelichting blijkt dat het voorstel is geïnspireerd door de wettelijke vormgeving van confiscatiebeslissingen in het Verenigd Koninkrijk. Daarin kan een "criminal lifestyle" aanleiding zijn om tot een bewijslastomkering te komen. De voorgestelde regeling gaat evenwel belangrijker verder dan de Britse. In het wetsvoorstel wordt de omkering van de bewijslast niet gerechtvaardigd door de vaststelling van een "criminal lifestyle", maar door de enkele vaststelling dat het aannemelijk is dat naast het gronddelict ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen, waarna vervolgens zes jaar wordt teruggerekend. Enige strafbare betrokkenheid van de veroordeelde bij deze andere strafbare feiten is daarbij niet vereist. Een omkering van de bewijslast op een dermate smalle basis komt de Raad onjuist voor.

De Raad merkt daarbij in de eerste plaats op dat het geldende Nederlandse recht al elementen kent die lijken op het Britse systeem. Een ontnemingsmaatregel kan worden gebaseerd op een veroordeling wegens het deelnemen aan een criminele organisatie en zich uitstreken over de jaren dat deze deelname heeft geduurd. Dat

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld HR 24 april 2007, NJ 2007, 265.



is een grondslag die mogelijkerwijs overeenkomt met de vaststelling van een "criminal lifestyle". Vervolgens wordt de voordeelontneming die op deze grondslag kan worden gebaseerd, beheerst door de aannemelijkheid. Op grond van het huidige artikel 36e, derde lid, Sr is in verband met de schatting van het uit het gronddelict *of uit andere feiten* wederrechtelijk verkregen voordeel immers niet de overtuiging vereist die voor het bewijs van het ten laste gelegde feit is vereist, maar geldt het vereiste van aannemelijkheid. Dat rechtvaardigt onder omstandigheden ontneming op basis van vermogensvergelijking. In dat verband klemmt het temeer dat bestaande mogelijkheden tot het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel, ook op basis van artikel 36, tweede lid, Sr, in de toelichting niet in kaart zijn gebracht.

In de tweede plaats merkt de Raad op dat een bewijsvermoeden op zijn plaats kan zijn, indien aannemelijk is dat een gedraging niet op zichzelf staat en degene die de bewijsopdracht krijgt, meer dan de vorderende partij, in de positie is om (tegen-) bewijs te leveren. Bij het voorgestelde bewijsvermoeden is dat niet verzekerd. Daar komt nog bij dat het vermoeden zich uitstrekt tot vermogensbestanddelen die zes jaar vóór het misdrijf zijn verkregen. De Raad wijst erop dat de ontnemingsmaatregel is gericht op herstel in de oude toestand. Zoals de toelichting aangeeft, kan uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens worden afgeleid dat het gebruik van bewijsvermoedens in overeenstemming kan zijn met de eis van een eerlijke berechting van artikel 6 EVRM. Het gebruik van bewijsvermoedens moet echter binnen redelijke grenzen blijven, terwijl er dient te worden voorzien in voldoende procedurele waarborgen, zoals de toelichting aangeeft. Daarbij is zonder twijfel van betekenis dat de afwegingen gemaakt worden door een strafrechter na een zorgvuldige procedure. Van de wetgever mag echter worden verlangd dat de rechter een adequaat kader ter beschikking staat, op basis van in de wet verankerde criteria. Het gaat niet aan een vrijwel onbepaalde omkering van de bewijslast te creëren in de verwachting dat de rechter daar een verstandig gebruik van zal maken.

De Raad adviseert het voorstel te heroverwegen.

c. *Overige opmerkingen*

- Ingevolge het voorgestelde artikel 36e, vierde lid, Sr kan uitsluitend op vordering van het OM of op verzoek van de veroordeelde van de termijn van zes jaren worden afgeweken. Het past bij de positie van de rechter in het Nederlandse strafrecht, ook ambtshalve aanpassing van deze termijn mogelijk te maken.  
De Raad adviseert hierin alsnog te voorzien.
- In de toelichting wordt gerefereerd aan het Geerings-arrest. Uit het arrest wordt afgeleid dat een vrijspraak op zichzelf niet aan ontneming in de weg staat. De Hoge Raad lijkt daar anders over te denken: vergelijk HR 9 september 2008, LJN BF0090. Mede omdat het Geerings-arrest betrekking heeft op de toepassing van artikel 36e, tweede lid, Sr en het gebruik van het bewijsvermoeden betrekking heeft op artikel 36e, derde lid, Sr, is de passage in de toelichting verwarrend. De Raad adviseert de toelichting aan te passen.

## 6. "Anderbeslag"

Het huidige artikel 94a van het Wetboek van Strafvordering (Sv) biedt de mogelijkheid om, vooruitlopend op de (definitieve) vaststelling van een geldboete of ontnemingsmaatregel, conservatoir beslag te leggen op het vermogen van de verdachte. Artikel 94a, derde lid, Sv regelt het zogenoemde "anderbeslag". Dit beslag kan – kort gezegd – worden gelegd op voorwerpen die met het oogmerk van verhaalsfrustratie aan een ander zijn gaan toebehoren (artikel 94a, derde lid, Sv). Eveneens kan vervangend beslag worden gelegd op andere voorwerpen die aan deze ander toebehoren (artikel 94a, vierde lid, Sv). Voorwaarde voor "anderbeslag" is, kort samengevat, dat

- (a) de voorwerpen (on)middellijk afkomstig zijn van het misdrijf,
- (b) er voldoende aanwijzingen zijn dat sprake is van een schijnconstructie en
- (c) de derde de misdadige afkomst van de voorwerpen kende of behoorde te kennen.

Volgens de toelichting is het bereik van de huidige regeling te beperkt, omdat deze voorbijgaat aan de gevallen dat een directe relatie met het misdrijf ontbreekt, terwijl wel duidelijk is dat de verdachte vermogen bij een ander heeft ondergebracht om het verhaal te frustreren. Daarom wordt voorgesteld de onder a, b en c opgesomde cumulatieve eisen te vervangen door één criterium: "anderbeslag" is mogelijk "indien er aanwijzingen bestaan dat voorwerpen geheel of ten dele aan die ander zijn gaan toebehoren met het kennelijke doel de uitwinning van voorwerpen te bemoeilijken of te verhinderen."

De Raad merkt op dat de toepasselijkheid van de huidige regeling blijkens de tekst en de totstandkominggeschiedenis ervan uitdrukkelijk beperkt is tot die gevallen, waarin aan de delictsomschrijving van het delict witwassen welhaast geheel is voldaan. Die regeling is betrekkelijk recent en na een zorgvuldige afweging tot stand gekomen.<sup>11</sup> Niet toegelicht wordt waarom een ingrijpende wijziging na zo korte tijd wordt voorgesteld. De Raad acht een dergelijke uiteenzetting en motivering temeer gewenst, nu de voorgestelde verruiming van artikel 94a, derde lid, Sv het uitgangspunt van het Burgerlijk Wetboek, dat een schuldeiser zijn vordering uitsluitend op het vermogen van de schuldenaar kan verhalen, sterk uitholt. Door de voorgestelde wijziging kan, uitsluitend op basis van voor verschillende interpretatie vatbare omstandigheden en zonder dat een verband tussen een voorwerp met enig misdrijf hoeft te worden aangetoond, de voor "anderbeslag" vereiste kwade trouw worden aangenomen. Daarbij speelt ook een rol dat het begrip "aanwijzing" een licht criterium is voor de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden. Als voorbeeld kan worden gedacht aan een huwelijk buiten iedere gemeenschap van goederen. Zeer wel denkbaar is dat een nieuw verworven voorwerp, zoals een auto of een huis, op naam wordt gezet van de andere echtgenoot, omdat het risico van verhaal daar het kleinst is. In de termen van het wetsvoorstel is, indien vele jaren later een misdrijf plaatsvindt, de auto dan aan een ander gaan toebehoren met het kennelijke doel de uitwinning van verhaal te bemoeilijken, hoewel deze constructie privaatrechtelijk is toegestaan. Is het gerechtvaardigd dat in deze situatie op de auto verhaal wordt

<sup>11</sup> Wet van 8 mei 2003, Stb. 2003, 202.

genomen als de ene echtgenoot zich, mogelijk pas jaren later, aan een strafbaar feit schuldig maakt? Dit voorbeeld illustreert dat de feitelijke benadering van de eigendomsvraag, waarop het voorstel is gebaseerd, zijn doel voorbijschiet en eigendomsverhoudingen die bescherming verdienen, ten onrechte aantastbaar maakt. Het "anderbeslag" kan daarmee ook een niet toelaatbare beperking meebrengen van het eigendomsrecht als gewaarborgd door artikel 1, eerste lid, eerste zin, van het Eerste protocol bij het EVRM. Anders dan de toelichting stelt, wordt het uitgangspunt, dat bescherming wordt geboden aan het vermogen en de rechtspositie van derden te goeder trouw, niet gerespecteerd. De Raad adviseert het voorstel in zoverre te heroverwegen.

#### 7. Onderzoek naar vermogen veroordeelde

In het voorgestelde artikel 577ba Sv wordt een onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde mogelijk gemaakt. Ingevolge het vierde lid geldt dit onderzoek als opsporingsonderzoek naar het strafbare feit of de strafbare feiten ter zake waarvan de betalingsverplichting is opgelegd.

Volgens de toelichting is het onderzoek naar het vermogen gericht op "de vaststelling van de omvang van het vermogen van de veroordeelde waarop verhaal kan worden genomen of op de vaststelling van de plaats waar vermogensbestanddelen die aan de veroordeelde toebehoren, zich bevinden". Door het voorgestelde vierde lid wordt de relatieve zwaarte van het feit waarvoor in de hoofdzaak een veroordeling plaatshad, beslissend voor de vraag welke bevoegdheden ingezet kunnen worden. Op deze wijze wordt echter geen adequate normering van onderzoeksbevoegdheden verkregen. Het belang van het onderzoek, waar artikel 126g Sv op doelt, ziet op het belang van het onderzoek naar het strafbare feit ter zake waarvan de verdenking gerezen is. Het onderzoeksbelang in artikel 577ba Sv is een afgeleide van de omvang van de nog openstaande betalingsverplichting en de mogelijkheden om door opsporingshandelingen daarvoor verhaal te vinden. Bij het onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde zou dan ook niet het strafbare feit waarvoor is veroordeeld, maar de vordering bepalend dienen te zijn voor toe te passen bevoegdheden. Aangezien de toepasselijkheid van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen is gekoppeld aan de strafbare feiten die worden opgespoord, maar niet aan de omvang van een betalingsverplichting die niet wordt nagekomen, dienen de bevoegdheden die nodig worden geacht voor het onderzoek naar het vermogen, uitdrukkelijk te worden opgesomd. Daarbij dient te worden bepaald onder welke omstandigheden welke bevoegdheden mogen worden ingezet. De Raad adviseert hiertoe.

8. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State heeft bezwaar tegen de inhoud van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De waarnemend Vice-President van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no.W03.09.0163/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In het voorgestelde artikel 32, eerste lid, onder b, van het Wetboek van Strafrecht ( Sr) de term "verhaalsfrustratie" vervangen door: het ontgaan van verhaal.
- In het voorgestelde artikel 36e, derde lid, Sr "indien aannemelijk is dat naast" vervangen door: indien aannemelijk is dat behalve.
- Het voorgestelde artikel 32 Sr opnemen ná artikel 36 Sr, dan wel het reisverbod opnemen als een nieuw onderdeel 2 in artikel 9, eerste lid, onderdeel b, Sr.
- In het opschrift tot uitdrukking brengen dat mede voorzien wordt in de invoering van een reisverbod, nu die straf niet uitsluitend in verband met voordeelontneming wordt voorgesteld.
- In het voorgestelde artikel 511e, eerste lid, onder b, van het Wetboek van Strafvordering (Sv) (artikel II, onderdeel E) tot uitdrukking brengen dat wordt afgeweken van artikel 345, derde lid, Sv.
- De artikelen III en IV van het voorstel voorzien van een toelichting.