

Artikel

De verbeurdverklaring als ontnemingsinstrument

Mr. G.M. Boezelman en mr. M. Coenen*

1. Inleiding

Als het aankomt op voordeelsontneming zijn er vele wegen voor het Openbaar Ministerie die naar Rome leiden. Sinds de wetwijziging Verruiming mogelijkheden voordeelontneming van 1 juli 2011 heeft het Openbaar Ministerie nog wat wapens aan het arsenaal kunnen toevoegen.¹ Hoewel de ontnemingsmaatregel het meest populaire afpakinstrument lijkt te zijn, wint de verbeurdverklaring – ook in financiële fraude zaken – terrein. Maar wat zijn de implicaties van het toenemende gebruik van de verbeurdverklaring als instrument om crimineel vermogen af te pakken? En (hoe) kan hiertegen verweer worden gevoerd?

2. De verbeurdverklaring

De verbeurdverklaring van voorwerpen en rechten is mogelijk bij veroordeling voor vrijwel elk strafbaar feit, mits is voldaan aan de eisen van artikel 33 Sr en verder. Kortgezegd is vereist dat sprake is van een relatie tussen het voorwerp en het delict ('vatbaar' voor verbeurdverklaring) en dat voldaan is aan het vereiste van toebehoren². Artikel 33a Sr bepaalt welke voorwerpen vatbaar zijn voor verbeurdverklaring. Naast de voorwerpen met behulp waarvan het feit is begaan – zoals de motorboot

inclusief navigatieapparatuur waarmee cocaïne is ingevoerd³ of de auto waarmee iemand opzettelijk is aangereden⁴ – of die tot het begaan van het misdrijf zijn vervaardigd, is het ook mogelijk de (financiële) opbrengsten van een strafbaar feit verbeurd te verklaren. Hoewel de verbeurdverklaring een bijkomende straf is volgens artikel 9 Wetboek van Strafrecht (Sr),⁵ kan via de verbeurdverklaring ook profijt en sinds 2011 vervolgprofijt worden ontnomen.

Het toepassingsbereik van de verbeurdverklaring werd met de introductie van de ontnemingsmaatregel in 1993 destijds juist nog beperkt.⁶ Van 1993 tot 2011 waren wat betreft de opbrengsten van misdrijven enkel vatbaar voor verbeurdverklaring de voorwerpen die aan de veroordeelde toebehoren of die hij geheel of ten dele ten eigen bate kon aanwenden en die geheel of grotendeels door middel van het strafbare feit waren verkregen. De reden van het aanbrengen van deze beperking was het creëren van een duidelijke scheidslijn tussen de verbeurdverklaring en de ontnemingsmaatregel. Met de in de inleiding aangehaalde wetwijziging Verruiming mogelijkheden voordeelontneming is het bereik van de verbeurdverklaring in 2011 echter weer uitgebreid. Ook voorwerpen die niet rechtstreeks afkomstig zijn uit het strafbare feit maar uit de baten daarvan kunnen verbeurd worden verklaard; het zogenaamde 'vervolgprofijt'. Met deze herinvoering kan bijvoorbeeld de met gestolen geld gekochte auto toch weer via de verbeurdverklaring worden 'afgepakt'.

* Mr. G.M. Boezelman en mr. M. Coenen zijn beiden advocaat bij Hertoghs Advocaten.

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

2. Dit vereiste geldt op basis van art. 33a, lid 2, onder b, Sr overigens niet indien niet kan worden vastgesteld aan wie het voorwerp toebehoort.

3. Rb. Rotterdam 20 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2988.

4. Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2403.

5. Op basis van art. 9, lid 5, Sr kan een bijkomende straf indien de wet de oplegging toelaat met of zonder hoofdstraf worden opgelegd. Ook is het mogelijk dat een bijkomende straf tezamen met een andere bijkomende straf wordt opgelegd.

6. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3.

Hiermee is de in 1993 aangebrachte en destijds noodzakelijk geachte scheiding tussen ontneming en verbeurdverklaring vervallen.⁷ Dat deze wijziging het Openbaar Ministerie nog meer ontnemingsmogelijkheden biedt werd in de memorie van toelichting bij de wetwijziging in 2011 wel erkend. Problemen werden echter niet verwacht door Hirsch Ballin, de Minister van Justitie destijds. Hij merkte op: 'Ik acht dit niet bezwaarlijk, nu de merites van de concreet voorliggende zaak uiteindelijk beslissend zullen kunnen zijn voor de keuze een ontnemingsvordering in te dienen of verbeurdverklaring van aangetroffen voorwerpen te vorderen. De verruiming kan eraan bijdragen dat criminele winsten op een efficiënte manier worden afgenomen.'⁸

Deze toelichting past precies binnen het huidige 'afpak'-klimaat. Hoe sneller en hoe meer afgepakt kan worden, hoe beter.⁹ De toename van titels als '(senior) parketsecretaris afpakken' in de handtekening onder e-mailberichten van medewerkers van het Openbaar Ministerie spreekt boekdelen. Het lijkt binnen het Openbaar Ministerie een titel om trots op te zijn. Dat wordt door partijen die erdoor getroffen worden in de praktijk echter (heel) anders ervaren. Het versje dat de voorzitter in de Klimopzaak zijn plek in de zittingscombinatie kostte – 'Jantje zag eens pruimen hangen...' – springt de betrokkenen al snel in gedachten zodra zij geconfronteerd worden met de wijze waarop het Openbaar Ministerie te werk gaat als het aankomt op het afnemen van vermeend wederrechtelijk verkregen voordeel.¹⁰

3. Verbeurdverklaring én ontneming?!

3.1. De aard van het beestje

Naar hun aard zijn de verbeurdverklaring en de ontnemingsmaatregel verschillende instrumenten. Hoewel de verbeurdverklaring een straf is, kwalificeert de ontneming als een maatregel (art. 36e Sr). De ontnemingsmaatregel dient tot rechtsherstel door af te pakken wat iemand rechtens niet toekomt, terwijl bij de verbeurdverklaring leedtoevoeging vooropstaat gerelateerd aan de ernst van het delict en de schuld van de verdachte.¹¹ Maar het karakter van de verbeurdverklaring lijkt hybride. Zo heeft de Hoge Raad recent nog overwogen dat

met de waarde van verbeurdverklaarde voorwerpen rekening mag worden gehouden bij de bepaling van het te ontnemen wederrechtelijk verkregen voordeel.¹² Daarmee wordt volgens de Hoge Raad geen afbreuk gedaan aan de met verbeurdverklaring beoogde leedtoevoeging.

Opgemerkt zij wel dat bij de verbeurdverklaring als (bijkomende) straf rekening moet worden gehouden met de beginselen van straffoemeting, zoals het proportionaliteitsbeginsel. Uiteindelijk moet de verdachte de straf verdienen en moet deze in verhouding staan tot de ernst van het feit. Hier liggen voor de verdediging kansen.

Omdat de verruiming van de verbeurdverklaring tot gevolg heeft dat dat zowel via de verbeurdverklaring als de ontnemingsmaatregel vervolgproeft moet worden ingeleverd, ontstaat mogelijk overlap tussen de twee instrumenten. Aldus bestaat het risico dat in situaties waarin beide instrumenten worden ingezet meer wordt ontnomen dan eigenlijk nodig is. Is dan sprake van wederrechtelijke toe-eigening – diefstal – door het Openbaar Ministerie? Het voelt wellicht zo voor de betrokkene, maar van wederrechtelijkheid is geen sprake. Juridisch gezien kunnen de twee naast elkaar bestaan. Dat leidt naar ons inzien in sommige gevallen tot disproportioneel hoge ontneming bij de verdachte. Wat zijn de mogelijkheden om dat te voorkomen als de twee instrumenten naast elkaar worden ingezet?

3.2. Paal en perk in de wet?

In de tijdlijn van een strafzaak is het veelal zo dat een vordering tot ontneming pas wordt gedaan nadat de veroordeling is uitgesproken. De wet laat dat toe. Op grond van artikel 311, lid 1, Wetboek van Strafvordering (Sv) moet de officier van justitie uiterlijk bij requisitoir een ontnemingsvordering aankondigen.¹³ Niettemin kan de ontnemingsvordering ook gelijktijdig met de behandeling van de strafzaak lopen.

Dit maakt het mogelijk om zowel indien de ontnemingsvordering gelijktijdig met de inhoudelijke behandeling plaatsvindt als wanneer de ontnemingsvordering pas nadien wordt behandeld, rekening te houden met een eventuele verbeurdverklaring. In artikel 36e, lid 10, Sr schrijft de wetgever dat ook voor: 'Bij de oplegging van de maatregel wordt rekening gehouden met uit hoofde van eerdere beslissingen opgelegde verplichtingen tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.'

Dat hebben de rechters in den lande ook wel in het vizier. In een zaak die diende bij de Rechtbank Den Haag werd een verbeurdverklaring gevorderd, terwijl ook een ontneming was aangekondigd. De verdediging

7. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 194, nr. 3.

8. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 194, nr. 3, p. 4.

9. Zie o.a. minister Van der Steur in de Kamerbrief 'Verslag werkgroep Businesscase Integraal Afpakken' van 17 november 2016 en 'Criminelen voor miljoenen euro's "geplukt" door OM', *Algemeen Dagblad*, 21 januari 2016 waarin hoofdofficier van justitie mr. Bloos wordt geciteerd: 'We doen er alles aan dat criminelen niet van hun verdiende geld kunnen genieten na het uitdienen van hun straf'.

10. Rb. Haarlem, 4 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0083.

11. Zie *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 504, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 7 over het karakter van de ontnemingsmaatregel: 'het herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin zonder de bedoeling van aan de ernst van het delict, het gedrag en de schuld van de betrokkene gerelateerde leedtoevoeging.'

12. HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:429.

13. Als deze aankondiging wordt nagelaten, dient de ontnemingsrechter na te gaan in welke mate de betrokkene hierdoor in zijn belangen is geschaad en of dit verzuim dient te leiden tot niet-ontvankelijkverklaring dan wel een vermindering van de betalingsverplichting. Zie o.a. Hoge Raad 20 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0251.

betoogde dat de verbeurdverklaring een dubbele bestraffing zou betekenen. Rechtbank Den Haag overwoog dat ‘bij een eventuele oplegging van een betalingsverplichting in een ontnemingsprocedure doorgaans rekening wordt gehouden met reeds verbeurdverklaarde geldbedragen.’¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog in zijn arrest van 14 oktober 2014 waarin werd geklaagd over een mogelijke dubbele bestraffing door samenloop tussen de verbeurdverklaring en ontneming dat ‘de rechter bij een eventuele samenloop van voordeelsontneming en verbeurdverklaring rekening [kan] houden met reeds ontnomen dan wel verbeurdverklaarde bedragen teneinde een dubbeling te voorkomen.’¹⁵

Het geeft echter geen zekerheid. Het BOOM stelt bijvoorbeeld dat met een verbeurdverklaring alleen rekening wordt gehouden als deze onherroepelijk is.¹⁶ Rechtbank Den Haag oordeelde dat in ontnemingsprocedures ‘doorgaans rekening wordt gehouden’ met reeds verbeurdverklaarde geldbedragen. En Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat bij de ontneming rekening ‘kan’ worden gehouden met reeds ontnomen of verbeurdverklaarde bedragen. Wat als de rechter bij het opleggen van de betalingsverplichting in de ontnemingsprocedure geen rekening houdt met reeds verbeurdverklaarde gelden? Dan biedt de executiefase van de ontnemingsprocedure wellicht nog soelaas. Artikel 577b Sv biedt de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de ontnemingsmaatregel te matigen (of zelfs kwijt te schelden). Met zo’n verzoek kan de veroordeelde de rechter alsnog verzoeken om rekening te houden met een onherroepelijke verbeurdverklaring.

3.3. Opdracht van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest van 17 mei 2016 ook uitgesproken over de samenloop tussen de verbeurdverklaring en ontneming. Dit arrest biedt een welkome richtlijn voor de praktijk indien de verbeurdverklaring wordt ingezet als een onderdeel van de ontnemingsmaatregel. De Hoge Raad benadrukt dat het doel om crimineel voordeel te ontnemen vooropstaat. Daartoe kunnen door het Openbaar Ministerie verschillende instrumenten naast elkaar worden ingezet. Echter, als de verbeurdverklaring wordt aangewend om (vervolg)profijs te ontnemen dan moet daarmee rekening worden gehouden indien ook nog op een andere manier voordeel wordt ontnomen om te voorkomen dat crimineel vermogen dubbel wordt afgepakt. Maar wat als uit de uitspraak van de rechter niet duidelijk blijkt of de verbeurdverklaring is ingezet met het doel crimineel voordeel af te pakken? En wat als de verbeurdverklaring een tweeledig karakter heeft en zowel als straf en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is ingezet zonder te specificeren hoe het bedrag is opgebouwd? Dan staat de veroordeelde mogelijk met lege handen.

14. Rb. Den Haag 12 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1314.

15. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8136.

16. BOOM-Nieuws themanummer Wetswijziging, nr. 61, juli 2011.

Het is dus van belang de rechter die de verbeurdverklaring uitspreekt te dwingen te motiveren dat de verbeurdverklaring is ingezet om wederrechtelijk voordeel te ontnemen. Indien dat in het midden blijft, kan het tot gevolg hebben dat de ontnemingsrechter de verbeurdverklaring als straf beschouwt en daarom de betalingsverplichting niet vermindert. Overigens laat de jurisprudentie zien dat lagere rechters steeds meer aandacht lijken te besteden aan de motivering van de verbeurdverklaring en duidelijk maken of sprake is van een ontneming of juist niet. Zo heeft Rechtbank Noord-Nederland expliciet overwogen aanleiding te zien het bedrag verbeurd te verklaren ‘teneinde verdachte terug te brengen in de financiële situatie waarin zij verkeerde zonder de opbrengst van het gepleegde strafbare feit’.¹⁷

4. Relatie met beslag

4.1. Verbeurdverklaring van (niet) beslagen voorwerpen

De Hoge Raad heeft eind 2015 geoordeeld dat aan verbeurdverklaring niet in de weg staat dat sprake is van conservatoir beslag ex artikel 94a Sv in plaats van strafrechtelijk beslag ex artikel 94 Sv.¹⁸ Volgens de Hoge Raad zou een andersluidende opvatting tot het onaanvaardbare resultaat leiden dat de strafrechter door een beslaglegger – let wel: dat is het Openbaar Ministerie – in zijn sanctiemogelijkheden wordt beperkt.¹⁹

In het geval van ontneming maakt het niet uit of het te betalen bedrag in beslag is genomen. De verbeurdverklaring ziet immers op het specifieke ‘besmette’ voorwerp, terwijl een ontnemingsmaatregel ziet op de betaling van een bedrag om de rechtssituatie te herstellen. Met welk geld de veroordeelde de ontnemingsmaatregel voldoet, maakt in dat geval niets uit. Overigens zal een veroordeelde die zo’n betaling contant wil voldoen ongetwijfeld de nodige vragen krijgen over de herkomst van dat geld.²⁰ Dat doet er echter niet aan af dat ten behoeve van een ontnemingsmaatregel niet vereist is dat het voordeel nog daadwerkelijk aan de veroordeelde toebehoort en in relatie staat tot het delict.

Dat het voor de verbeurdverklaring niet uitmaakt of een voorwerp ex artikel 94 Sv of ex artikel 94a Sv beslagen is, houdt verband met artikel 34 Sr. Voor verbeurdverklaring is op de voet van deze bepaling immers in het geheel niet vereist dat het voorwerp in beslag genomen is. Naar de letter van de wet moet het niet in beslag genomen verbeurdverklaarde voorwerp door de ver-

17. Rb. Noord-Nederland 10 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4950.

18. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3689, NJ 2016/62.

19. Het verdient overigens opmerking dat het Openbaar Ministerie vaak – zo mogelijk – ‘dubbel’ beslag zal leggen, teneinde alle mogelijkheden tot uitwinning en uitlevering open te houden.

20. Zie ook HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:686, waarin een veroordeelde die voor de voldoening van een schadevergoedingsmaatregel € 27.980 contant wilde betalen vervolgens werd betrokken in een strafrechtelijk onderzoek wegens een redelijk vermoeden van witwassen.

dachte worden uitgeleverd of de geschatte waarde moet worden betaald. Voor de uitwinning van een ex artikel 94a Sv beslagen voorwerp dat verbeurd is verklaard, roept dit vragen op. Moet het voorwerp dan eerst door het Openbaar Ministerie worden teruggegeven aan de verdachte, die het vervolgens moet uitleveren dan wel de geschatte waarde moet betalen? Of wordt het 94a Sv-beslag uitgewonnen als ware het 94 Sv-beslag? Over de zuiverheid van deze oplossing kan worden gediscussieerd.

Dat verbeurdverklaring van niet beslagen voorwerpen in de praktijk ook de nodige andere moeilijkheden kan opleveren blijkt wel uit een uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 18 juni 2015.²¹ In deze zaak zijn witwassen geldbedragen die op een beslagen bankrekening werden aangehouden verbeurdverklaard. Daarnaast is een niet beslagen speedboot verbeurdverklaard. Op de voet van artikel 34 Sr heeft de veroordeelde vervolgens de keuze om de speedboot uit te leveren of om de geschatte waarde ervan te betalen. Die waarde moet volgens artikel 34, lid 1, Sr in het vonnis door de rechter op een bepaald geldelijk bedrag worden gesteld. De Rechtbank Amsterdam is er niet helder over. Volgens de Rechtbank Amsterdam is de waarde van de speedboot tussen de € 35.000 en € 50.000. Wat nu als de veroordeelde het voorwerp niet uitlevert? Moet hij dan € 35.000 betalen of € 50.000? Of een ander bedrag wellicht? Daar heeft de Rechtbank zich niet over uitgelaten.

132

Op grond van artikel 577, lid 2, Sv moet de geschatte bepaalde waarde worden betaald. Artikel 34, lid 3, Sr bepaalt dat een aantal regels van de geldboete van overeenkomstige toepassing is op de verbeurdverklaring. Op basis van artikel 34, lid 1, Sr moet het gaan om een bij vonnis vastgesteld bedrag. De Rechtbank had aldus niet een dergelijke ruime schatting mogen geven. Gelet op deze onduidelijkheid in het vonnis moet naar ons inzien van het voor de verdachte meest gunstige bedrag worden uitgegaan; aldus dat de betalingsverplichting € 35.000 bedraagt. En wat als dat bedrag niet wordt betaald? Artikel 24c Sr is ook van overeenkomstige toepassing. Daarin is bepaald dat vervangende hechtenis kan worden toegepast. In het geval van € 35.000 zal het resulteren in 210 dagen hechtenis, terwijl de betrokkene in het geval uit wordt gegaan van € 50.000 285 dagen moet 'zitten'.²² Ook om die reden menen wij dat van het meest gunstige scenario voor de verdachte moet worden uitgegaan.

4.2. Verbeurdverklaring van aan de verdachte toebehorende voorwerpen

Ook in een ander opzicht is de uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 18 juni 2015 interessant. Een van de vereisten ex artikel 33a Sr is dat enkel voorwerpen die aan de verdachte toebehoren – dan wel aan een ander die bekend was met de 'besmetting', dan wel voorwer-

pen waarvan niet kan worden vastgesteld aan wie zij toebehoren – voor verbeurdverklaring vatbaar zijn. In dat kader overweegt de Rechtbank dat het voldoende is dat de verdachte zeggenschap heeft over het voorwerp. Volgens de Rechtbank bieden de bewijsmiddelen in die zaak voldoende steun voor het oordeel dat aan verdachte een zodanige zeggenschap toekomt over de niet in beslag genomen verbeurdverklarde voorwerpen 'dat gezegd kan worden dat deze hem in strafrechtelijke zin toebehoorden'. Dat oordeel lijkt ons onjuist. De vraag is namelijk niet of het voorwerp hem toebehoorde – verleden tijd – maar of het voorwerp de veroordeelde ten tijde van het wijzen van het vonnis toebehoort. Het gaat er immers om dat het besmette voorwerp dat zich nog onder de veroordeelde bevindt van hem moet worden afgepakt. Verbeurdverklaring is immers een straf die je alleen aan de veroordeelde kan opleggen.

Rechtbank Den Haag had het in een uitspraak van 12 oktober 2016 scherper in beeld.²³ De verdachte werd veroordeeld voor gewoontewitwassen van girale inkomsten uit een fictieve arbeidsovereenkomst en voor valsheid in geschrift wegens het laten opstellen van valse werkgeversverklaringen en loonstroken ten behoeve van hypotheekaanvragen. Het Openbaar Ministerie vorderde de verbeurdverklaring van een geldbedrag dat niet in beslag genomen was. De Rechtbank ging hier niet in mee en oordeelde dat uit het onderzoek niet volgde dat het geld nog aan verdachte toebehoorde.

Ook Rechtbank Noord-Nederland hield de kaders scherp in de gaten in een zaak waarin de vermeende omkoping van een belastingambtenaar centraal stond.²⁴ De Rechtbank ging niet over tot verbeurdverklaring van een niet in beslag genomen geldbedrag omdat verbeurdverklaring alleen mogelijk is bij nog feitelijke bestaande voorwerpen. Het is dus niet mogelijk simpelweg de tegenwaarde van geconsumeerde goederen en diensten verbeurd te verklaren. Iets wat niet (meer) aan de verdachte toebehoort is niet voor verbeurdverklaring vatbaar. Ook artikel 34 Sr biedt dan geen soelaas. Zeer treffend is de opmerking van zowel de Rechtbank Den Haag als de Rechtbank Noord-Nederland dat de wetgever voor die gevallen – bijvoorbeeld omdat het betreffende geld al is uitgegeven – de ontnemingsprocedure in het leven heeft geroepen.

4.3. Verbeurdverklaring van voorwerpen van een derde

De wet laat ook ruimte om in de strafzaak tegen een verdachte voorwerpen verbeurd te verklaren die aan een derde toebehoren (artikel 33a, lid 2, Sr). Essentieel is dan wel dat de derde die het voorwerp dat verbeurd wordt verklaard onder zich heeft, te kwader trouw is. Kwader trouw ten tijde van de verbeurdverklaring is voldoende; niet (meer) vereist is dat de derde (ook) op

21. Rb. Amsterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6616.

22. Berekening vervangende hechtenis volgens de Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken, mei 2017.

23. Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12351.

24. Rb. Noord-Nederland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2461.

het moment van verkrijging van het verbeurdverklaarde voorwerp door de derde te kwader trouw is.²⁵

Al in 1992 (nog onder het oude recht) oordeelde de Hoge Raad in een beklagprocedure waarin klagster wist dat de beslagene in aanraking was geweest met politie en justitie wegens het rijden zonder rijbewijs en ook wist dat de beslagene gebruikmaakte van haar auto, terwijl zij daar geen actie tegen ondernam, dat aan de voorwaarde voor verbeurdverklaring voldaan was. Oftewel, wie wetenschap heeft van de ‘besmetting’ en het voorwerp desondanks onder zich houdt, kan ook door verbeurdverklaring worden geraakt.

De derde die geen wetenschap heeft van de ‘besmetting’ kan niet door een verbeurdverklaring worden geraakt. Zo oordeelde de Hoge Raad in een beklagprocedure over een ‘criminele erfenis’ waarin beslag was gelegd onder een notaris ten laste van de wettelijke vertegenwoordigster op een vordering van een minderjarige erfgenaam ten behoeve van de mogelijke verbeurdverklaring in een strafprocedure tegen die wettelijke vertegenwoordigster. De Hoge Raad overwoog dat uit het feit dat die minderjarige tijdens de aanvaarding van zijn erfdel pas twee jaar oud was, niet anders kan volgen dan dat bij hem *geen* sprake was van de wetenschap of het vermoeden van een criminele herkomst.²⁶ Dit geldbedrag was dan ook niet vatbaar voor verbeurdverklaring op de voet van artikel 33a, lid 2, aanhef en onder a, Sr.

4.4. Verbeurdverklaring van aan niemand toebehorende voorwerpen

Ook bestaat de wettelijke mogelijkheid om voorwerpen verbeurd te verklaren waarvan niet kan worden vastgesteld aan wie zij toebehoren (artikel 33a, lid 2, aanhef en onder b, Sr). Ook in dat geval moet het nog altijd om een ‘besmet’ voorwerp gaan. Zo pakte het Hof Den Bosch een bedrag van ruim € 400.000 af zonder te weten aan wie het geld toebehoorde, maar omdat was komen vast te staan dat het geld van misdrijf afkomstig was.²⁷ Onder de verdachte was een geldbedrag van € 413.100 in beslag genomen. Uit het onderzoek ter terechtzitting was komen vast te staan dat daarvan € 412.800 niet aan de verdachte toebehoorde en dat het geld van misdrijf afkomstig was. Verdachte werd veroordeeld voor drugsdelicten (verkoop en aflevering van cocaïne) en witwassen. De verdachte bracht naar voren dat slechts een klein deel van dit geld voor hem was bestemd voor een ‘haal-en-brengklusje’. Het overige hoorde niet aan hem toe. Dit weerhield de Rechtbank er niet van om het gehele geldbedrag verbeurd te verklaren.

Dit neemt overigens niet weg dat degene aan wie het geld wel toebehoort – mocht die persoon zich kenbaar willen maken – op grond van artikel 552b Sv binnen drie maanden na onherroepelijkheid van de uitspraak een klaagschrift kan indienen tegen de verbeurdverkla-

ring. De verdachte zelf heeft niets te klagen over deze verbeurdverklaring, aldus de Hoge Raad.²⁸ Er is geen rechtens te respecteren belang, omdat de verbeurdverklaring de verdachte kennelijk niet in zijn vermogen treft.

4.5. Mogelijkheden in de beklagprocedure

Wij concludeerden al dat voor verbeurdverklaring van een voorwerp niet (meer) uitmaakt of er beslag ex artikel 94 Sv op het voorwerp ligt. Maar als er wel beslag op ligt met het doel het voorwerp verbeurd te verklaren, welke verweermogelijkheden zijn er dan in een klaagschriftprocedure ex artikel 552a Sv tegen het beslag?

Inherent aan de beklagprocedure is dat de raadkamer niet vooruit mag lopen op het latere oordeel van de strafrechter.²⁹ De argumenten zijn met name te vinden in het doel van de beslaglegging. Conservatoir beslag op een voorwerp met als doel het veiligstellen van verhaal in verband met een mogelijke geldboete is in dat opzicht moeilijk aan te tasten. Immers, tegen het beslag op bijvoorbeeld een woning die op zich niets met het delict te maken heeft maar dat later ter voldoening van een ontnemingsmaatregel kan worden ingezet, blijkt moeilijk iets te kunnen worden ondernomen. In de praktijk blijkt dat de proportionaliteit van het beslag wel een succesvol verweer kan opleveren. Bijvoorbeeld onder verwijzing naar het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 mei 2017 (*Džinić t. Kroatië*, nr. 38359/13).

Het ligt anders indien dezelfde woning op grond van artikel 94 Sv onder beslag ligt. Mocht de strafrechter later oordelend tot verbeurdverklaring komen, dan is het immers vereist dat er sprake is van een relatie tussen het voorwerp en het delict die bij een ontnemingsmaatregel juist niet relevant is. Als die relatie tussen het voorwerp en het delict – de ‘besmetting’ van het voorwerp – in een beklagprocedure kan worden betwist, dan biedt een beslag ex artikel 94 Sv de verdediging meer mogelijkheden.

5. Samenloop met fiscaliteit

5.1. Verbeurdverklaring fiscaal aftrekbaar?

In deze paragraaf past een kleine uitstap naar de fiscaliteit. In beginsel dient ieder voordeel, dus ook wederrechtelijk voordeel, fiscaal te worden belast. Dat is anders indien het wederrechtelijk voordeel is ontnomen van de belastingplichtige. Zou het voordeel dan alsnog worden belast dan betaalt de belastingplichtige feitelijk belasting over inkomsten die hij niet heeft mogen houden. Om die reden is de strafvorderlijke ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel fiscaal aftrekbaar op basis van artikel 3.14, lid 3, Wet op de Inkomstenbelas-

25. HR 1 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8685, NJ 1993/410.

26. HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5723.

27. Hof Den Bosch 13 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3124.

28. HR 12 november 2013, ECLI:NL:NHR:2013:1173.

29. HR 28 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2823, NJ 2010/654.

ting (Wet IB).³⁰ De aftrek kan plaatsvinden in het belastingjaar waarin de ontneming feitelijk heeft plaatsgevonden (art. 3.14, lid 4, Wet IB).

Een geldboete is niet aftrekbaar. Een straf in de vorm van het betalen van een geldboete is uitgesloten van aftrek in artikel 3.14, lid 1, onder c, Wet IB.³¹ Dat zou de aard van de straf immers teniet doen. In lid 1, sub d, van hetzelfde artikel zijn kosten en lasten in verband met misdrijven waarvoor de belastingplichtige onherroepelijk is veroordeeld ook uitgesloten van aftrek. De Wet afschaffing aftrekbaarheid van geldboeten sluit de aftrekbaarheid van de verbeurdverklaring, een bijkomende straf, echter niet uit. In de parlementaire geschiedenis is de mogelijkheid van de fiscale aftrekbaarheid van een als straf bedoelde sanctie zoals de verbeurdverklaring onderkend. Uit die wetsgeschiedenis is ook af te leiden dat de verbeurdverklaring niet als 'geldboete' in de zin van artikel 3.14, lid 1, onder c, Wet IB kan worden aangemerkt.³² Reeds om die reden komt de verbeurdverklaring in beginsel voor aftrek in aanmerking.

Ook de Belastingkamer van Hof Amsterdam oordeelde in het arrest van 15 mei 2014 dat de verbeurdverklaring op basis van de wetsgeschiedenis niet onder het begrip 'geldboete' kan worden gebracht in de zin van artikel 3.14, eerste lid, onderdeel c, Wet IB.³³ Het Hof merkt echter ook op dat de verbeurdverklaring onder de aftrekuitsluiting van criminele kosten in de zin van artikel 3.14, eerste lid, onderdeel d, Wet IB kan vallen. Volgens het Hof kan de verbeurdverklaring onder omstandigheden aldus wel aftrekbaar zijn. Onder welke omstandigheden verduidelijkt het Hof echter niet. De Hoge Raad doet het cassatieberoep af op basis van artikel 81 RO en geeft aldus geen verduidelijking.³⁴ Van de bedoelde omstandigheden waardoor de verbeurdverklaring niet aftrekbaar is, lijkt sprake te zijn indien de verbeurdverklaring als punitieve sanctie is opgelegd.³⁵ De verbeurdverklaring die wordt ingezet als ontnemingsinstrument – en aldus niet als zuiver punitief middel – zou moeten kwalificeren als voldoening van een geldbedrag of uitlevering van in beslag genomen voorwerpen ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in de zin van artikel 3.14, lid 3, onder a, Wet IB. Op basis van die kwalificatie is de verbeurdverklaring fiscaal aftrek-

baar.³⁶ Ook om die reden is de verduidelijking van het doel van de verbeurdverklaring – waartoe de Strafkamer van de Hoge Raad in het eerdergenoemde arrest van 17 mei 2016 ook heeft opgeroepen – van belang in de fiscaliteit.

5.2. Verbeurdverklaring bij belastingfraude

Bij belastingfraude zaken is overigens wettelijk uitgesloten dat het wederrechtelijk verkregen voordeel via de ontnemingsmaatregel wordt ontnomen (art. 74 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR)). In belastingfraudezaken is de inspecteur van de Belastingdienst immers bevoegd het fiscale nadeel te herstellen door belastingaanslagen uit te reiken. Dit is niet het domein van de strafrechter.

Niettemin is het denkbaar dat de opbrengst van belastingfraude – het fiscale nadeel – via de verbeurdverklaring wordt 'ontnomen'. Dat is immers niet in artikel 74 AWR uitgesloten. Dat kan de naar ons inzien opmerkelijke situatie opleveren dat in het geval van de ontnemingsprocedure geen bepaling in de belastingwet is aan te wijzen op grond waarvan de belastingrechter bij het behandelen van een beroepsprocedure tegen een belastingaanslag verplicht is rekening te houden met het fiscale nadeel dat via de verbeurdverklaring is 'afgepakt'.

Afhankelijk van de opstelling van de fiscus kan de strafrechter zich aldus vrij voelen het fiscale nadeel via de verbeurdverklaring te ontnemen. In de praktijk komt het wel voor dat de strafrechter in een dergelijk geval de fiscus in het vonnis oproept met dat gegeven rekening te houden bij eventuele aanslagoplegging om te voorkomen dat de betrokkene het fiscale nadeel tweemaal moet afdragen.³⁷ Wat er gebeurt als de fiscus dat niet doet, is echter nog niet uitgekristalliseerd. Overigens kunnen wij ons voorstellen dat een oplossing kan worden bereikt via de ambtshalve vermindering van de belastingaanslag ex artikel 65 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) na verbeurdverklaring van fiscaal nadeel.

5.3. Vermengingsproblematiek

In de praktijk wordt in het geval van belastingfraude veelal over de band van witwassen tot een verbeurdverklaring gekomen. Via deze route wordt niet slechts fiscaal nadeel afgepakt, maar ook de voorwerpen die van de niet afgedragen belastingen zijn gekocht of het profijt dat ermee is behaald. Zo verklaarde de Rechtbank Noord-Nederland in een uitspraak van 24 mei 2017 bijvoorbeeld een tweetal woningen verbeurd, omdat deze waren aangekocht met geld dat de verdachte niet in zijn belastingaangiftes had opgegeven.³⁸ De woningen waren het voorwerp met betrekking tot welke het witwassen was begaan.

In een andere zaak waarin de verdachte zich schuldig had gemaakt aan belastingfraude en gewoontewitwassen,

30. Zie ook HR 24 mei 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AV7861.

31. In artikel 3.12, lid 1, onder c, Wet IB is het volgende van aftrek uitgesloten: 'geldboeten opgelegd door een Nederlandse strafrechter en geldsommen betaald aan de Staat ter voorkoming van strafvervolgning in Nederland of ter voldoening aan een voorwaarde verbonden aan een besluit tot gratieverlening, bestuurlijke boeten, geldboeten opgelegd op basis van bij wet geregeld tuchtrecht, geldboeten opgelegd door een instelling van de Europese Unie, alsmede kosten als bedoeld in artikel 234, vijfde lid, en artikel 235, derde lid, van de Gemeentewet.'

32. *Kamerstukken II*, 1988-1989, 20 857, nr. 6.

33. Hof Amsterdam, 15 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3208, r.o. 4.5.5.

34. HR, 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1082.

35. Zie daartoe ook het NDFR-commentaar van mr. M.R. Marinus bij art. 3.14 Wet IB, par. 12.2.3.

36. Zie daartoe ook P.J. Wattel, 'Materieel Nederlands Belastingrecht', par. 3.3.2.3.e.5.

37. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, 1 april 2016, ECLI:NL:OGAC:2016:4, par. 9.

38. Rb. Noord-Nederland 24 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1879.

vorderde de officier van justitie ook verbeurdverklaring.³⁹ Het ging om een contant geldbedrag, de tegoden op een aantal bankrekeningen en om een drietal woningen. De officier van justitie vorderde verbeurdverklaring omdat de voorwerpen uit de baten van de belastingfraude en het witwassen waren verkregen en met behulp van deze voorwerpen het witwassen was begaan. De verdediging voerde het verweer dat niet kon worden vastgesteld dat de in beslag genomen goederen geheel of in grote mate uit de baten van de strafbare feiten waren verkregen. Volgens de verdediging konden deze evengoed afkomstig zijn uit het salaris of pensioen van de verdachte.

De rechtbank volgde de verdediging hierin. Ten aanzien van het ten laste gelegde witwassen heeft de rechtbank in die zaak niet bewezen geacht dat het gehele Nederlandse vermogen door vermenging gedeeltelijk van misdrijf afkomstig was geworden. In het verlengde hiervan was de rechtbank van oordeel dat (dus) niet kon worden vastgesteld dat de voorwerpen geheel of grotendeels door middel van of uit de baten van de bewezen verklaarde misdrijven afkomstig waren. Noch kon volgens de rechtbank worden gesteld dat met betrekking tot deze voorwerpen het misdrijf was begaan. Een logische gevolgtrekking van het oordeel van de rechtbank dat niet bewezen acht dat het gehele vermogen door vermenging van misdrijf afkomstig is geworden.

Deze uitspraak van de Rechtbank Amsterdam is illustratief voor het 'strafbare' karakter van de verbeurdverklaring. Het moet gaan om een 'met een strafbaar feit besmet' voorwerp. Hoewel het Openbaar Ministerie in deze zaak het gehele vermogen als besmet wilde aanmerken, ging de rechtbank daar niet in mee. Logischerwijs is verbeurdverklaring dan ook niet mogelijk.

Als het oordeel van de rechtbank had geluid dat het gehele vermogen besmet was en dus het voorwerp van witwassen, dan had juridisch gezien ook tot verbeurdverklaring kunnen worden overgegaan van de voorwerpen met betrekking tot welke het witwassen is gepleegd. Naar onze mening druist dit echter in tegen de gedachte van de verbeurdverklaring. De verbeurdverklaring gaat er immers van uit dat een specifiek voorwerp in relatie staat tot een gepleegd delict. De besmettingsleer, zoals door de Hoge Raad neergelegd in het 'besmettingsarrest' uit 2010, gaat daarentegen uit van de problematiek dat een uit misdrijf afkomstige toevoeging aan het vermogen door vermenging niet meer kan worden geïndividualiseerd.⁴⁰ Naar ons inzien leent de verbeurdverklaring zich niet voor een dergelijke situatie. De verbeurdverklaring van door vermenging besmet vermogen zal in onze optiek leiden tot disproportionele bestraffing van de verdachte. Het is dus van belang dat de verdediging op dat punt, zie daartoe ook paragraaf 3.1. van deze bijdrage, verweer voert.

6. Voordelen van de verbeurdverklaring

Kan de verdediging zich nog verweren tegen de inzet van de verbeurdverklaring? Of is het dweilen met de kraan open? Het enorme aanbod aan instrumenten om wederrechtelijk verkregen vermogen af te pakken maakt het simpelweg niet eenvoudig voor de verdachte om het Openbaar Ministerie van het lijf te houden. Niettemin zijn er zoals in deze bijdrage is toegelicht wel mogelijkheden om te voorkomen dat het Openbaar Ministerie zijn boekje te buiten gaat, dan wel dat de verbeurdverklaring leidt tot disproportionele ontneming.

Hoewel het ruime aanbod aan afpakinstrumenten de nodige angst kan inboezemen, zien wij in de verbeurdverklaring ook de nodige lichtpunten ten opzichte van de ontnemingsmaatregel. Immers, een efficiënte werkwijze is veelal ook in het belang van de verdachte. Een ontnemingsprocedure wordt met regelmaat apart van de hoofdprocedure gevoerd waardoor de verdachte een lange adem moet hebben totdat hij zekerheid heeft. Bovendien ligt tijdens een ontnemingsprocedure vaak veel vermogen onder conservatoir beslag en staat aldus niet ter beschikking van de verdachte. Ook om die reden heeft de verdachte er soms belang bij dat eerder duidelijkheid ontstaat. De verbeurdverklaring kan in een dergelijke situatie uitkomst bieden indien het Openbaar Ministerie bereid is af te zien van een ontnemingsvordering, zodat geen risico op cumulatie van voordeelsontneming ontstaat. Immers, na een verbeurdverklaring, mits tijdig aangekondigd door de officier van justitie, kan nog een ontnemingsprocedure worden gestart om 'de rest' van het criminele vermogen af te pakken. Met enkel een verbeurdverklaring heeft de verdachte dus nog geen zekerheid.

Een ander voordeel kan – mits is zekergesteld dat niet ook nog een ontnemingsvordering zal volgen – in de proportionaliteit van de (bijkomende) straf zitten. Een ontnemingsmaatregel kan enorme proporties aannemen. Dat houdt verband met de wijze waarop een ontnemingsbedrag berekend kan worden. Bovendien bestaat de kans dat ook strafbare feiten waarvoor de betrokkene niet is veroordeeld in een ontnemingsprocedure kunnen worden betrokken terwijl de mogelijkheid bestaat dat hij daarmee niets verdiend heeft.⁴¹ Het feit dat de verbeurdverklaring aansluit bij het besmette voorwerp dat nog aan de verdachte toebehoort, betekent dat de verdachte niet snel geconfronteerd wordt met betalingsverplichtingen waaraan hij nooit zal kunnen voldoen. Ten aanzien van de betaalbaarheid van de verbeurdverklaring moet overigens wel rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat ook niet beslagen voorwerpen verbeurd kunnen worden verklaard, waarbij niet altijd even duidelijk zal zijn of een voorwerp of een geldbedrag nog

39. Rb. Amsterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8340.

40. HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578, NJ 2011/44.

41. Zie voor een helder artikel over de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel bv. D. Emmelkamp, 'Bewijsrecht in ontnemingszaken', *Strafblad* 2016/1.

aan de verdachte toebehoort. Denk daarbij aan de speedboot uit de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.

7. Ten slotte

Dat het afpakken van crimineel vermogen bij het Openbaar Ministerie vooropstaat mag duidelijk zijn. Doordat zowel de verbeurdverklaring als de ontnemingsmaatregel worden ingezet voor het ‘afpakken’ van crimineel vermogen, vervaagt het karakter van de verbeurdverklaring en dat van de ontneming. Maar is het de verbeurdverklaring die steeds meer een maatregel wordt ten behoeve van het rechtsherstel? Of wordt de ontneming steeds meer een straf? In de praktijk zullen betrokkenen het ‘afpakken’ van vermogen veelal als straf ervaren ongeacht welk label – verbeurdverklaring of ontneming – men erop plakt. Ook om die reden dient in de praktijk de proportionaliteit van het afpakinstrumentarium – zeker ook indien sprake is van cumulatie van instrumenten – niet uit het oog te worden verloren.