

Vergaderjaar 2006–2007

30 841

Voorstel van wet van de leden Van Haersma Buma en Weekers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht met betrekking tot de invoering van hoofdelijke aansprakelijkheid bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Algemeen

De aanpak van crimineel geld dient in elke rechtsstaat de hoogste prioriteit te krijgen. Voorop staat dat misdaad nooit mag lonen. Bestaat de indruk dat dit wel het geval is, dan oefent dit een aantrekkende kracht uit op potentiële daders. Een stijging van de criminaliteit zal het gevolg zijn. Misdaadgeld tast ook in ernstige mate de integriteit van de samenleving aan. Criminelen kunnen door financiële machtsposities op te bouwen gemakkelijker uit handen van de politie blijven. De investering van crimineel geld verstoort verder de financiële en maatschappelijke verhoudingen en kan grote schade toebrengen aan hele sectoren van de economie.

In 1993 is de Wet tot verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties in werking getreden, ook wel aangeduid als de «Pluk ze»-wetgeving. In artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht werd een brede regeling opgenomen voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Bij ontneming kan het gaan om opbrengsten uit misdrijven waarvoor een persoon is veroordeeld, maar ook om opbrengsten uit soortgelijke feiten of andere misdrijven waarvan het aannemelijk is geworden dat een persoon die heeft gepleegd.

De ontnemingswetgeving is in september 2003 op een aantal punten gewijzigd. Doel van de wetswijziging was onder andere het doorbreken van schijnconstructies, waarin de dader van een misdrijf de opbrengst uit handen van de opsporing probeert te houden door voorwerpen onder te brengen bij een derde of tot eigendom te maken van een rechtspersoon.

2. De praktijk van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel

Ruim tien jaren toepassing van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel geven een wisselend beeld. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel heeft zich een plaats verworven in bestrijding van criminaliteit in Nederland. Jaarlijks wordt inmiddels ongeveer 11 miljoen euro aan wederrechtelijk verkregen voordeel ontnomen (in 2005: 11 070 082 euro). Met enige regelmaat wordt het instrument van ontnem-

ming echter ook ter discussie gesteld. Twee kwesties komen daarbij aan de orde.

Het eerste vraagstuk betreft de aftrek van kosten. Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is gericht op het afnemen van de winst die een dader door het plegen van misdrijven heeft gemaakt. Dit impliceert dat kosten die voor een criminele onderneming worden gemaakt in sommige gevallen in het voordeel van de verdachte zouden kunnen worden afgetrokken. Doch hierbij gelden op grond van de rechtspraak nadrukkelijk beperkingen. Recent ontstond commotie over een zaak waarin de kosten die de verdachte had gemaakt voor de aanschaf van een pistool in mindering waren gebracht op het te ontnemen voordeel. Breed leeft het gevoel, dat dit niet mogelijk zou moeten zijn. De bewuste beslissing van de rechtbank werd later in hoger beroep gecorrigeerd. Op dit moment ligt de zaak bij de Hoge Raad. Het openbaar ministerie wijst erop dat de mogelijkheid van aftrek van kosten in de praktijk zelden tot oneigenlijke uitkomsten leidt en beoordeelt het beoordelingskader dat hiertoe in de rechtspraak is aangelegd als goed werkbaar. Er bestaat op dit punt dan ook geen noodzaak tot aanpassing van wetgeving.

Het tweede punt van aandacht is het grote verschil dat bestaat tussen het bedrag van door de rechter opgelegde ontneming en datgene wat uiteindelijk in de fase van executie van de ontnemingsmaatregel, feitelijk ontnomen kan worden. Weliswaar kan al tijdens de fase van onderzoek conservatoir beslag worden gelegd op goederen, maar dit blijkt aan het einde van de zaak het bedrag dat de verdachte aan de Staat moet betalen, meestal niet te dekken. In de praktijk is de kans klein dat er op dat moment nog zicht komt op het resterende deel van de criminele winst, zodat dat alsnog zou kunnen worden ontnomen. Resultaat is dat de vordering op de verdachte voor een belangrijk deel niet kan worden geëxecuteerd. Het bedrag dat jaarlijks door de rechter aan ontnemingsmaatregelen wordt opgelegd, overstijgt bij gevolg vele malen de circa 11 miljoen euro die door het openbaar ministerie in het kader van de tenuitvoerlegging wordt geïncasseerd: in 2005 betrof het 103 573 509 euro.

Deze situatie behoeft verbetering. Op het spel staan de effectiviteit van het instrument ontneming, en in breder verband, de geloofwaardigheid van het optreden van de overheid in de strijd tegen misdaadgeld.

Het openbaar ministerie heeft inmiddels een aanvang gemaakt met een nieuwe werkwijze bij ontneming. Doel is om meer conservatoir beslag te gaan leggen en zodoende vaker tot volledige tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen te kunnen komen. In grote opsporingsonderzoeken zal het Bureau Ontnemingswetgeving van het openbaar ministerie (BOOM) voortaan vanaf het begin bij het onderzoek betrokken zijn. Officieren van justitie van het BOOM zullen erop toezien, dat tijdig met het financiële onderzoek gericht op het ontdekken en in beslag nemen van criminele winsten wordt aangevangen, en dat het onderzoek voldoende diepgang krijgt. Het financiële onderzoek wordt voorts ondersteund door gespecialiseerde vermogenstraceerders van het BOOM.

Naast een verbetering van het voorbereidende financiële onderzoek, kan ook een wijziging van de wetgeving de mogelijkheden voor de tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen verruimen. Voorliggend initiatiefvoorstel beoogt deze wijziging te verwezenlijken.

3. Hoofdelijke aansprakelijkheid bij ontneming

Misdrijven die financieel gewin opleveren worden vaak door meerdere daders tezamen gepleegd. Naast de berekening van het voordeel dat het plegen van het misdrijf heeft opgeleverd, moet in dergelijke gevallen ook worden onderzocht aan wie van de daders welk deel van de winst is toegevloeid. Dit laatste kan problematisch zijn. Bovendien leert de praktijk, dat de winstverdeling zelden rationeel geschiedt. Een eenvoudige oplossing zou een hoofdelijke aansprakelijkheid van ieder van de daders zijn voor het geheel van het verkregen voordeel.

In een arrest van 7 december 2004¹ heeft de Hoge Raad echter bepaald dat hoofdelijke aansprakelijkheid niet kan worden toegepast bij ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De Hoge Raad kan zich in gevallen waarin niet duidelijk is aan welke dader welk deel van de winst is toegevloeid, slechts een pondspondsgewijze toerekening voorstellen. Dit biedt echter niet in alle gevallen uitkomst.

In het bijzonder kan daarbij worden gedacht aan de volgende situaties. Een voorbeeld is de zaak waarin na het plegen van een bankoverval, de overvallers de buit hebben begraven in het bos. Naderhand graaft de enige dader die nog op vrije voeten is de buit op en koopt van het geld twee horecagelegenheden. Kort daarna wordt ook hij aangehouden. Twee daders zullen geen mogelijkheid tot verhaal bieden, de derde dader des te meer. Hoofdelijke aansprakelijkheid geeft in dit geval de kans om het geld daar te halen, waar het zich bevindt.

Een voorbeeld biedt ook de zaak waarin de winsten die een criminele organisatie maakt met het plegen van drugsdelicten, door de daders gezamenlijk via een daartoe opgerichte rechtspersoon worden geïnvesteerd in vastgoedprojecten aan de Spaanse kust. Voor de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel is het hier minder van belang, van wie nu welk deel zou zijn, als wel dat de rechtspersoon kan worden beslagen voor het geheel van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Een van de daders is gevolmachtigd om namens de rechtspersoon te handelen.

In beide genoemde voorbeelden zal het voor de rechter in beginsel moeilijk uit te maken zijn aan wie welk deel van de criminele winst is toegekomen.

In het eerste voorbeeld zal de neiging bestaan bij gebrek aan aanwijzingen waar de buit is gebleven, om de drie daders ieder voor een deel van het bedrag een ontnemingsmaatregel op te leggen, terwijl dit niet overeenkomt met de werkelijkheid. Gevolg is dat er te weinig ontnomen zal worden bij de gravende dader.

In het tweede voorbeeld zal het onduidelijk zijn aan wie van de daders welk deel van de investeringen in het vastgoedproject toekomt. Door toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid wordt de daders als het ware de opdracht gegeven het geheel van hun investeringen af te dragen. Feitelijk kan dit worden geëffectueerd door de dader die gevolmachtigd is.

4. Voorstel

Voorgesteld wordt om aan artikel 36e Sr een nieuw lid toe te voegen, dat de mogelijkheid creëert voor de rechter om de daders van een misdrijf ieder hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor het wederrechtelijk verkregen voordeel dat met het gezamenlijk plegen van een misdrijf is ontstaan. Artikel 36e, zesde lid, bepaalt dat de rechter voortaan daders hoofdelijk, dan wel voor een door hem te bepalen deel, aansprakelijk kan stellen voor de gezamenlijke betalingsverplichting die ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel wordt opgelegd.

¹ HR 7 december 2004, NJ 2006, 63.

Doel van het voorstel

Doel van de aanpassing is het vereenvoudigen van de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel. Het gaat om zaken waarin meerdere daders een rol hebben gespeeld en niet of zeer moeilijk kan worden aangetoond, welk deel van het vastgestelde wederrechtelijk verkregen voordeel bij ieder van de daders terecht is gekomen. De voorgestelde wijziging brengt een aanzienlijke bewijsvereenvoudiging teweeg voor het openbaar ministerie en de rechter.

Verhouding tot het karakter van de ontnemingsmaatregel

De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is reparatoir van aard en ziet daartoe op de ontneming van het voordeel dat door de daders van misdrijven is verkregen. De introductie van hoofdelijke aansprakelijkheid brengt daar geen verandering in.

Wanneer sprake is van feiten die gezamenlijk zijn gepleegd, zal immers vaak niet goed kunnen worden achterhaald aan welke dader het wederrechtelijk verkregen voordeel precies is toegefallen. Gevolg is dat ontneming moeilijk is, terwijl vaststaat dat in het groepsverband een aanzienlijke winst is gemaakt. Door in dergelijke gevallen niet het individuele voordeel als uitgangspunt te nemen, maar het voordeel dat voortvloeit uit de gezamenlijk gepleegde misdrijven, kan de ontneming wel succesvol plaatsvinden. De toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid biedt hier met andere woorden de enige mogelijkheid om het doel van reparatie van de oorspronkelijke toestand te bereiken.

Hoofdelijke aansprakelijkheid en de verschillende varianten van ontneming

In het eerste tot en met derde lid van artikel 36e Sr zijn drie varianten van ontneming opgenomen. Artikel 36e, eerste lid en tweede lid, Sr zien op ontneming in verband met strafbare feiten die respectievelijk bewezen zijn, of waartrent voldoende aanwijzingen bestaan. De feiten zijn dus te duiden en de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan geschieden op een zogenoemde transactiebasis. Artikel 36e, derde lid, Sr, daarentegen, ziet op ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van een strafrechtelijk financieel onderzoek naar de vermogenspositie van de verdachte, waaruit een vermoeden van andere strafbare feiten naar voren is gekomen. Omtrent deze feiten, alsmede de betrokkenheid van daders, hoeft echter niet meer bekend te zijn.

Hoofdelijke aansprakelijkheid kan toepassing vinden wanneer de gepleegde strafbare feiten duidelijk zijn en ook de daders die de feiten hebben gepleegd aan te wijzen zijn. Op basis van deze strafbare feiten kan tot een schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gekomen. Dit betekent dat de voorgestelde regeling alleen van toepassing kan zijn op de vormen van ontneming, gegeven in artikel 36e, eerste en tweede lid, Sr.

Strafbare feiten door twee of meer personen gepleegd

Hoofdelijke aansprakelijkheid kan alleen aan de orde komen wanneer er sprake is van meerdere daders, die gezamenlijk een of meer aan te duiden strafbare feiten hebben gepleegd. Uit het strafbare feit kan zelf reeds het gezamenlijke plegen voortvloeien, zoals uit deelneming aan een criminele organisatie (artikel 140 Sr) of diefstal in vereniging (artikel 311 Sr). Daarnaast kan het ook gaan om deelnemingsvormen; in het bijzonder valt te denken aan medeplegen. Van belang is telkens dat de daders samen verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het geheel van de misdrijven waarop de ontnemingsvordering is gebaseerd.

Veroordeling vereist

Ontneming is slechts mogelijk wanneer de personen ieder tenminste voor één van de feiten die zij gezamenlijk hebben gepleegd zijn veroordeeld. De voorgestelde regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid maakt hier geen uitzondering op. Door verwijzing in artikel 36e, zesde lid, naar het eerste en tweede lid van artikel 36e Sr, geldt het vereiste van een veroordeling voor ieder van de aansprakelijk te stellen daders onverkort.

Bevoegdheid van de rechter

Hoofdelijke aansprakelijkheid komt aan de orde wanneer er geen of onvoldoende aanknopingspunten bestaan voor de toerekening van wederrechtelijke verkregen voordeel aan de daders afzonderlijk, dan wel wanneer de mogelijkheid bestaat dat een van de daders een groter deel van het voordeel heeft genoten.

De zittingsrechter zal het beste in staat zijn te beoordelen of van een dergelijke situatie sprake is. Daarom is de bevoegdheid tot toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid in het voorstel gegeven aan de rechter. Het betreft een facultatieve bevoegdheid, waarvan de rechter indien hij dit nodig acht gebruik kan maken bij het toerekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel aan de daders.

Gezamenlijke betalingsverplichting

De hoofdelijke verplichting reikt maximaal tot het geldbedrag dat wordt opgelegd ter ontneming van het totale wederrechtelijke verkregen voordeel dat ontstaan is door de in vereniging gepleegde feiten. Hoewel de regeling dit niet tot doel heeft, zou het kunnen voorkomen dat toepassing van de hoofdelijke aansprakelijkheid tot gevolg heeft dat een van de daders voor een groter deel wordt aangeslagen, dan hij daadwerkelijk heeft genoten. In een dergelijk geval krijgt deze dader een civielrechtelijke vordering op zijn mededaders.

Van Haersma Buma
Weekers