Inhoudsopgave:

1. De omkering van de bewijslast in ontnemingszaken 5

1.1 Inleiding 5
1.2 Onderzoeksdoel 7
1.3 Onderzoeksvraag 8
1.4 Het theoretisch kader 8
1.5 Deelvragen 8
1.6 De methode 9
1.7 Wetenschappelijke relevantie 9
1.8 Maatschappelijke relevantie 9

2. Hoe is het ontnemingsrecht in Nederland geregeld? 10

2.1 Inleiding 10
2.2 Doelstelling en karakter ontnemingswetgeving 10
2.3 Aparte procedure 10
2.4 De vier varianten van art. 36e Wetboek van Strafrecht 11
2.4.1 Eerste variant 11
2.4.2 Tweede variant 11
2.4.3 Derde variant 11
2.4.4 Vierde variant 12
2.5 Het begrip voordeel 12
2.6 Samenvatting en conclusie 13

3. Hoe is het bewijs in ontnemingszaken geregeld? 15

3.1 Inleiding 15
3.2 Schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel 15
3.3 Vaststelling van de betalingsverplichting 16
3.4 Berekeningsmethoden 16
3.5 De conrete methode 17
3.6 Bewijsproblemen 17
3.7 De abstracte methode 18
3.8 Bewijsproblemen 18
3.9 De kasopstelling 18
3.10 De vermogensvergelijking 19
3.11 Bewijsproblemen met betrekking tot de vermogensvergelijking 20
3.12 De verdeling van de bewijslast 21
3.13 Tegenspraak 21
3.14 Samenvatting en conclusie 22

4. De vermogensvergelijking in Europees perspectief 23

4.1 Inleiding 23
4.2 De onschuldpresumptie 23
4.3 De zaak Phillips 24
4.4 De zaak Van Offeren 25
4.5 De zaak Geerings 26
4.6 Het risico van dubbeltelling in verband met art. 6 lid 2 EVRM 28
4.7 Nemo tenetur-beginsel 30
4.7 Samenvatting en conclusie 31

5. Het wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden voor voordeelsontneming 33

5.1 Inleiding.....33
5.2 Wijzingen tweede lid art. 36e Wetboek van Strafrecht.....33
5.3 Wijzingen derde lid art. 36e Wetboek van Strafrecht 34
5.3.1 De verdeling van de bewijslast.....34
5.4 Het Engelse recht ter inspiratie.....34
5.5 Wegvallen strafrechtelijk financieel onderzoek 37
5.6 Verenigbaarheid met art. 6 lid 2 EVRM 37
5.7 Kritiekpunten van de Raad van State 38
5.7.1 Vrijwel onbeperkte omkering van de bewijslast 38
5.8 Vraagtekens bij het nieuwe wetsvoorstel 39
5.9 Samenvatting en conclusie 40

6. Hoe is het Engelse ontnemingsrecht geregeld? 41

6.1 Inleiding.....41
6.2 Doelstelling en karaker ontnemingswetgeving.....41
6.3 Aparte procedure 42
6.4 Twee varianten voor voordeelsontneming 43
6.4.1 Specifiek crimineel gedrag 43
6.4.2 Algemeen crimineel gedrag.....43
6.5 'Criminal lifestyle' 43
6.6 Het begrip voordeel 44
6.7 Samenvatting en conclusie 45

7. Hoe is het bewijs in Engelse ontnemingszaken geregeld?.....46

7.1 Inleiding.....46
7.2 Het Engelse bewijsrecht 46
7.3 De wettelijke bewijsvermoedens.....47
7.3.1 Het eerste vermoeden 48
7.3.2 Het tweede vermoeden 49
7.3.3 Het derde vermoeden.....50
7.3.4 Het vierde vermoeden.....50
7.4 Bewijslast 50
7.5 Fase 1.....50
7.6 De weerlegging van de wettelijke bewijsvermoeden 51
7.7 'Serious risk of injustice' 52
7.8 'Recoverable and available amount' 53
7.9 Fase 2.....54
7.10 Bewijsproblemen.....55
7.10.1 Marktwaarde.....55
7.10.2 'Hidden assets' 56
7.10.3 'Tainted gifts' 57
7.11 Het risico van dubbeltelling.....58
7.12 Samenvatting en conclusie 59

8. Het Engelse ontnemingsrecht in Europees perspectief 61

8.1 Inleiding.....61
8.2 De onschuldpresumptie 61
8.3 'Rule against self incrimination' 61
8.4 Het EHRM.....63
8.5 De zaak Grayson and Barnham 63

8.6 Het risico van dubbeltelling in verband met art. 6 lid 2 EVRM....65
8.7 Samenvatting en conclusie....66

9. Hoe verhoudt de Engelse regeling zich tot de Nederlandse regeling?....67

9.1 Inleiding....67
9.2 De verdeling van de bewijslast....67
9.3 Wettelijke grondslag....68
9.4 9.4.1 De periode....68
9.4.2 De civiele vordering....69
9.5 Geen begin- of eindvermogen....71
9.6 'Criminal lifestyle'....71
9.7 Het dwingende karakter van de bewijsvermoedens....73
9.8 Het risico van dubbeltelling....75
9.9 Verhouding art. 36e, tweede en derde lid, Sr....76
9.10 Het wetsvoorstel in Europees perspectief....77

Conclusie....79
Bronvermelding....82

Hoofdstuk 1
De omkering van de bewijslast in ontnemingszaken

1.1 Inleiding

Op 1 maart 1993 is de ontnemingswetgeving in werking getreden (ook wel Pluk ze wetgeving genoemd). De ontnemingsmaatregel was reeds voor deze wet opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, maar de ontnemingswetgeving heeft echter verschillende wijzigingen voor deze maatregel met zich mee gebracht. Ontneming is niet alleen meer mogelijk ter zake van het feit waarvoor iemand is veroordeeld, maar ook ten aanzien van soortgelijke feiten of andere feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd (art. 36e lid 2 Sr) en in sommige gevallen kan ook voordeel worden ontnomen, wat de betrokkene op een of andere manier uit strafbare feiten heeft verkregen (art. 36e lid 3 Sr.) De afzonderlijke strafbare feiten behoeven in dat geval niet bekend te zijn en evenmin te worden aangetoond.[1]

De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel is een maatregel, gericht op herstel van de vermogenssituatie aan de zijde van de veroordeelde en niet op vergelding. De voordeelsontneming wordt daardoor ook wel een als 'reparatoire' maatregel aangemerkt.[2] Het gaat bij ontneming dan ook om het daadwerkelijk verkregen voordeel. Indien er voordeel wordt ontnomen dat de betrokkene niet daadwerkelijk heeft verkregen, dan wordt hij in een nadeligere toestand gebracht en dat is niet in overeenstemming met het karakter van de maatregel.[3]

De problemen die zich voordoen bij toepassing van deze maatregel hebben voornamelijk betrekking op het bewijs. Het blijkt in de praktijk vaak lastig te zijn om het daadwerkelijk verkregen voordeel vast te stellen, maar nog moeilijker is het vaak om aan te tonen dat een betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen uit bijvoorbeeld soortgelijke (art. 36e lid 2) of uit andere strafbare feiten (art. 36e lid 3).[4] Bovenstaande behoort tot de taak van het openbaar ministerie.

Aan deze bewijsproblemen wordt gedeeltelijk tegemoet gekomen door de minder strenge bewijswaarderingsmaatstaf die in ontnemingszaken worde gehanteerd. Het wettig en overtuigend bewezen zijn in de zin van art. 338 Sv is niet aan de orde. Zo is voor art. 36e lid 2 Sr alleen vereist dat er *voldoende aanwijzingen* zijn dat de soortgelijke feiten en niet-soortgelijke feiten door de betrokkene zijn begaan. In art 36e lid 3 Sr wordt de eis gesteld dat het *aannemelijk* is dat ook andere strafbare feiten er op een of andere manier toe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.

---

[1] M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001, p. 1.
[2] T. Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 58.
[3] Borgers 2001, p. 199.
[4] Borgers 2001, p.263.

Ook gelden er geen bewijsminima. Een enkele verklaring kan voldoende zijn (het moet wel een wettig bewijsmiddel betreffen).[5]

Hiermee wordt echter niet het hele probleem ondervangen. In de praktijk blijkt het zo goed als onmogelijk te zijn om tot een precieze vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel te komen.[6] De betrokkene is in veel gevallen namelijk niet bereid om inzicht te verschaffen in zijn financiële situatie. Er wordt dan ook gebruik gemaakt van bijvoorbeeld bewijsvermoedens. In alle gevallen mag rekening gehouden worden met de kosten die de betrokkene heeft gemaakt en bijvoorbeeld de vorderingen van benadeelde partijen.

Indien de betrokkene voor een strafbaar feit is veroordeeld en het voordeel behaald uit dat strafbare feit moet worden aangetoond of uit soortgelijke feiten (lid 2) kan het OM veelal gebruik maken van de verrekeningsmethode (het bruto voordeel verminderd met de kosten). In het geval van andere strafbare feiten (lid 3) waaruit voordeel is behaald, kan een vermogensvergelijking plaats vinden. De vermogensvergelijking wordt voornamelijk toegepast in het geval van art. 36e lid 3 Sr, maar kan ook toegepast worden in het geval van art. 36e lid 2. Bij deze methode wordt gekeken naar het beginsaldo en het eindsaldo en er wordt rekening gehouden met de feitelijke uitgaven in de periode en de legale inkomsten. Voor het hanteren van de methode kan in het geval van art. 36e lid 3 Sr een zekere bewijslastverdeling plaats vinden. Van de betrokkene wordt verwacht feiten en omstandigheden aan te dragen die twijfel kunnen oproepen over de hoeveelheid voordeel dat de betrokkene vermoed wordt te hebben behaald. [7]

Sommigen zijn van mening dat het huidige ontnemingsrecht niet voldoende werkt in de praktijk. Zo is fractievoorzitter Van Geel van het CDA van mening dat het Openbaar Ministerie simpelweg te weinig middelen heeft om crimineel vermogen af te pakken. Hij is van mening dat niet het Openbaar Ministerie moet bewijzen dat het vermogen niet legaal is verkregen, maar dat de betrokkenen zelf maar moeten bewijzen hoe ze aan hun geld zijn gekomen. Hij pleit in feite dus voor een omkering van de bewijslast. Hirsch Ballin wil juist de Pluk ze wetgeving verruimen, zodat justitie meer financieel onderzoek kan doen naar veroordeelde criminelen.[8] Er heerst dus ontevredenheid in politiek Nederland ten aanzien van het huidige ontnemingsrecht. De omkering van de bewijslast wordt als mogelijke oplossing aangedragen. Inmiddels is er een wetsvoorstel bij de tweede kamer ingediend waarin de omkering van de bewijslast wordt geïntroduceerd.

Met betrekking tot deze omkering van de bewijslast wordt nogal eens verwezen naar het Engelse recht. In Engeland wordt deze methode namelijk gehanteerd. Maar hoe werkt dat nu precies in Engeland? Ze kennen daar een twee- stappenplan. Ten eerste kijken ze naar het vermogen van de

---

[5] Borgers 2001, p. 270.
[6] Borgers 2001, p. 202.
[7] Borgers 2001, p. 331.
[8] Telegraaf, 'crimineel moet bezit verklaren', 15 september 2008,
< http://www.telegraaf.nl/binnenland/1920994/__Crimineel_moet_bezit_verklaren__.html?cid=rss>

afgelopen 6 jaar. Het vermoeden is, dat het vermogen in de voorgaande zes jaar een illegale herkomst heeft. De tweede stap houdt in dat de verdachte dit vermoeden kan weerleggen. Een actieve opstelling van de verdachte is vereist. Vooral de tweede stap is in dit kader van belang. Maar hoe zit dat stappenplan juridisch in elkaar en zijn er aanknopingspunten om ook een omkering van de bewijslast in Nederland toe te gaan passen? De gebruikte methode in Engeland moet immers wel meerwaarde vormen ten opzichte van het huidige Nederlandse ontnemingsrecht. Wellicht kan het probleem nooit in zijn geheel worden ondervangen en moet er genoegen worden genomen met bijvoorbeeld de bestaande methode van de vermogensvergelijking (en de daarbij behorende bewijslastverdeling). Artikel 6 EVRM met daarin opgenomen de onschuldpresumptie zal een rol spelen in het onderzoek. In principe hoeft niemand mee te werken aan zijn eigen veroordeling. In een arrest van 5 december 1999 heeft de Hoge Raad bepaald dat de huidige ontnemingsprocedure niet strijdig is met het onschuldbeginsel van art. 6 lid 2 EVRM.[9] Ook de omstandigheid dat, indien de officier van justitie het voordeel aannemelijk heeft gemaakt, het aan de betrokkene is de vordering te bestrijden, is niet in strijd met het onschuldbeginsel.[10] Het gaat hier om een verdeling van de bewijslast. De vraag is echter of dat standpunt ook geldt ten aanzien van de voorgestelde regeling. Het vermogen dat de betrokkene de afgelopen zes jaar heeft verkregen wordt geacht wederrechtelijk te zijn. De betrokkene moet zelf aantonen dat zijn vermogen legaal is verkregen. Van de betrokkene wordt dus er een actieve opstelling vereist. De vraag is dan ook of deze methode niet in strijd komt met de onschuldpresumptie.

1.2 Onderzoeksdoel

Hierboven heb ik in het kort de huidige bewijsproblemen in het Nederlandse ontnemingsrecht omschreven. In een notendop komt het er op neer dat het lastig is voor het openbaar ministerie om het wederrechtelijk verkregen voordeel aan te tonen en de precieze omvang vast te stellen. Zeker nu in principe de verdachte geen medewerking hoeft te verlenen. Een mogelijke oplossing kan gevonden worden in de omkering van de bewijslast, die een actieve opstelling van de betrokkene vereist. In Engeland wordt een dergelijke methode gehanteerd. Aan de hand van een analyse van het Engelse recht kan worden nagegaan of de omkering van de bewijslast ook in Nederland toegepast zou kunnen worden en of dit verbeterpunten inhoudt ten opzichte van de bestaande methoden (bijvoorbeeld de vermogensvergelijking). Aan de hand van het Engelse recht zal dan ook onderzocht worden of de omkering van de bewijslast een oplossing kan vormen voor de bestaande bewijsproblemen in het Nederlandse ontnemingsrecht. Het onderzoeksdoel moet dus gevonden worden in de probleemoplossing.

---

[9] HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 411

[10] H.G. Punt, *Praktijkboek Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel,* Den Haag: Sdu 2006.

1.3 Onderzoeksvraag.

Bovenstaande probleemomschrijving brengt mij tot de volgende onderzoeksvraag:

Onder welke voorwaarden kan, gelet op de onschuldpresumptie vervat in art. 6 lid 2 EVRM en het nemo tenetur-beginsel, de methode van de 'omkering van de bewijslast' in het Nederlandse ontnemingsrecht gehanteerd worden en levert deze methode een meerwaarde op in vergelijking met het huidige Nederlandse ontnemingsrecht?

1.4 Het theoretisch kader

Het onderzoek speelt zich af in een juridische setting. Het theoretische kader is dan ook de dogmatiek. Doordat ik het Engelse recht ga analyseren, zal mijn onderzoek vernieuwend zijn binnen de dogmatiek. In mijn onderzoek zal ik gaan kijken onder welke voorwaarden de in Engeland beproefde methode van de 'omkering van de bewijslast' ook in Nederland gehanteerd kan worden en of deze methode een mogelijke meerwaarde kan opleveren voor het huidige ontnemingsrecht. Deze voorwaarden zullen getoetst worden aan de onschuldpresumptie genoemd in art. 6 EVRM. De onschuldpresumptie vormt immers de uiterste grens van wat in dit verband juridisch mogelijk is. Indien die grens wordt overschreden dan is invoering van de 'omkering van de bewijslast' in Nederland geen optie.

1.5 De deelvragen

Het onderzoek kan grofweg onderverdeeld worden in een deel dat ziet op het Nederlandse recht en een deel dat ziet op het Engelse recht. Bij het eerste deel horen de volgende deelvragen/titels:

Hoofdstuk 2) Hoe is het ontnemingsrecht in Nederland geregeld?
Hoofdstuk 3) Hoe is het bewijs in ontnemingszaken geregeld?
Hoofdstuk 4) De vermogensvergelijking in Europees perspectief.
Hoofdstuk 5) Het wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden voor voordeelsontneming.

Voor de beantwoording van deze vragen zal gebruik worden gemaakt van de Nederlandse wet, jurisprudentie en literatuur. Tevens zullen ook uitspraken van het EHRM de revue passeren.
Bij het tweede deel horen de volgende vragen/titels:

Hoofdstuk 6) Hoe is het ontnemingsrecht in Engeland geregeld?
Hoofdstuk 7) Hoe is het bewijs in Engelse ontnemingszaken geregeld?
Hoofdstuk 8) Het Engelse ontnemingsrecht in Europees perspectief.

Voor de beantwoording van deze vragen zal gebruik worden gemaakt van de Engelse wet, zoals de Drug Trafficking Act 1994 en de Proceeds of Crime Act 2002. Voorts zal gekeken worden naar Engelse jurisprudentie en literatuur. Ook de jurisprudentie van het EHRM zal aan bod komen.

Ten slotte zal er in hoofdstuk 9 een vergelijking gemaakt worden tussen het Engelse en het Nederlandse recht. Tevens zal worden gekeken of het wetsvoorstel (hoofdstuk 5) meerwaarde heeft ten opzichte van de huidige regelgeving.

1.6 De methode

Dit onderzoek zal voornamelijk bestaan uit een literatuurstudie. Er zal gebruik worden gemaakt van rechtsvergelijking. De rechtsvergelijking zal als verificatie dienen. Er wordt immers gekeken of de methode van de 'omkering van de bewijslast' ook in Nederland hanteerbaar is. De Nederlandse wet, jurisprudentie en Nederlandse literatuur zullen voor de beantwoording van de eerste deelvraag het uitgangspunt zijn. Voor de tweede deelvraag zal er gekeken worden naar Engelse jurisprudentie, wetgeving (zoals de Proceeds of Crime Act 2002) en naar Engelse literatuur. Ik zal voornamelijk gebruik maken van primaire bronnen. Handboeken kunnen echter helpen deze primaire bronnen te begrijpen. Uitspraken van het EHRM over dit onderwerp kunnen ook inzicht geven in de werking van de methode in Engeland. Het relevante recht uit Engeland wordt immers ook in deze arresten besproken.

1.7 Wetenschappelijke relevantie

Gezien de discussie die in Nederland nu gaande is met betrekking tot de bewijsproblemen in het huidige ontnemingsrecht is een wetenschappelijk onderzoek naar een van de mogelijke alternatieven, namelijk de omkering van de bewijslast, zeer gewenst. Van Geel wijst, als gezegd, de omkering van de bewijslast aan als een goede oplossing. In Engeland gebruiken ze namelijk ook een dergelijk methode. Echter is niet duidelijk wat deze methode precies inhoudt, of invoering in het Nederlandse systeem mogelijk is en of het een meerwaarde kan zijn voor het huidige ontnemingsrecht. Dit onderzoek zal dan ook de nodige kennis opleveren. Mocht dit onderzoek tot de conclusie leiden dat de 'omkering van de bewijslast' geen goed alternatief is, dan kan die methode voortaan buiten de discussie gehouden worden. De aandacht kan dan gericht worden op alternatieven die mogelijk wel een oplossing bieden. Zowel bij een positieve als een negatieve conclusie zal dit onderzoek dan ook tot meer kennis leiden.

1.8 Maatschappelijke relevantie

Geregeld staan er berichten in de krant die de effectiviteit van het huidige ontnemingsrecht in twijfel trekken. Voor de maatschappij is het van belang dat er een gevoel bestaat dat er effectief wordt opgetreden tegen criminaliteit en het mogelijke voordeel dat daarmee behaald wordt. Nu er twijfels bestaan is het van belang dat er onderzoek gedaan wordt naar mogelijke alternatieven. Misdaad mag namelijk niet lonen.

Hoofdstuk 2
Hoe is het ontnemingsrecht in Nederland geregeld?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal in grote lijnen de Nederlandse ontnemingswetgeving geschetst worden. Eerst zal worden ingegaan op het doel van deze wetgeving en het karakter van de ontnemingsmaatregel. Vervolgens zal worden gekeken waarom de oplegging van de ontnemingsmaatregel niet gelijktijdig met de uitspraak in de hoofdzaak plaatsvindt. Daarna zal worden ingegaan op de vier varianten van art. 36e Sr. Als laatste zal kort het begrip 'voordeel' besproken worden, om duidelijk te maken wat precies voor ontneming in aanmerking komt.

2.2 Doelstelling ontnemingswetgeving en het karakter van de maatregel

Op 1 maart 1993 is de huidige ontnemingswetgeving in werking getreden (ook wel Pluk ze- wetgeving genoemd). De ontnemingsmaatregel was reeds voor deze wet opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, maar de ontnemingswetgeving heeft verschillende wijzigingen voor deze maatregel met zich mee gebracht. Het doel van deze wijzigingen was het verschaffen van een aantal adequate strafrechtelijke en strafvorderlijke instrumenten teneinde de criminaliteit beter te kunnen bestrijden.[11] De huidige ontnemingswetgeving is een middel tegen de zware en georganiseerde criminaliteit, maar beperkt zich niet daartoe. Het kan ook als middel tegen lichte criminaliteit gebruikt worden. De wetgever dacht voornamelijk aan: grote internationale handel in verdovende middelen, fraude, valsheid in geschrift met aanzienlijke financiële gevolgen, misbruik van overheidsvoorzieningen, ontvoeringen en vrouwenhandel en bepaalde vormen van milieucriminaliteit.[12] De ontneming is niet gericht op vergelding maar op herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin aan de zijde van de veroordeelde.[13] De voordeelsontneming wordt daardoor ook wel een als 'reparatoire' maatregel aangemerkt.[14] Het gaat bij ontneming dan ook om het in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk verkregen voordeel. Indien voordeel wordt ontnomen dat de betrokkene niet daadwerkelijk heeft verkregen, dan wordt hij in een nadeligere toestand gebracht en dat is niet in overeenstemming met het karakter van de maatregel.[15]

2.3 Aparte procedure

De ontnemingsprocedure staat in zekere zin op zichzelf, want zij vormt een aparte procedure naast de procedure in de hoofdzaak. De ontnemingsmaatregel mag niet tegelijkertijd met de uitspraak in de hoofdzaak worden opgelegd, maar kan daar wel snel op volgen indien dat praktisch mogelijk is. Een

---

[11] Punt 2006, p. 18.
[12] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 4.
[13] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 55.
[14] Kooijmans, Kluwer 2002, p. 58.
[15] Borgers 2001, p. 199.

van de redenen van deze aparte procedure is dat de behandeling van de hoofdzaak vertraging zou kunnen oplopen, aangezien het vaststellen van het wederrechtelijk verkregen voordeel veel tijd in beslag kan nemen. De redelijke termijn zou daardoor in het geding kunnen komen. Voorts heeft de wetgever willen benadrukken dat de maatregel als een afzonderlijke strafrechtelijke sanctie moet worden beschouwd en niet als onderdeel van afgewogen sanctiepakket aangemerkt moet worden.[16] De twee procedures hangen wel nauw samen. De ontnemingsvordering kan alleen als sequeel van een strafvervolging worden ingesteld. Een strafrechtelijke veroordeling is nodig om ontneming mogelijk te maken. Pas op het moment dat sprake is van een veroordeling ter zake van enig gronddelict in een strafzaak kan de ontnemingsmaatregel zich ook uitstrekken tot bijvoorbeeld soortgelijke feiten.[17]

2.4 De vier varianten van art. 36e Wetboek van Strafrecht

Een veroordeling voor een strafbaar feit is een vereiste voor het opleggen van een verplichting tot het betalen van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Vier varianten waarop de ontnemingsmaatregel betrekking kan hebben, zijn in art. 36^{e} Sr verankerd.

2.4.1 Eerste variant

Ten eerste kan de maatregel worden opgelegd in het geval het voordeel is verkregen door middel van of uit de baten van het ten laste gelegde en bewezen verklaarde strafbare feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld. De ontnemingsmaatregel heeft in een dergelijk geval rechtstreeks betrekking op het tenlastegelegde en bewezenverklaarde feit.[18] In de hoofdzaak is wettig en overtuigend bewijsmateriaal al geleverd, waardoor de rechter in de ontnemingsprocedure niet meer het begaan van de feiten hoeft vast te stellen.[19]

2.3.2 Tweede variant

Ten tweede kan de maatregel worden opgelegd naar aanleiding van soortgelijke feiten. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat hieronder strafbaarstellingen worden verstaan die hetzelfde rechtsbelang beschermen als de stafbepaling waarop het ten laste gelegde en bewezen verklaarde gronddelict betrekking heeft. [20] De Hoge Raad heeft met betrekking tot art. 36d Sr, waarin het begrip ‘soortgelijke feiten’ ook voorkomt, overwogen dat het gaat om feiten die, gelet op het belang dat de wetgever door de strafbaarstelling ervan heeft willen beschermen, tot dezelfde categorie behoren als de door verdachte begane feiten.[21] Betreft het gronddelict bijvoorbeeld een Opiumwetdelict, dan zijn alle andere Opiumwetdelicten daaraan soortgelijk. Het openbaar ministerie hoeft niet langer alle feiten

---

[16] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 10.
[17] Punt 2006, p. 23.
[18] Punt 2006, p.25.
[19] Borgers 2001, p. 267.
[20] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p.21/22.
[21] HR 6 mei 1997, *NJ* 1997, 655.

in de tenlastelegging op te nemen, maar kan volstaan met een selectie daarvan, doordat ontneming uit soortgelijke feiten mogelijk is. Dit is vooral uit het oogpunt van efficiëntie van belang.[22]

2.3.3. Derde variant

Ten derde is voordeelsontneming mogelijk ten aanzien van niet-soortgelijke feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Voor deze derde variant is een strafrechtelijke financieel onderzoek (SFO) geen voorwaarde. Op initiatief van de CDA-fractie is deze mogelijkheid bij amendement in art. 36e Sr opgenomen. De samenleving heeft er volgens de CDA-fractie belang bij dat na een veroordeling zoveel mogelijk voordeel wordt ontnomen. Dit belang zou gediend zijn bij de mogelijkheid om ook zonder SFO ontneming ten aanzien van andere feiten mogelijk te maken. Een SFO zal in veel gevallen echter wel noodzakelijk zijn om inzicht te krijgen in het voordeel behaald uit niet-soortgelijke feiten, aangezien het vaak niet klip en klaar zal zijn hoeveel voordeel er is behaald uit die feiten. Een financieel onderzoek is dan nodig om inzicht te krijgen in de financiën van de betrokkene. Ontneming op grond van art. 36e lid 3 is dan ook een mogelijkheid (vierde variant).[23]
Voor de tweede en derde variant is vereist dat naar het oordeel van de rechter *voldoende aanwijzingen* bestaan dat de feiten door de betrokkene zijn begaan. De Hoge Raad heeft bepaald dat de term ´voldoende aanwijzingen´ betekent dat de rechter slechts aannemelijk hoeft te maken dat de betrokkene ´soortgelijke feiten´ heeft begaan.[24] Het begrip *voldoende aanwijzingen* is dan ook op te vatten als het begrip *aannemelijk,* zoals dat ook bij de vierde variant wordt gebruikt.[25]

2.4.4 Vierde variant: art. 36e lid 3 Sr

Voorwaarden voor voordeelsontneming op grond van art. 36e lid 3 Sr zijn ten eerste een veroordeling wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd en ten tweede moet er een SFO ingesteld zijn. Indien aan die voorwaarden voldaan is, moet uit het onderzoek nog *aannemelijk* zijn geworden dat ook andere strafbare feiten er toe hebben geleid dat de veroordeelde voordeel heeft verkregen. Voor deze strafbare feiten is niet vereist dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de betrokkene zelf zijn begaan (lid 2). Het is dus niet relevant door wie de 'andere strafbare feiten' zijn gepleegd. Het enkel verkrijgen door de betrokkene van het voordeel is relevant.[26] Het derde lid is voornamelijk bedoeld voor de gevallen waarin een omvattende ontneming van voordeel is aangewezen en niet, zoals in lid 2, een ontneming voor een beperkt aantal feiten, die veelal in het dossier zijn opgenomen en tot verkrijging van voordeel hebben geleid.[27]
Doordat ontneming op grond van art. 36e lid 3 Sr alleen mogelijk is wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, wordt het toepassingsbereik van art. 36e lid 3

---

[22] Borgers 2001, p. 122.
[23] Borgers 2001, p. 123-124.
[24] HR 13 april 1999, NJ 1999, 483.
[25] M.A.H. Kempen, *Bewijs in ontnemingsprocedures,* Deventer: Kluwer 2006, p. 77-78.
[26] Borgers 2001, p. 122.
[27] *Kamerstukken I* 1992/93, 21 504 en 22 083, nr. 53a, p.5.

Sr beperkt tot de zwaardere misdrijven. Deze beperking kan echter worden gerelativeerd, doordat bijvoorbeeld op grond van art. 23 lid 7 Sr bij veroordeling van een rechtspersoon een boete kan worden opgelegd van de naast hogere categorie. Op grond van art. 12 Opiumwet kan, ook indien het feit door een natuurlijk persoon is begaan en indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, een boete worden opgelegd van de naast hogere categorie. Hierdoor wordt het mogelijk om ook voor lichtere misdrijven een geldboete van de vijfde categorie op te leggen.

2.5 Het begrip voordeel

Alvorens verder te gaan met de bespreking van het bewijs in ontnemingszaken, zal eerst stil worden gestaan bij het begrip 'voordeel'. Het voordeelsbegrip heeft in feite alleen een zelfstandige betekenis voor de toepassing van art. 36e lid 2 Sr. Het tweede lid gaat voornamelijk uit van afzonderlijke strafbare feiten die door de betrokkene zelf zijn begaan, terwijl bij het derde lid vermogen wordt toegerekend aan een patroon van criminele betrokkenheid. Bij het tweede lid wordt er geredeneerd vanuit een specifiek strafbaar feit naar het daaruit verkregen voordeel en bij het derde lid gaat het precies andersom. Het aangetroffen vermogen wordt gerelateerd aan mogelijke strafbare feiten.[28] In de wet is geen definitie opgenomen van het voordeelsbegrip. In art. 36e lid 2 wordt wel gesproken over voordeel dat 'door middel van of uit de baten' van een strafbaar feit wordt verkregen. Het gaat dus in de eerste plaats om vermogensbestanddelen die op ongeldige titel zijn verkregen, maar ten tweede komen ook vermogensbestanddelen die op grond van een rechtsgeldige overeenkomst en dus legaal zijn verkregen in aanmerking, indien de middelen die tot totstandkoming van de overeenkomst hebben geleid illegaal zijn verkregen.[29] Een auto die bijvoorbeeld gekocht is met de opbrengst van een hennepkwekerij kan dus beschouwd worden als wederrechtelijk verkregen voordeel. Voorts valt ook de besparing van kosten onder het wederrechtelijk verkregen voordeel. Onder besparing van kosten kan onder andere worden verstaan de afbetaling van schulden. De geldelijke lasten worden hierdoor verminderd.[30] Het begrip 'voordeel' zou dus kunnen worden omschreven als profijt in ruime zin. 'Voordeel' ziet niet alleen op geldelijk gewin, maar ook op voorwerpen. Deze voorwerpen moeten wel op geld waardeerbaar te zijn (vlg art. 36e lid 4 Sr).

2.6 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat voordeelsontneming als een 'reparatoire' maatregel kan worden aangemerkt, gericht op het herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin. Alleen het voordeel dat de veroordeelde daadwerkelijk heeft verkregen mag ontnomen worden. Tevens vormt de ontnemingsprocedure een aparte procedure naast de procedure in de hoofdzaak.

---

[28] Borgers 2001, p. 185 e.v.
[29] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 15.
[30] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 16.

De ontnemingsmaatregel kent vier varianten, waarvan vooral de vierde variant een grote rol zal gaan spelen in de komende hoofdstukken. De voorgestelde ‘omkering van de bewijslast’ zal namelijk vooral betrekking hebben op die variant.

Hoofdstuk 3
Hoe is het bewijs in ontnemingszaken geregeld?

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het bewijs in ontnemingszaken aan bod komen. Er zal worden stilgestaan bij de methoden aan de hand waarvan de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden geschat. Er zal in het kort iets worden gezegd over de concrete methode en wat uitvoeriger over de abstracte methode. Laatstgenoemde methode doet zich voor in de gedaante van zowel de kasopstelling als de vermogensvergelijking. Beiden vormen en de daarbij behorende verdeling van de bewijslast zullen besproken worden. Voorts zal worden ingegaan op enkele bewijsproblemen.

3.2 Schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel

Het bewijs in het strafrecht is voornamelijk geregeld in art. 338 tot en met 344a Sv. Een ten laste gelegd feit moet wettig en overtuigend bewezen worden. De bewijsmiddelen zijn terug te vinden in art. 339 lid 1 Sv. In de ontnemingsprocedure wordt door de rechter geschat voor welk bedrag er wederrechtelijk verkregen voordeel is verkregen (art. 36e lid 4 Sr). In art. 511f Sv wordt bepaald dat de schatting ontleend moet worden aan de wettige bewijsmiddelen als bedoeld in art. 339 lid 1 Sv. In het geval de bewijsmiddelen niets inhouden waaraan de schatting kan worden ontleend, is de uitspraak van de ontnemingsrechter in dat opzicht ontoereikend gemotiveerd, aldus de Hoge Raad in een zaak waarin het gerechtshof was uitgegaan van een handelswaarde van 5000 gulden per kilo hennep, zonder daar een bewijsmiddel aan ten grondslag te hebben gelegd. [31]

De schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen, maar voor wat betreft de bewijskracht behoeven de bewijsmiddelen slechts het bestaan en omvang van het voordeel *aannemelijk* te maken. [32] Alleen de bewijsgaring is dan ook aan dezelfde regels onderworpen als de bewijsgaring ten behoeve van de bewezenverklaring van een ten laste gelegd feit. Het betreft een andere maatstaf dan die van het wettig en overtuigend bewijs in de zin van art. 338 lid 1 Sv. Samengevat komt het er op neer dat in een ontnemingsprocedure wel de regels gelden die bepalen wat een wettig bewijsmiddel is, maar de bewijsstandaard van de rechterlijke overtuiging is niet van toepassing. Dit heeft enkele consequenties, zoals de uitsluiting van de unus testis-regel van art. 342 lid 3 Sv. De rechter kan de schatting van het voordeel immers baseren op een enkele getuigenverklaring, aangezien de bewijsminima in een ontnemingsprocedure niet van toepassing zijn. [33] De schatting kan dus op één bewijsmiddel worden gebaseerd, bijvoorbeeld het proces-verbaal waarin de resultaten van het SFO zijn opgenomen (de financiële rapportage). De Hoge Raad heeft zich echter recent in een uitspraak uitgelaten over de regeling van art. 344a Sv, die het

---

[31] HR 21 december 2004, *NbSr* 2005, 13.
[32] HR 25 juni 2002, *NJ* 2003, 97.
[33] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p.14 en HR 9 september 1997, *NJ* 1998, 90.

gebruik van anonieme verklaringen slechts onder voorwaarden toestaat.[34] De Hoge Raad bepaalt dat art. 344a Sv niet van toepassing is in de ontnemingsprocedure, maar in het geval dat een anonieme verklaring in een ontnemingsprocedure als bewijsmiddel wordt gebezigd, dient echter gewaarborgd te zijn dat aan 'de verdedigingsrechten' van de betrokkene in voldoende mate tegemoet wordt gekomen. Feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels behoeven voorts geen bewijs.[35]

3.3 Vaststelling van de betalingsverplichting

Het is aan de rechter om de betalingsverplichting vervolgens vast te stellen. Dit bedrag kan overeenkomen met de geschatte omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel, maar dat hoeft niet. De rechter kan bijvoorbeeld rekening houden met de vorderingen van benadeelde derden (art. 36e lid 6 Sr). Voorts kan de rechter rekening houden met de draagkracht van de betrokkene (art. 36e lid 4 Sr). In beginsel wordt hier echter pas rekening mee gehouden in de executiefase (art. 577b lid 2).

3.4 Berekeningsmethoden

Er kunnen grosso modo twee methoden worden onderscheiden voor de berekening van het wederechtelijk verkregen voordeel, namelijk de concrete methode en de abstracte methode.[36] Bij de concrete methode wordt gekeken naar ieder individueel feit, ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld of ter zake waarvan voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene deze heeft begaan. Aan de hand daarvan wordt het wederrechtelijk verkregen voordeel (zijnde het bruto voordeel minus de kosten) per feit bepaald. De concrete methode sluit goed aan bij art. 36e lid 2 Sr, aangezien lid 2 een directer verband tussen de daar genoemde feiten en het voordeel suggereert, dan lid 3.[37] Bij lid 2 wordt doorgaans gekeken naar afzonderlijke feiten die tot de verkrijging van het wederrechtelijk verkregen voordeel hebben geleid. Voor de feiten die niet direct op de tenlastelegging zijn terug te voeren is het vereist dat de rechter voldoende aanwijzingen aanwezig acht dat deze door de betrokkene zijn begaan.[38]

Bij de abstracte methode wordt voordeel berekend dat in een wijder verband kan staan tot de feiten waarvoor is veroordeeld (dat kan ook het geval zijn bij het tweede lid).[39] Deze methode past bij het derde lid van art. 36e Sr. Dat artikellid eist namelijk geen aantoonbare rechtstreekse relatie tussen al het voor ontneming in aanmerking te nemen voordeel en het feit (of eventuele soortgelijke feiten) waarvoor de betrokkene is veroordeeld.[40] In tegenstelling tot het tweede lid van art. 36e Sr gaat het hier om de vraag in hoeverre vermogen *in abstracto* kan worden gerelateerd aan een patroon van

---

[34] HR 23 januari 2008, *LJN* BA7648.
[35] HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96.
[36] Zie de conclusie van A-G Wortel bij HR 10 mei 2005, *LJN* AS3767.
[37] Punt 2006, p. 48.
[38] Punt 2006, p. 48.
[39] Punt 2006, p. 49-50.
[40] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p.13.

criminele betrokkenheid.[41] De abstracte methode kan echter ook in het kader van lid 2 van art. 36e Sr worden toegepast.[42]

3.5 De concrete methode

De concrete methode houdt in dat een voordeelsberekening per delict plaatsvindt, dat wil zeggen per concreet aangeduid feit. De opbrengst per feit wordt bij toepassing van de concrete methode bij elkaar opgeteld. De gemaakte kosten worden per feit in mindering gebracht. In de wet is niet geregeld dat de rechter rekening moet houden met eventuele kosten, die de betrokkene voor het plegen van het feit of de feiten heeft gemaakt. De rechter *kan* dit doen, maar is daartoe, als hij dat in de gegeven omstandigheden niet redelijk acht, niet gehouden.[43] Aangezien ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel een maatregel is en ziet op het herstel in de oude toestand en niet op leedtoevoeging zal de rechter de gemaakte kosten veelal in mindering brengen. Uit de jurisprudentie blijkt dat kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict dat tot het voordeel heeft geleid voor aftrek in aanmerking komen.[44] Het gaat om de kosten die noodzakelijk zijn om het delict te kunnen voltooien. Ik deel de mening van Borgers dat de daadwerkelijk gemaakte kosten, voor zover deze reëel zijn, in mindering moeten worden gebracht en niet alleen de noodzakelijke kosten die gemaakt moeten worden om het misdrijf mogelijk te maken. Niet alle kosten die zijn gemaakt behoeven immers strikt noodzakelijk te zijn, maar ze behoeven zeker niet ongebruikelijk te zijn. Als voorbeeld zouden beveiligingskosten kunnen worden genoemd. Deze kosten zijn niet noodzakelijk, maar ook niet heel ongebruikelijk als het om grote bedragen gaat. De aftrek van de reëel gemaakte kosten sluit mijns inziens beter aan bij het karakter van de maatregel.[45]

3.6 Bewijsproblemen

De schatting van de opbrengst en de kosten is erg lastig, indien de rechter niet de beschikking heeft over concrete gegevens, bijvoorbeeld en met name omdat de betrokkene geen medewerking verleent. In de praktijk blijkt het in veel gevallen zo goed als onmogelijk te zijn om tot een precieze vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel te komen.[46] Het ligt voor de hand dat personen die wederrechtelijk verkregen voordeel hebben verworven zich zullen inspannen om dit aan de opsporing te ontrekken.[47] Voor het bewijs is men veelal afhankelijk van de verklaring van de betrokkene of getuigen. De betrokkene wil in veel gevallen echter geen medewerking verlenen. Ook getuigen zijn niet altijd betrouwbaar. De taak van de rechter wordt op enkele manieren vereenvoudigd. Zo kan de rechter gebruik maken van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid om het voordeel vast

---

[41] Borgers 2001, p. 130.
[42] Rechtbank Den Bosch 24 maart 1997, *JOW* 1998, 39
[43] *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p.16.
[44] HR 8 juli 1998, *NJ* 1998, 841.
[45] Borgers 2001, p. 230.
[46] Borgers 2001, p. 202.
[47] *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 5, p.2.

te stellen. Voorts kan hij gebruik maken van de waarderingsmethode, bewijsvermoedens, extrapolatie en van de ponds-pondsgewijze verdeling in het geval van mededaders.

3.7 De abstracte methode

Voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel via de abstracte methode wordt evenals bij de concrete methode, gebruik gemaakt van een bewijsconstructie. Er wordt onderzoek gedaan naar de verhouding tussen het vermogen van de betrokkene en zijn of haar legale activiteiten. Daaruit kan het illegale vermogen worden afgeleid. De abstracte methode kan worden uitgewerkt in verschillende vormen zoals de kasopstelling en de vermogensvergelijking. Deze methode brengt echter ook een aantal bewijsproblemen met zich mee.

3.8 Bewijsproblemen

In de criminele wereld wordt vaak gebruik gemaakt van contant geld en dat laat zich moeilijk traceren in een later opsporingsonderzoek. Voorts geldt dit in mindere mate ook voor giraal geld. Er wordt ook veel geld witgewassen. Vooral de georganiseerde misdaad probeert de opbrengst 'legaal te maken' en de sporen van strafbare feiten uit te wissen. In dit verband wordt ook wel gebruik gemaakt van schijnconstructies. Vermogensbestanddelen worden aan derden doorgesluisd met als doel om deze zaken buiten een eventuele ontnemingsvordering te houden.[48] Vermogensbestanddelen komen dan ook vaak in het buitenland terecht, bijvoorbeeld op buitenlandse rekeningen. De wetgever tracht met de berekeningsmethoden van de kasopstelling en de vermogensvergelijking de bewijsproblemen zo veel mogelijk te elimineren.[49] Hieronder zal ik de genoemde methoden bespreken. Daarna zal ik ingaan op de problemen die ook deze methoden met zich meebrengen.

3.9 De kasopstelling

Bij de kasopstelling wordt gekeken of er meer uitgaven zijn gedaan dan op basis van de legale ontvangsten mogelijk was. De Hoge Raad heeft deze berekeningsmethode in een arrest van 17 september 2002 aanvaard.[50] Voor de hantering van deze methode is de vaststelling van een begin- en een eindvermogen vereist. Ten eerste worden alle contante ontvangsten en uitgaven in een bepaalde periode onderzocht. Verder zijn alle bankstortingen en bankopnamen van de betrokkene van belang, evenals alle ontvangsten en uitgaven via de bankrekeningen. Op deze manier kan je een goed beeld krijgen van iemands bestedingspersoon en opmerkelijke mutaties ontdekken. Het verschil tussen legale inkomsten en uitgaven kan worden aangemerkt als wederrechtelijk verkregen voordeel. Vaak is er echter meer uitgegeven dan kan worden aangetoond of aannemelijk kan worden gemaakt, waardoor het verschil niet het totale wederrechtelijk verkregen voordeel weergeeft.[51] Bij elke zaak wordt

---

[48] *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 5, p. 8.
[49] Borgers 2001, p. 302.
[50] HR 17 september 2002, *JOW* 2002, 43.
[51] Punt 2006, p. 61-62.

gekeken over welke periode het onderzoek zich dient uit te strekken. In theorie kan deze periode zich uitstrekken over vele (zelfs tientallen) jaren, maar dat zal praktisch niet haalbaar zijn en in veel gevallen ook niet relevant. Het heeft bijvoorbeeld geen nut om bij iemand die twintig jaar is een financieel onderzoek in te stellen dat zich uitstrekt over de laatste tien jaar van zijn leven. Er kan gekeken worden naar de ten laste gelegde en bewezen verklaarde periode, maar op grond van het SFO kan ook een langere periode aannemelijk worden geacht. Indien er bijvoorbeeld aanwijzingen zijn dat een persoon meerdere hennepoogsten heeft gehad buiten de ten laste gelegde en bewezen verklaarde periode kan er een langere periode als uitgangspunt worden genomen. Het gaat dan om het moment waarop het feit of de feiten een aanvang namen.[52]

3.10 De vermogensvergelijking

De tweede vorm waarin de abstracte methode zich voordoet, is de vermogensvergelijking. Ook bij de toepassing van de vermogensvergelijking wordt getracht aan te tonen dat er meer is uitgegeven dan op basis van de legale inkomsten mogelijk was. Uitgangspunt is dat niet precies kan worden berekend hoeveel voordeel de betrokkene heeft verkregen. Er wordt dan ook volstaan met de vaststelling van een tweetal factoren, namelijk de totale vermogensvermeerdering en het aandeel van het legaal tot stand gekomen vermogen daarin.[53] De methode van de vermogensvergelijking is door de Hoge Raad in 2002 aanvaard.[54] Er wordt gestart met het vaststellen van het beginvermogen. Dit is het vermogen aan het begin van de onderzochte periode. Dit vermogen (bezittingen min schulden) wordt vermeerderd met de legale ontvangsten uit die periode. Voorts wordt het eindvermogen vastgesteld, zijnde het vermogen aan het eind van de onderzochte periode. Het beginvermogen plus legale ontvangsten wordt afgetrokken van het eindvermogen. Je houdt dan een bedrag over wat beschikbaar is voor het doen van uitgaven aan verbruiksgoederen. Vervolgens wordt er gekeken naar de werkelijke uitgaven aan verbruiksgoederen. Indien je meer hebt uitgegeven dan je op basis van je inkomsten kon uitgeven wordt dat verschil aangemerkt als onverklaarbare uitgaven. Een negatieve uitkomst vormt dus een indicatie voor het wederrechtelijk verkregen vermogen.[55] Ook bij de vermogensvergelijking wordt voor iedere afzonderlijke zaak bekeken over welke periode het onderzoek zich moet uitstrekken. Er zal moeten worden bekeken wat praktisch haalbaar is en welke periode in het specifieke geval relevant is. Factoren als leeftijd van de betrokkene en de aard van het delict kunnen hierbij een rol spelen. Men handelt bijvoorbeeld in drugs om hier geld mee te verdienen of (indirect) om in het eigen gebruik te voorzien. Indien iemand wordt opgepakt met een handelshoeveelheid drugs kan er veelal dan ook van worden uitgegaan dat de handel in drugs zich over een langere periode heeft uitgestrekt.

---

[52] Aanwijzing ontneming (2009A003), *Stcrt* 2009/40, p. 14.
[53] Borgers 2002, p. 301.
[54] HR 26 februari 2002, *JOW* 2002, 22.
[55] Punt 2006, p. 63-64.

3.11 Bewijsproblemen met betrekking tot de vermogensvergelijking

Ook de methode van de vermogensvergelijking zelf brengt bewijsproblemen met zich mee. Ten eerste blijkt het in de praktijk vaak lastig te zijn om alle gedane uitgaven van de betrokkene in kaart te brengen. Dit brengt met zich mee dat het voordeel in een dergelijk geval te laag kan worden geschat.[56] Het kan echter ook zo zijn dat het wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van de vermogensvergelijking te hoog wordt geschat. Er wordt immers bij de vermogensvergelijking vanuit gegaan dat de uitgaven een indicatie vormen voor het vermogen waarover de betrokkene heeft kunnen beschikken. De uitgaven kunnen echter ook zijn gedaan met het oog op het begaan van andere strafbare feiten en daarmee in een concrete berekeningsmethode als kosten zouden hebben te gelden die voor aftrek in aanmerking komen. Het bedrag dat als investering aan te merken is voor het andere strafbare feit zal in mindering moeten worden gebracht, zodat er geen dubbeltelling plaatsvindt. Indien dat niet gebeurt kan het totaal van het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel te hoog uit komen. Er wordt in abstracte methoden in principe geen rekening gehouden met de gemaakte kosten van de betrokkene. Indien er twijfel is of bepaalde uitgaven als investering zijn aan te merken is het ter voorkoming van dubbeltelling noodzakelijk om deze uitgaven niet mee te rekenen. Dit brengt echter met zich mee dat het voordeel dan in voorkomende gevallen juist weer op een te laag bedrag wordt geschat.

Voorts gaat de vermogensvergelijking (en de kasopstelling) er vanuit dat een begin- en eindvermogen vast te stellen zijn. Dit kan echter wel eens een probleem worden, aangezien de georganiseerde misdaad, bijvoorbeeld criminele organisaties maar ook gewoon criminele individuen er alles aan zullen doen om het zo onzichtbaar mogelijk te maken dat zij over enig vermogen beschikken. Er kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van de al eerder genoemde schijnconstructies. De georganiseerde misdaad probeert de pakkans te verlagen, door op voorhand de ontneming te frustreren. De mogelijkheid van ontneming werkt juist deze 'tegenpraktijken' in de hand.[57]

3.12 De verdeling van de bewijslast

Bij zowel de concrete als de abstracte methode is het aan het Openbaar Ministerie om in eerste instantie argumenten aan te voeren, die het aannemelijk maken dat de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel heeft genoten. De rechter kan, indien nodig, de bewijslast verdelen op basis van de redelijkheid en billijkheid.[58] De bewijslastverdeling wordt uit het civiele recht afgeleid, waar in beginsel geldt dat degene die stelt moet bewijzen. In het kader van die bewijslastverdeling mag gebruik worden gemaakt van de methode van de vermogensvergelijking. De Hoge Raad heeft in 2002 bepaald dat geen rechtsregel er aan in de weg staat dat, in het kader van een redelijke en billijke

[56] Borgers 2001, p. 302.
[57] Borgers 2001, p. 302-303.
[58] M.R. van Diggelen & H.G. Punt, 'Vrije bewijsleer in ontnemingszaken', *BOOM-nieuws* mei 2005, nr. 39.

verdeling van de bewijslast, gebruikt wordt gemaakt van de methode van vermogensvergelijking. [59] Wel moet het gaan om een beredeneerde vermogensvergelijking die gebaseerd is op wettelijke bewijsmiddelen. Voorts moet de betrokkene de gelegenheid zijn geboden aannemelijk te maken de vermogensstijging een legale oorsprong heeft. Er wordt van de betrokkene verwacht dat hij tegenspraak geeft. De betrokkene moet redelijke argumenten aanvoeren, die een verklaring kunnen inhouden voor de constatering dat zijn uitgaven in de onderzochte periode zijn inkomsten hebben overstegen. [60] Hij kan door middel van salarisstrookjes bijvoorbeeld aantonen dat hij inkomen heeft gehad uit dienstverband. Ook is hij het die bijvoorbeeld eenvoudig kan aantonen dat hij een erfenis heeft gekregen.

3.13 Tegenspraak

Het is aan de betrokkene de ontnemingsvordering te betwisten. Betwist de betrokkene het geschatte voordeel niet, dan loopt hij de kans dat de rechter meegaat in de schatting van het OM. Hierboven werd betoogd dat dat zowel positief als negatief voor de betrokkene kan uitwerken. Voor het OM is het vaak moeilijk om inzicht te krijgen in het uitgavenpatroon van de betrokkene. Dit kan een argument zijn voor de betrokkene om geen medewerking te verlenen. Het voordeel kan dan immers te laag worden geschat en dat is gunstig voor de betrokkene. Voorts zal de betrokkene zich vaak niet zelfstandig bezig hebben gehouden met criminele activiteiten. Hij zal zijn mededaders niet snel verlinken, waardoor hij er wellicht eerder voor zal kiezen om de ontnemingsvordering niet te betwisten. Hij zal dat wellicht zelfs doen in het geval dat het voordeel te hoog wordt geschat.
De betrokkene kan er echter ook voor kiezen de uitkomst van de financiële rapportage wel te betwisten. Ten eerste kan hij het verweer voeren dat hij geen (andere dan de in de hoofdzaak bewezen verklaarde) strafbare feiten heeft begaan en dan ook geen wederrechtelijk verkregen voordeel heeft verkregen. De rechter zal hier geen genoegen mee nemen en zal van de betrokkene verlangen dat hij deze stelling onderbouwt. Indien gebruik wordt gemaakt van de abstracte methode zal de betrokkene in een dergelijk geval moeten aantonen dat het vermogen dat hij tot zijn beschikking heeft legaal is verkregen. Dit kan gebeuren aan de hand van werkgeversverklaringen, facturen, bankafschriften, opgave aan de fiscus, stukken waaruit blijkt dat hij een schenking heeft gehad of geld heeft gewonnen etc.
Ten tweede kan de betrokkene ook het verweer voeren dat hij wel strafbare feiten heeft begaan, maar dat de berekening van het voordeel niet klopt. Er kan bijvoorbeeld een dubbeltelling hebben plaatsgevonden. Met betrekking tot de eerste variant van art. 36e Sr hoeft het verweer niet problematisch te zijn. Bij de eerste variant zal immers veelal gebruik worden gemaakt van de concrete methode en het voordeel wordt dan ook berekend aan de hand van ieder individueel feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld. Indien een betrokkene wordt veroordeeld voor deelneming aan een

[59] HR 28 mei 2002, *JOW* 2002/23 & HR 19 september 2002, *JOW* 2002/43.
[60] Hof Den Bosch 28 april 2004, nr. 20-001777.

criminele organisatie kan de eerste variant echter ook voor problemen zorgen, aangezien dat feit zich uitstrekt over een langere periode en niet precies duidelijk hoeft te zijn welke specifieke feiten de betrokkene heeft begaan. Ook de overige varianten van art. 36e Sr kunnen voor problemen zorgen, omdat daar feiten worden meegenomen waarvoor de verdachte niet veroordeeld is. Vooral met betrekking tot de vierde variant (art. 36e lid 3 Sr) kunnen de onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel in het geding komen. Alvorens ik in dit verband verder zal gaan met de bespreking van de onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel, zal ik eerst een algemeen beeld schetsen over art. 6 EVRM met betrekking tot de vermogensvergelijking.

3.14 Samenvatting en conclusie

De schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen, maar voor wat betreft de bewijskracht behoeven de bewijsmiddelen alleen het bestaan en de omvang van het voordeel *aannemelijk* te maken. Het betreft een andere maatstaf dan die van het wettige en overtuigend bewijs in de zin van art. 338 lid 1 Sv. Voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan gebruik worden gemaakt van de concrete of de abstracte methode. De abstracte methode wordt voornamelijk in het kader van art. 36e lid 3 Sr toegepast, maar kan ook in het kader van het tweede lid worden toegepast. De abstracte methode kan worden uitgewerkt in verschillende vormen, namelijk de kasopstelling en de vermogensvergelijking. Bij beiden methoden wordt onderzoek gedaan naar de verhouding tussen het vermogen van de betrokkene en zijn of haar legale activiteiten. Een verdeling van de bewijslast behoort tot de mogelijkheden. Deze methoden brengen bewijsproblemen met zich mee, ook al zijn ze voornamelijk in het leven geroepen om problemen als witwassen en schijnconstructies tegen te gaan. Het blijkt in de praktijk vaak lastig te zijn om alle gedane uitgaven in kaart te brengen, het begin- en eindvermogen is moeilijk vast te stellen en ook het risico van dubbeltelling is een reëel probleem. Indien de betrokkene dubbeltelling wil voorkomen zal hij de uitslag van de financiële rapportage moeten betwisten. De onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel kunnen daardoor in het geding komen, aangezien de dubbeltelling ook betrekking kan hebben op feiten waarvoor de betrokkene niet is veroordeeld.

Hoofdstuk 4
De vermogensvergelijking in Europees perspectief

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal eerst worden gekeken naar een aantal uitspraken van de Hoge Raad die verband houden met de onschuldpresumptie. Daarna is het tijd om te kijken naar het EHRM. Het EHRM heeft belangrijke uitspraken gedaan over de onschuldpresumptie in verband met de ontnemingsprocedure. Er zal zowel een Engelse zaak aan bod komen als twee Nederlandse zaken. Als laatste zal de problematiek van het risico op dubbeltelling in verband met art. 6 lid 2 EVRM aan de orde komen.

4.2 De onschuldpresumptie

De onschuldpresumptie maakt onderdeel uit van het fair trial-beginsel van art. 6 EVRM. De Hoge Raad heeft in 1995 bepaald dat art. 6 EVRM ook ziet op de ontnemingsprocedure, gelet op het karakter van de procedure.[61] De Hoge Raad is van mening dat de procedure moet worden opgevat als een afzonderlijk onderdeel dan wel voortzetting van dezelfde vervolging die kan leiden tot een veroordeling tot een straf. De rechter kon immers in 1995 ingevolge art. 24d Sr (oud) bevelen dat bij gebreke van volledige betaling of verhaal van het verschuldigde bedrag, vervangende hechtenis van ten hoogste zes jaren zou worden toegepast. Inmiddels is de vervangende hechtenis vervangen door de regeling van de lijfsdwang.

De onschuldpresumptie brengt met zich mee dat de betrokkene voor onschuldig moet worden gehouden totdat het tegendeel is bewezen en dat de bewijslast ter zake op het Openbaar Ministerie rust. De ontnemingsprocedure is hier niet mee in strijd, aldus de Hoge Raad. Ten eerste is de Hoge Raad van mening dat de bewijsstandaard van de rechterlijke overtuiging niet zonder meer van toepassing is waar het gaat om de schuldvaststelling. Art. 36 e lid 2 Sr vereist alleen dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene ook soortgelijke feiten heeft begaan en voor toepassing van het derde lid moet aannemelijk worden gemaakt dat de betrokkene ‘andere’ feiten heeft begaan. Ten tweede geeft de Hoge Raad aan dat het in het licht van de omstandigheid dat de officier van justitie het genoten voordeel aannemelijk heeft gemaakt, aan de betrokkene is die vordering gemotiveerd te bestrijden doch dat zulks niet meebrengt dat de regeling in strijd is met de onschuldpresumptie. In het verlengde hiervan heeft de Hoge Raad in 2002 geoordeeld dat geen rechtsregel en met name niet art. 6 EVRM zich ertegen verzet dat in zaken waarin de grondslag van de vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen in rechte is komen vast te staan, de bewijslast op redelijke en billijke wijze wordt verdeeld tussen het OM en de betrokkene.[62] Hieronder zal een drietal zaken van het EHRM

---

[61] HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 411.
[62] HR 28 mei 2002, *JOW* 2002/23 en HR 19 september 2002, *JOW* 2002/43.

worden behandeld die betrekking hebben op art. 6 lid 2 EVRM. Als eerste zal de Engelse zaak Phillips[63] aan bod komen en daarna de zaken Van Offeren[64] en Geerings.[65]

4.3 De zaak Phillips

In de zaak Phillips is voor het eerst de vraag aan het EHRM voorgelegd of art. 6 lid 2 EVRM van toepassing is op de Engelse confiscation order. De betrokkene was in de hoofdzaak veroordeeld voor het invoeren van hennep. Ontneming vond vervolgens plaats onder de Drug Trafficking Act 1994. Wanneer een persoon wordt veroordeeld voor een opiumdelict dan worden alle inkomsten die deze persoon in de zes jaar voorafgaande aan de veroordeling heeft gehad en alle uitgaven die hij in die periode heeft gedaan, geacht afkomstig te zijn van deze delicten of in ieder geval in verband te staan met die delicten. Dit wordt een wettelijk bewijsvermoeden genoemd. Bij de berekening van het voordeel van Phillips was gebruik gemaakt van dit wettelijk bewijsvermoeden. De betrokkene was echter van mening dat het aannemen van dit vermoeden in strijd was met de onschuldpresumptie. In deze zaak ging het EHRM in de eerste plaats in op de vraag of het instellen van een ontnemingsvordering een nieuwe 'criminal charge' is. Mocht er sprake zijn van een 'criminal charge' dan zou de onschuldpresumptie onverkort op de ontnemingsvordering van toepassing zijn, aangezien op grond van art. 6 lid 2 EVRM een ieder tegen wie *de vervolging is ingesteld* voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Voor de beantwoording van deze vraag moet gekeken worden naar de volgende drie criteria: '*the classification of the proceedings under national law, their essential nature, and the type and severity of the penalty that the opplicant risked incurring'*. Voor de invulling van het eerste criterium wordt gekeken naar het nationale recht, met name naar de zaak '*R v Benjafield and others'*.[66] Het Court of Appeal heeft in deze zaak bepaald dat de ontnemingsprocedure niet moet worden gezien als een 'new charge'. Ontneming maakt deel uit van de strafoplegging en volgt op een veroordeling in de hoofdzaak (part of the sentencing process). De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden gezien als een strafrechtelijke maatregel. Het EHRM bepaalt vervolgens dat ook aan de hand van het tweede en derde criterium geen sprake is van een nieuwe 'criminal charge'. Het doel van de procedure is immers niet om de betrokkene voor nog een ander feit te veroordelen. Het is de taak van de rechter om de betalingsverplichting vast te stellen. Dit kan gelijk gesteld worden met de vaststelling van bijvoorbeeld de hoogte van een boete. De ontnemingsprocedure betreft dan ook alleen de sanctionering. De onschuldpresumptie houdt alleen verband met de feiten zoals die ten laste zijn gelegd. In het geval dat de verdachte schuldig wordt bevonden aan die feiten, dan is art. 6 lid 2 EVRM in beginsel niet meer van toepassing.

---

[63] EHRM 5 juli 2001, appl. nr. 41087/98 (Phillips).
[64] EHRM 5 juli 2005, appl. nr. 19581/04 (Van Offeren vs Nederland)
[65] EHRM 1 maart 2007, *NJ* 2007, 349 mnt. M.J. Borgers (Geerings vs Nederland).
[66] *R. v Benjafield and others,* Court of Appeal (21 december 2000)

Hiermee zijn we er echter nog niet. Het hof heeft bepaald dat de onschuldpresumptie wel deel uitmaakt van het fair trial-beginsel opgenomen in art. 6 lid 1 EVRM. Een persoon heeft er recht op om voor onschuldig te worden gehouden en de bewijslast voor de vaststelling van de schuld moet op de aanklager rusten. Dit recht is echter niet absoluut en indien er voldoende waarborgen zijn voor de betrokkene mag er gebruik worden gemaakt van wettelijke bewijsvermoedens. Het EHRM komt tot de conclusie dat het Engelse recht voldoende waarborgen heeft. Zo is bijvoorbeeld de procedure openbaar en had de betrokkene de gelegenheid om zowel schriftelijk als mondeling verweer te voeren. Verder was het Crown Court bevoegd het te ontnemen bedrag naar beneden bij te stellen, indien er was aangetoond dat de betrokkene inmiddels over minder vermogen beschikte. Voorts had de betrokkene de wettelijke bewijsvermoeden kunnen weerleggen door aan te tonen dat het vermogen niet was verkregen uit de handel in drugs. Het hof zegt dat indien de beweringen van de betrokkene waar waren geweest, het niet moeilijk zou zijn geweest om de wettelijke bewijsvermoedens te weerleggen. Art. 6 lid 1 EVRM is dan ook niet geschonden. Dit zou wellicht anders kunnen zijn geweest indien het te ontnemen bedrag was gebaseerd op de waarde van 'hidden assets'. Er is sprake van 'hidden assets' in het geval dat een betrokkene bijvoorbeeld vermogen bij een derde heeft ondergebracht. Indien het verschil tussen het geschatte voordeel en het vermogen dat de betrokkene tijdens de ontnemingsprocedure tot zijn beschikking heeft groot is en de betrokkene dat verschil niet kan verklaren, kan de rechter het aannemelijk achten dat de betrokkene wel 'hidden assets' moet hebben. Er kan echter niet met zekerheid vastgesteld worden dat de betrokkene daadwerkelijk de beschikking heeft over dat vermogen, waardoor vragen over de eerlijkheid van de procedure gesteld kunnen worden. In de zaak Phillips was het te ontnemen bedrag immers wel gebaseerd op vermogen, waarvan vast stond dat hij het nog tot zijn beschikking had, bijvoorbeeld zijn huis.[67] In hoofdstuk zeven zal verder op deze problematiek worden ingegaan.

4.4 De zaak Van Offeren

Harry van Offeren werd in 1999 veroordeeld voor onder andere het vervoeren en het aanwezig hebben van cocaïne. Hij werd vrijgesproken door het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van onder andere de handel in cocaïne. Door het Openbaar Ministerie werd gevorderd om tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel over te gaan van een bedrag van 357.059 gulden (162.026,31 euro) De betalingsverplichting werd uiteindelijk door het gerechtshof te 's-Hertogenbosch voor dat bedrag opgelegd. Indien door Van Offeren niet werd betaald dan zou hij 18 maanden in hechtenis worden genomen. Van Offeren was van mening dat art. 6 lid 2 EVRM was geschonden omdat de ontneming ten dele was gebaseerd op feiten waarvan hij was vrijgesproken. Naar Nederlands recht is het echter niet noodzakelijk om de ontnemingsvordering te beperken tot de feiten waarvoor de verdachte is veroordeeld. Indien de betrokkene van een aantal feiten was vrijgesproken konden deze

[67] EHRM 5 juli 2001, appl. nr. 41087/98, paragraaf 47 (Phillips).

toch worden meegenomen in de ontnemingsprocedure indien de rechter van mening was dat het aannemelijk was dat de betrokkene de feiten toch had begaan. In de ontnemingsprocedure geldt namelijk een andere bewijsstandaard.
Het Europees hof benadrukt in de eerste plaats dat artikel 6 lid 2 een algemene regel omvat dat '*following a final acquittal, even the voicing of suspisions regarding an accused's innocence is no longer admissible'*.
De onschuldpresumptie is echter niet langer van toepassing indien een verdachte veroordeeld is voor een strafbaar feit, ook niet in verband met '*allegations made about an accused's personality as part of the sentencing process*'. Er is echter een uitzondering. Die uitzondering, namelijk dat er geen sprake mag zijn van een 'new criminal charge', is al aan bod gekomen bij de bespreking hierboven van de zaak Phillips. Het hof heeft in de zaak Van Offeren geconstateerd dat de betrokkene niet heeft betwist dat hij is veroordeeld voor Opiumwetdelicten, namelijk het vervoer en het aanwezig hebben van cocaïne en dat hij daarvoor een straf opgelegd heeft gekregen van vier en een half jaar. Voor de beantwoording van de vraag of de ontnemingsvordering als een 'new criminal charge', moet worden gezien moet naar de drie hierboven genoemde criteria worden gekeken, namelijk ten eerste de classificatie van de ontnemingsprocedure naar Nederlands recht, de aarde van de procedure en vervolgens naar de aard en het karakter van de 'penalty' die de betrokkene opgelegd kan krijgen. Het hof constateert ten aanzien van het eerste criterium dat de ontnemingsprocedure een aparte procedure is naast de procedure in de hoofdzaak, maar dat beide verband houden met elkaar. Een strafrechtelijke veroordeling is voor de ontnemingsvordering een vereiste. De ontnemingsprocedure moet dan ook gezien worden '*as forming a part of the sentencing process under domestic law*'. Vervolgens wordt ingegaan op het tweede en derde criterium. In de zaak Van Offeren werd de methode van de vermogensvergelijking gehanteerd en werd er dus niet gekeken naar concrete strafbare feiten. Uit de vermogensvergelijking kwam naar voren dat Van Offeren onverklaarbare vermogensbestanddelen had. Het geld was hoogstwaarschijnlijk niet legaal verkregen. Het verweer van de betrokkene dat hij het geld had verdiend door middel van de handel in goud en auto's werd niet betrouwbaar gevonden. De betalingsverplichting werd dan ook vastgesteld op 162.023,31 euro of 18 maanden hechtenis indien hij niet betaalde. Het doel van deze procedure is echter geen veroordeling (of vrijspraak) voor andere feiten, maar om te kijken of (een deel van) zijn vermogen is verkregen door het plegen van Opiumwet gerelateerde delicten en zo ja hoeveel het voordeel bedraagt. Dit kan gelijk worden gesteld met de oplegging van bijvoorbeeld een boete. Er is dan volgens het hof ook geen sprake van een 'new charge', waardoor art. 6 lid 2 niet van toepassing is.

4.5 De zaak Geerings

De ontnemingsprocedure is een afzonderlijk onderdeel dan wel een voortzetting van de procedure in de hoofdzaak. De ontnemingsvordering houdt geen nieuwe strafvervolging in. De onschuldpresumptie geldt dan ook slechts ten aanzien van de betrokkenheid van verdachte bij enig strafbaar feit en niet

onverkort.[68]

Uit een zaak van de Hoge Raad van 22 mei 2001[69] en de zaak Geerings van 1 april 2003[70] kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de schuldvaststelling in het geheel los ziet van de vaststelling van de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel.[71] Deze jurisprudentie van de Hoge Raad leek overeen te komen met de zojuist besproken zaak Phillips[72] van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In die zaak werd immers bepaald dat de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM niet rechtstreeks van toepassing was op de Engelse confiscation order. Ook komt het hof in de zaak Van Offeren niet toe aan een toetsing aan art. 6 lid 2 EVRM. Het EHRM oordeelt dat het instellen van een ontnemingsvordering in beginsel geen nieuwe 'criminal charge' is, waardoor het tweede lid van art. 6 EVRM niet van toepassing is. Het bovengenoemde arrest van 1 april 2003 van de Hoge Raad (Geerings) heeft echter een belangrijk vervolg gekregen, namelijk in een arrest van het EHRM van 1 maart 2007 (de zaak Geerings).

Geerings was door de rechtbank te 's-Hertogenbosch veroordeeld vanwege (pogingen tot) diefstallen, (pogingen tot) inbraken, heling en deelneming aan een criminele organisatie. Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch veroordeelde hem slechts voor een gedeelte van die (pogingen tot) diefstallen, inbraken, helingen en sprak hem voor het overige vrij. De ontnemingsvordering had echter betrekking op alle feiten, ook op de feiten waarvan de betrokkene was vrijgesproken. In deze zaak staat dan ook de vraag centraal of de feiten waarvan de betrokkene in de hoofdzaak is vrijgesproken kunnen worden meegenomen in de schatting en de vaststelling van het voordeel. Het EHRM komt in tegenstelling tot de zaken Phillips en Van Offeren wel tot een toetsing aan de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM en komt uiteindelijk tot de conclusie dat er sprake is van een schending van dat artikellid. De zaak komt volgens het EHRM op een aantal punten niet overeen met de zaken Phillips en Van Offeren.

In de zaak Van Offeren was de ontnemingsvordering ook deels gebaseerd op feiten waarvan de verdachte was vrijgesproken. In die zaak werd de methode van de vermogensvergelijking echter gebruikt en in Geerings was de vordering gebaseerd op art. 36e lid (1 en) 2 en werd geen gebruik werd gemaakt van de vermogensvergelijking (hetgeen wel had gekund).

Het hof wijst op het feit dat nooit is aangetoond dat de klager voorwerpen onder zich had waarvoor geen adequate verklaring kon worden gegeven. De bevindingen die het gerechtshof te 's-Hertogenbosch had gedaan waren gebaseerd op op giswerk berustende extrapolatie. Het hof ging er namelijk vanuit dat het voordeel gelijkelijk onder Geerings en zijn mededaders werd verdeeld, zodat iedere dief 1/5 deel kreeg. Deze extrapolatie was volgens het EHRM gebaseerd op een combinatie van

---

[68] M.A.H. Kempen, *Bewijs in ontnemingsprocedures,* Deventer: Kluwer 2003, p. 116-117.
[69] HR 22 mei 2001, *NJ* 2001, 575.
[70] HR 1 april 2003, *NJ* 2003, 497.
[71] Kempen 2003, p. 117-119.
[72] ERHM 5 juli 2001, appl. nr. 41087/98, *DD* 2001, p. 1007 e.v.

feiten en schattingen, ontleend aan een politierapport.[73] Het hof overweegt in paragraaf 47, dat ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel een ongepaste maatregel is ten aanzien van goederen en/of vermogen waarvan niet is vast komen te staan dat deze in het bezit zijn geweest van de betrokkene, 'the more so' wanneer de maatregel betrekking heeft op het strafbare feit waarvan de betrokkene is vrijgesproken.[74] In het geval dat er niet 'beyond reasonable doubt' is vast komen te staan dat de betrokkene een strafbaar feit heeft begaan en niet bewezen kan worden dat de betrokkene daadwerkelijk enig voordeel uit dat feit heeft genoten, kan de ontnemingsmaatregel alleen maar gebaseerd zijn op een vermoeden van schuld en dat is in strijd met art. 6 lid 2 EVRM. In de zaken Phillips en Van Offeren werd het voordeel niet berekend aan de hand van gissingen, maar op basis van een onverklaarbaar uitgavenpatroon (Phillips) en op basis van een vermogensvergelijking (van Offeren). Dit in combinatie met het gegeven dat er werd ontnomen voor feiten waarvan Geerings was vrijgesproken was doorslaggevend voor het EHRM. Het is dus van belang dat concreet wordt vastgesteld hoeveel wederrechtelijk verkregen voordeel een betrokkene daadwerkelijk heeft genoten. Dit komt ook terug in de woorden van het EHRM: 'actually obtained'. Uit bovenstaande zaken kan worden afgeleid dat het EHRM geen bezwaar heeft tegen toepassing van de vermogensvergelijking. Een vermogensvergelijking is op zichzelf immers beredeneerd en de verdediging krijgt de kans om het geschatte voordeel te betwisten.

4.6 Het risico van dubbeltellingen in verband met art. 6 lid 2 EVRM

Bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden verondersteld dat uitgaven eerder behaald voordeel zijn. Deze uitgaven kunnen echter een nieuwe investering behelzen, waardoor die uitgaven eerder als kosten kunnen worden gezien met betrekking tot de nieuwe investering dan als eerder behaald voordeel. Bij toepassing van de concrete methode wordt rekening gehouden met de kosten die een betrokkene heeft gemaakt. De abstracte methode leent zich daar minder voor, aangezien de vermogensvergelijking ziet op een langere periode en het voordeel niet wordt berekend aan de hand van de opbrengst van concrete feiten en de daarbij behorende kosten. Het risico bestaat dat bij de abstracte methode voorbij wordt gegaan aan de mogelijkheid dat het geld is uitgegeven aan nieuwe investeringen. De uitgaven zullen in dat geval onderdeel uitmaken van de voordeelsberekening, waardoor het voordeel te hoog zou kunnen worden geschat en sprake is van een dubbeltelling.
Wat nu, als er voordeel wordt ontnomen op grond van art. 36e lid 3 Sr en de verdediging het verweer

---

[73] EHRM 1 maart 2007, appl. nr. 30810/03, paragraaf 46 (Geerings vs Nederland).
[74] Van Haersma Buma en Weekers diende in 2006 een initiatiefwetsvoorstel in met betrekking tot invoering van hoofdelijke aansprakelijkheid bij de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Het wetsvoorstel strekt ertoe aan artikel 36e Sr een zesde 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. In het wetsvoorstel wordt echter voorbij gegaan aan overweging 47 van het EHRM in de zaak Geerings, waarin door het EHRM is bepaald dat ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel een ongepaste maatregel is ten aanzien van vermogen waarvan niet is vast komen te staan dat deze in het bezit zijn geweest van de betrokkene.

voert dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen (en dus strafbare feiten heeft begaan), maar het niet eens is met de berekening van het voordeel, doordat het Openbaar Ministerie geen rekening heeft gehouden met dubbeltellingen? Er bestaat bij het derde lid van art. 36e Sr veelal geen directe relatie tussen het feit (of de feiten) waarvoor de betrokkene veroordeeld is en het voordeel dat voor ontneming in aanmerking kan komen. De betrokkene bekent dan schuld aan feiten die niet specifiek ten grondslag hebben gelegen aan de ontnemingsvordering. Dit gaat mijns inziens nog verder dan ontneming op basis van een vermoeden van schuld, waarvan in de zaak Geerings sprake was. Het verweer dat er dubbeltellingen hebben plaatsgevonden kan pas worden gevoerd op het moment dat de betrokkene schuld bekent aan feiten die niet als zodanig door het OM zijn 'aangedragen'.

Het risico van dubbeltellingen is het kernpunt van de bewijsproblemen die de vermogensvergelijking met zich meebrengt. De Hoge Raad lijkt echter geen aandacht voor dit probleem te hebben, zo zou kunnen worden afgeleid uit een arrest van 18 maart 2003.[75] Het gaat in die zaak om het voordeel dat is verkregen uit drugstransporten. Als uitgangspunt voor de voordeelsrapportage wordt genomen dat bestedingen eerder behaald 'voordeel' zijn, gelet op het feit dat er geen legale inkomsten bekend zijn geworden. De verdediging stelt dat er geen rekening is gehouden met de concrete bedrijfskosten ten aanzien van de verloren gegane partijen. De Hoge Raad is het met het gerechtshof te 's-Hertogenbosch eens dat er bij berekening van het voordeel volgens een abstracte methode geen plaats is voor de aftrek van concrete kostenposten. Indien de abstracte methode wordt gehanteerd, zijn juist alle kosten de basis voor de berekening van de winst. Die berekening is niet onaantastbaar, maar het is volgens de Hoge Raad aan de verdediging om te stellen en aannemelijk te maken dat het resultaat van deze methode onjuist of onredelijk is. Men kan niet enerzijds de kosten als basis voor de winstberekening opvoeren en die kosten vervolgens op die winstberekening in mindering brengen.

De rechtbank te Amsterdam houdt in een zaak uit 2000 ook geen rekening met het verweer van de raadsman dat de betrokkene meer kosten heeft gemaakt dan is meegenomen in de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel door middel van een vermogensvergelijking.[76] Zo zouden er met enige regelmaat auto´s gegeven zijn aan mensen die hand en spandiensten verrichtten voor de criminele organisatie als betaling voor hun werk. De rechtbank constateerde dat dit inderdaad het geval was, maar hield daar geen rekening mee omdat ze een lage opbrengst per kilo hennep hanteerde in de berekening en voorts was uitgegaan van een minimaal aantal kilo´s hennep.
De verdediging kan het verweer voeren dat er dubbeltellingen hebben plaatsgevonden, maar de betrokkene zal dan wel open kaart moeten spelen en bekennen dat hij inderdaad strafbare feiten heeft gepleegd. Tot nu toe lijkt het erop dat de betrokkenen eieren voor hun geld kiezen en geen verweer voeren ten aanzien van mogelijke dubbeltellingen. In jurisprudentie ben ik maar één zaak

[75] HR 18 maart 2003, *NJ* 2003, 528.
[76] Rb Amsterdam, 17 februari 2000, *LJN* AA4869.

tegengekomen waarin verweer is gevoerd tegen mogelijke dubbeltellingen.[77] De verdediging stelt zich in die zaak op het standpunt dat de abstracte methode een substantiële foutmarge kent en daardoor geen deugdelijke methode behelst. De verdediging heeft echter niet concreet aangegeven waar uitgaven zijn gebruikt om nieuwe investeringen mogelijk te maken en dat wordt door de rechtbank wel verwacht. De rechtbank overweegt dat bij de abstracte berekeningsmethode wordt gekeken naar de door betrokkenen gemaakte en tijdens het onderzoek bekend geworden investeringen en kosten inzake de drugstransporten. Deze worden bij elkaar opgeteld en er wordt vanuit gegaan dat bij het ontbreken van legale inkomsten deze investeringen uit de opbrengsten van eerder gepleegde strafbare feiten (eerder wederrechtelijk verkregen voordeel) zijn gefinancierd. De verdediging kan feiten en omstandigheden aandragen die nopen tot aanpassing van de opgevoerde kosten en/ of investeringen. Nu de verdediging dat niet heeft gedaan, verwerpt de rechtbank het verweer.
De redenen waarom er veelal geen verweer wordt gevoerd ten aanzien van dubbeltellingen zijn al eerder aan bod gekomen, namelijk de kans dat het wederrechtelijk verkregen voordeel te laag wordt vastgesteld. Ook is er in veel gevallen sprake van mededaders. Hierdoor zal de betrokkene niet zo snel inzicht geven in zijn criminele activiteiten. Zolang er geen verweer gevoerd wordt met betrekking tot mogelijke dubbeltellingen, zal er ook geen duidelijkheid komen hoe dit risico zich verhoudt met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Mijns inziens is de vermogensvergelijking op dit punt problematisch.

4.7 Nemo tenetur-beginsel

Er is echter nog een beginsel dat zich mijns inziens niet goed verhoudt met het risico van dubbeltellingen en dat is het nemo tenetur-beginsel. Niemand mag worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Dit beginsel is algemeen aanvaard, maar toch heeft het beginsel geen algemene wettelijke grondslag in de Nederlandse strafrechtspleging.[78] Ook de Hoge Raad heeft in 1977 bepaald, dat in het Nederlandse recht nergens een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.[79]
Het EHRM heeft de essentie van het nemo tenetur-beginsel (the right not to incriminate oneself) vertaald in enkele maatstaven aan de hand waarvan kan worden nagegaan of het beginsel in concreto is geschonden. Daarbij het is het Saunders-arrest van belang.[80] Uit dat arrest kan worden afgeleid dat het nemo tenetur-beginsel in ieder geval betrekking heeft op het recht van de verdachte om te zwijgen. In het Saunders-arrest kwam het EHRM tot de conclusie dat verklaringen die op grond van een medewerkingsplicht waren afgelegd, niet konden worden gebruikt voor het bewijs in de strafzaak

---

[77] Rb Amsterdam, 10 februari 2009. *LJN* BH6018.
[78] G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht,* Deventer Kluwer 2005, p. 273.
[79] HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 577.
[80] EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699*)*

tegen de verdachte.

Het ontnemingsrecht brengt een redelijke en billijke bewijslastverdeling met zich mee. Het is aan de betrokkene om aan te tonen dat hij legale inkomsten heeft en dat dit inkomen al zijn uitgaven heeft gedekt. Indien de betrokkene de ontnemingsvordering niet betwist loopt hij de kans dat de rechter uitgaat van de schatting van het Openbaar Ministerie. Indien er sprake is van dubbeltelling zal het aan de betrokkene zijn om aannemelijk te maken dat en waaruit die dubbeltelling uit bestaat. Dit is echter problematisch op het moment dat er voordeel wordt ontnomen op grond van de tweede, derde en voornamelijk de vierde variant van art. 36e Sr. Indien een betrokkene toch verweer wil voeren wordt hij in feite gedwongen schuld te bekennen aan feiten die niet specifiek aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen. Het is echter niet uitgesloten dat zijn bekennende verklaringen in andere strafzaken, waarvoor hij (nog) niet vervolgd was, gebruikt zullen gaan worden. Dat wringt mijns inziens met het nemo tenetur-beginsel. Dit kan voorkomen worden door te bepalen dat dergelijke verklaringen niet kunnen worden gebruikt voor het bewijs in een strafzaak tegen de verdachte. Mogelijk kan een dergelijke bepaling in het wetboek worden opgenomen.

4.8 Samenvatting en conclusie

De Hoge Raad heeft in 1995 bepaald dat art. 6 EVRM ook ziet op de ontnemingsprocedure, gelet op het karakter van de procedure. Art. 6 EVRM verzet zich volgens de Hoge Raad niet tegen een redelijke en billijke bewijslastverdeling. Ook het EHRM heeft zich uitgelaten over de verhouding tussen art. 6 EVRM en de ontnemingsprocedure. In de zaak Phillips kwam de vraag aan de orde of het gebruik van bewijsvermoedens in strijd was met de onschuldpresumptie. Het EHRM komt in die zaak tot de conclusie dat het instellen van een ontnemingsvordering geen nieuwe ‘criminal charge’ is. Dit betekent dat de onschuldpresumptie, genoemd in art. 6 lid 2 EVRM, niet langer van toepassing is in het geval dat de verdachte schuldig wordt bevonden aan feiten die ten laste zijn gelegd. De onschuldpresumptie maakt echter wel deel uit van het fair trial-beginsel opgenomen in art. 6 lid 1 EVRM. Het recht om voor onschuldig te worden gehouden is echter niet absoluut. Indien er voldoende waarborgen voor de betrokkene zijn, mag de rechter gebruik maken van wettelijke bewijsvermoedens. Ook in de zaak Van Offeren kwam het EHRM tot de conclusie dat er geen sprake was van een ‘criminal charge’, waardoor art. 6 lid 2 EVRM niet van toepassing is. In tegenstelling tot de zaken Phillips en Van Offeren komt het EHRM in de zaak Geerings wel tot een toetsing aan de onschuldpresumptie en komt het uiteindelijk tot een schending van art. 6 lid 2 EVRM. In de zaak Geerings werd geen gebruik gemaakt van een vermogensvergelijking en zag de ontneming mede op feiten waarvan Geerings was vrijgesproken. De ontnemingsmaatregel is volgens het EHRM (bovendien) ongepast ten aanzien van goederen en/of vermogen waarvan niet is vast komen te staan dat deze in het bezit zijn geweest van de betrokkene, in het bijzonder wanneer de maatregel betrekking heeft op feiten waarvan de betrokkene is vrijgesproken.

Het risico van dubbeltelling is het kernprobleem van de vermogensvergelijking en is mijns inziens problematisch gelet op de onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel. Doordat de bewijslast door de rechter verdeeld kan worden is het aan de betrokkene om aan te tonen dat een dubbeltelling heeft plaatsgevonden, terwijl bij toepassing van het derde lid van art. 36e Sr er veelal geen directe relatie bestaat tussen het feit (of de feiten) waarvoor de betrokkene is veroordeeld en het voordeel dat voor ontneming in aanmerking kan komen. De betrokkene wordt in een dergelijk geval in feite gedwongen om schuld te bekennen aan feiten die niet specifiek aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen. Nu dit probleem door de verdediging zelden aan de kaak wordt gesteld is het thans niet duidelijk hoe het EHRM hierover denkt.

Hoofdstuk 5
Het wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden voor voordeelsontneming

5.1 Inleiding

Op 5 november 2009 is het wetsvoorstel ter verbetering van de toepassing van de maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel ingediend bij de Tweede Kamer.[81] Het voorstel strekt ertoe de mogelijkheden voor voordeelsontneming te verruimen. Ten eerste zal daarin worden voorzien door de invoering van wettelijke bewijsvermoedens ten aanzien van de herkomst van het vermogen van de veroordeelde. De tweede en derde variant van art. 36e Sr zullen komen te vervallen. Op grond van het nieuwe tweede lid zal het mogelijk worden om voordeel te ontnemen uit strafbare feiten waarvoor de betrokkene is veroordeeld (eerste categorie) en 'andere feiten'. Ten tweede zal de mogelijkheid tot het leggen van 'anderbeslag' worden uitgebreid en zal het mogelijk worden om onderzoek te doen naar het vermogen van de veroordeelde nadat de betalingsverplichting is opgelegd. Als laatste zal er worden voorzien in een aanvulling van de gronden voor verbeurdverklaring.
In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de wijzigingen van het tweede lid. Verder zal de mogelijke invoering van de wettelijke bewijsvermoedens in het derde lid besproken worden. Er zal worden gekeken wat er precies mee wordt bedoeld en of er mogelijk nog kritiek op bepaalde punten te geven is.

5.2 Wijzigingen tweede lid art. 36e Sr

Op grond van het tweede lid is het naar huidig recht mogelijk om voordeel te ontnemen dat is verkregen door middel of uit de baten van het strafbaar feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld, feiten die daaraan soortgelijk zijn of (andere) feiten waarvoor een boete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. In de laatste twee gevallen moeten er wel voldoende aanwijzingen bestaan dat de feiten door de betrokkene zijn begaan. Met het vereiste van soortgelijkheid en de verwijzing naar een geldboete van de vijfde geldboetecategorie als voorwaarde voor toepassing, wordt beoogd een begrenzing aan te brengen aan de feiten die, zonder dat daaraan een afzonderlijke veroordeling ten grondslag hoeft te liggen, in de ontnemingsvordering kunnen worden betrokken. Het beperkende karakter kan volgens de minister van justitie worden gerelativeerd. Aan de zwaarte van ´soortgelijke feiten´ worden in de eerste plaats immers geen eisen gesteld. Ook de beperkende werking van de categorie feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd kan worden gerelativeerd door de werking van enkele in de wet opgenomen bijzondere strafverhogende bepalingen. De minister van justitie vindt de toegevoegde waarde van deze vereisten gering, waardoor deze zullen komen te vervallen. Ontneming zal mogelijk worden voor feiten waarvoor de betrokkene is veroordeeld en voor andere strafbare feiten, indien er voldoende aanwijzingen bestaan dat de

[81] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 2.

betrokkene deze feiten heeft begaan.[82]

Volgens de Memorie van Toelichting is het niet mogelijk om het wettelijk bewijsvermoeden toe te passen voor ontneming op grond van het tweede lid. Volgens de minister kan niet zes jaar in de tijd worden teruggegaan.[83] Mijns inziens is dat echter de vraag. Bij de methode van de vermogensvergelijking kan zelfs een langere periode als uitgangspunt voor de berekening worden genomen. In hoofdstuk 9 zal hier verder op worden ingegaan.

5.3 Wijzigingen derde lid art. 36e Sr

Voor de berekening van het voordeel dat wordt ontnomen op grond van het huidige derde lid wordt veelal gebruik gemaakt van de abstracte methode. Bij deze methode wordt er onderzoek gedaan naar de verhouding tussen het vermogen van de betrokkene en zijn of haar legale activiteiten. Het onverklaarbare deel van het vermogen kan als grondslag voor de vordering dienen. De vermogensvergelijking en de kasopstelling sluiten goed aan bij ontneming op grond van het derde lid, maar kunnen echter ook worden toegepast in verband met het tweede lid. Het wetsvoorstel introduceert een nieuw bewijsregime, waarin het wettelijke bewijsvermoeden een belangrijke rol krijgt. De verplichting tot het instellen van een SFO zal komen te vervallen.

5.3.1 De verdeling van de bewijslast

Het wetsvoorstel zorgt voor een aangepast bewijsregime ten aanzien van het derde lid van art. 36e Sr. Er wordt een bewijsvermoeden in de wet neergelegd dat inzicht van de veroordeelde verlangt in zijn vermogen. Er kan gesproken worden van een ‘omkering van een bewijslast’. Door de minister van justitie wordt er echter gekozen om te spreken over een redelijke en billijke bewijslastverdeling, gelet op de eisen die het EHRM stelt aan een eerlijke procedure als bedoeld in art. 6 EVRM. Het doel van de invoering van het bewijsvermoeden is een aanpassing van de reikwijdte van de stelplicht van het openbaar ministerie. Door de invoering van het bewijsvermoeden zal het aan de veroordeelde zijn om aannemelijk te maken dat zijn vermogen legaal is verkregen. De betrokkene zal zich actief moeten opstellen. Zoals al eerder aan bod is gekomen wordt er in de rechtspraak ten aanzien van de vermogensvergelijking en de kasopstelling al uitgegaan van een redelijke en billijke verdeling van de bewijslast. Dit wetsvoorstel zal er voor zorgen dat deze verdeling van een wettelijke grondslag wordt voorzien. Als uitgangspunt wordt verankerd dat de veroordeelde, bij wie vermogensbestanddelen zijn aangetroffen waaraan geen legale bron van herkomst ten grondslag lijkt te liggen, in de gelegenheid wordt gesteld de legale herkomst daarvan aannemelijk te maken. Er wordt in het wetsvoorstel gewezen op de in het Verenigd Koninkrijk geldende regeling.

5.4 Het Engelse recht ter inspiratie

De in het Verenigd Koninkrijk geldende regeling is neergelegd in de ‘Proceeds of Crime Act 2002’.

---

[82] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 7.
[83] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 8.

Het bestaan van een ‘criminal lifestyle’ kan daar aanleiding zijn om de bewijslast tussen de Crown Prosecutor Service en de betrokkene te verdelen. Indien de rechter bepaalt dat de betrokkene een criminele levensstijl heeft kan toepassing worden gegeven aan een wettelijk bewijsvermoeden. Alle inkomsten die de betrokkene in de zes jaar voorafgaand aan de veroordeling heeft gehad en alle uitgaven die hij in die periode heeft gedaan worden geacht afkomstig te zijn of in verband te staan met het plegen van strafbare feiten. De betrokkene dient dit vermoeden te weerleggen, door aannemelijk te maken dat zijn vermogen een legale oorsprong heeft. De betrokkene dient het vermoeden te weerleggen ‘on the balance of probabilities’. Dit is volgens de minister van justitie vergelijkbaar met de burgerrechtelijke bewijsstandaard van ‘aannemelijkheid’. De minister van justitie is van mening dat het Engelse recht niet één op één kan worden vertaald naar het Nederlandse recht, maar het kan wel ter inspiratie worden gebruikt.[84]
Het Engelse recht is ter inspiratie gebruikt voor het ´nieuwe´ derde lid van art. 36e Sr. In het geval dat de ontnemingsvordering verband houdt met een veroordeling wegens een zwaar en potentieel lucratief misdrijf wordt ervan uitgegaan dat alle uitgaven die de veroordeelde in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf heeft gedaan, wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. Ook ten aanzien van voorwerpen die in de periode van zes jaren voorafgaande aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren, wordt er vanuit gegaan dat zij wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. De veroordeelde zal daarbij in de gelegenheid worden gesteld om aannemelijk te maken dat hij zijn vermogen op legale wijze heeft verkregen.

Voorts moet het gaan om misdrijven die worden bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie. Deze eis verschilt van de vijfde categorie-eis die gesteld wordt in het huidige lid 3 van art. 36e Sr. In lid 3 zoals dat nu luidt, wordt gesproken over feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. Dit is een ruimer criterium als ‘ wordt bedreigd met’, door de in de wet opgenomen bijzondere strafverhogende bepalingen. De eis wordt in het wetsvoorstel dus aangescherpt. Op dit punt behelst het wetsvoorstel eerder een beperking dan een verruiming van de mogelijkheden voor voordeelsontneming. De vijfde categorie-eis omvat volgens de minister van justitie potentieel zware en lucratieve misdrijven. Mijns inziens gaat het inderdaad om zware misdrijven, maar uit de vijfde categorie-eis kan niet worden afgeleid dat het om lucratieve misdrijven gaat. Niet alle zware misdrijven worden begaan met het oog op geldelijk gewin.
Verder moet aannemelijk zijn dat behalve dat misdrijf ook het plegen van andere strafbare feiten ertoe heeft geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In de huidige regeling wordt echter gesproken over het ‘ begaan’ van strafbare feiten, terwijl in het wetsvoorstel wordt gesproken over ‘plegen’. Dit wekt de suggestie dat de betrokkene de feiten zelf begaan moet hebben en bijvoorbeeld het uitlokken of medeplegen van feiten niet onder het nieuwe lid valt en het een

[84] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5.

beperking inhoudt ten opzichte van de huidige regeling. Deze beperking wordt echter ondervangen door het ruime toepassingsbereik van het misdrijf witwassen. Indien er bijvoorbeeld sprake is van medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met art. 2 onder C Opiumwet, zou er ook voor kunnen worden gekozen om witwassen ten laste te leggen, zodat alsnog sprake is van 'plegen' van strafbare feiten. Ook wordt in het wetsvoorstel verlangd dat de betrokkene zowel uit het feit waarvoor hij is veroordeeld als uit andere strafbare feiten voordeel heeft verkregen. Voor het jaar 2003 was een dergelijk vereiste ook in de Nederlandse wet opgenomen, maar naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad in 2002 is de wet op dit punt aangepast.[85] De huidige wet verlangt niet dat de betrokkene uit het feit waarvoor hij is veroordeeld voordeel heeft verkregen. Het wetsvoorstel gaat op dit punt weer terug in de tijd, terwijl het wetsvoorstel juist de mogelijkheden voor voordeelsontneming tracht te verruimen.

Er hoeft echter niet langer een beginvermogen vastgesteld te worden, zoals dat wel nodig is voor de toepassing van de vermogensvergelijking en de kasopstelling. Voor de berekening is immers niet langer relevant hoeveel het vermogen op het begin van de vastgestelde periode waard was. Alle voorwerpen die de betrokkene in een periode van zes jaar tot zijn beschikking heeft gekregen worden geacht afkomstig te zijn uit strafbare feiten en de waarde van die voorwerpen wordt simpelweg bij elkaar opgeteld. Hetzelfde geldt voor de gedane uitgaven in die periode, mits de betrokkene aannemelijk kan maken dat het geld op legale wijze is verkregen.

Het bestaan van een ´criminal lifestyle´ komt niet terug in het wetsvoorstel. De minister van justitie is van mening dat de vaststelling dat er sprake is van een ´criminal lifestyle´ vertaling vindt in het zojuist genoemde vereiste dat ook het plegen van andere strafbare feiten ertoe heeft geleid dat de veroordeelde voordeel heeft verkregen.

Voorts is er in het Verenigd Koninkrijk een regel dat een wettelijk bewijsvermoeden buiten beschouwing moet worden gelaten in het geval dat toepassing van dat vermoeden zou leiden tot een ´serious risk of injustice´. De minister van justitie stelt dat deze regeling terug te vinden is in het voorgestelde art. 36e lid 4 Sr, aangezien dat lid het mogelijk maakt de termijn van zes jaar te verkorten. Indien de aanname van een wettelijk bewijsvermoeden tot apert ongerechtvaardigde resultaten leidt kan het vermoeden buiten beschouwing worden gelaten. Volgens de minister van justitie kan op die manier ook recht worden gedaan aan de positie van de betrokkene indien deze onvermogend blijkt. Het al dan niet buiten beschouwing laten van een bewijsvermoeden is van belang voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De draagkracht van de betrokkene is in dat stadium echter nog niet van belang. Gelet op het huidige art. 36e lid 4 Sr komt de draagkracht pas in een later stadium aan de orde. Het is dan ook niet duidelijk waarom de minister de draagkracht thans bij de schatting van het voordeel naar voren brengt.

De periode waarover de strafbare feiten zich hebben uitgestrekt kan volgens de minister van justitie

---

[85] HR 26 januari 2002, *LJN:* AD5368.

nog steeds als uitgangspunt worden genomen. Het voorgestelde artikel 36e Sr verzet zich daar niet tegen. De werking van de bewijsvermoedens wordt daardoor immers niet beperkt. Ook dan wordt gekeken naar aangetroffen vermogensbestanddelen waarvan geen legale bron aangewezen kan worden.[86] De wettelijke bewijsvermoedens krijgen mijns inziens dan ook geen 'exclusieve' wettelijke grondslag.

5.5 Wegvallen SFO

Ook een bestaand vereiste vervalt in het wetsvoorstel, namelijk de in art. 36e lid 3 geformuleerde verplichting tot het instellen van strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO). Er kan echter nog wel een SFO worden ingesteld, indien er verwacht wordt dat het onderzoek zal bijdragen aan het inzicht in de vermogenspositie van de betrokkene. Het instellen van een SFO wordt daarmee facultatief. Het SFO bevat inmiddels geen bevoegdheden meer, die exclusief aan het SFO zijn voorbehouden. Het SFO heeft thans geen grote meerwaarde meer.[87] Nu het instellen van een SFO facultatief door invoering van het wetsvoorstel facultatief zal worden, ligt het in de lijn der verwachtingen dat het SFO zelden tot nooit meer zal worden ingesteld.

5.6 Verenigbaarheid met art. 6 EVRM

De minister van justitie gaat in de Memorie van Toelichting na of het gebruik van het voorgestelde bewijsvermoeden verenigbaar is het met de onschuldpresumptie neergelegd in art. 6 EVRM.[88] Daarbij wordt gekeken naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Phillips.[89] Het gebruik van een wettelijk bewijsvermoeden werd in die zaak verenigbaar geacht met art. 6 EVRM. Een ontnemingsvordering wordt niet als een nieuwe 'criminal charge' gezien, waardoor het tweede lid van art. 6 EVRM niet van toepassing is. De onschuldpresumptie maakt echter wel deel uit van het fair-trial beginsel, neergelegd in het eerste lid en dat is wel van toepassing. Een persoon heeft het recht voor onschuldig te worden gehouden. De bewijslast berust op de aanklager. Het is echter toegestaan om gebruik te maken van wettelijke bewijsvermoedens, maar dit gebruik is wel aan grenzen gebonden. Er moeten voldoende waarborgen voor de betrokkene zijn, waaronder de mogelijkheid voor de betrokkene om verweer te voeren.

De minister van justitie wijst vervolgens op de reeds bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de methode van de vermogensvergelijking.[90] Bij deze methode wordt ook gebruik gemaakt van een redelijke en billijke verdeling van de bewijslast. Aan de veroordeelde wordt de gelegenheid gegeven, zo nodig door bescheiden gestaafd, tegenover de rechter aannemelijk te maken dat de vermogensstijging niet of niet geheel haar oorsprong vindt in feiten als bedoeld in art. 36e Sr.

---

[86] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5.
[87] M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'verruiming of verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelsontneming', *DD* 2010, 16, p. 233 e.v..
[88] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 6-7.
[89] EHRM 5 juli 2001, appl. nr. 41087/98 (Phillips vs. United Kingdom).
[90] Hoge Raad 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 en Hoge Raad 24 april 2007, *NJ* 2007, 265.

Het gebruik van het wettelijk bewijsvermoeden is hiermee geheel in lijn, volgens de minister van justitie.
De minister van justitie is dan ook van mening dat het gebruik van het wettelijk bewijsvermoeden niet in strijd is met de onschuldpresumptie, gelet op de zaak Phillips. Zijn verwachting is dat ook de Hoge Raad niet tegen het gebruik van het wettelijk bewijsvermoeden zal zijn, aangezien het wettelijk bewijsvermoeden in lijn ligt met de reeds gehanteerde verdeling van de bewijslast zoals die wordt toegepast bij de vermogensvergelijking.

5.7 Kritiekpunten van de Raad van State

De Raad van State heeft in zijn advies op een aantal punten kritiek geleverd. De minister van justitie heeft daarop gereageerd in een nader rapport van 27 oktober 2009. Ook een aantal andere instanties zoals de NOvA en het OM hebben advies uitgebracht. De minister van justitie heeft in de Memorie van Toelichting aangegeven wat hij met dat advies heeft gedaan. Ik zal mij echter beperken tot de kritiek van de Raad van State, voor zover die betrekking heeft op de invoering van het wettelijke bewijsvermoeden. Ook zal ik ingaan op de reactie van de minister van justitie op die kritiek.

5.7.1 ´Vrijwel onbeperkte omkering van de bewijslast´

De Raad van State spreekt van een ‘vrijwel onbeperkte omkering van de bewijslast’. Het conceptwetsvoorstel eist niet dat er sprake is van een ´criminal lifestyle´. De Raad van State is van mening dat de voorgestelde regeling daardoor verder gaat dan de Engelse. De enkele vaststelling dat het aannemelijk is dat naast het gronddelict ook andere strafbare feiten ertoe hebben geleid dat de betrokkene voordeel heeft genoten is volgens de Raad van State niet voldoende. Enige strafbare betrokkenheid bij de andere feiten is niet vereist en daarom zou de basis voor een omkering van de bewijslast te smal zijn.
De Raad merkt voorts op dat het geldende Nederlandse recht al elementen kent die lijken op het Engelse recht. Een ontnemingsmaatregel kan worden gebaseerd op een veroordeling wegens het deelnemen aan een criminele organisatie en zich uitstrekken over de jaren dat deze deelname heeft geduurd. Dat is een grondslag die mogelijkerwijs overeenkomt met de vaststelling van een ´criminal lifestyle´.
In het Verenigd Koninkrijk kan sprake zijn van een ‘criminial lifestyle’ indien een misdrijf, dat als lucratief kan worden aangemerkt, opgenomen is op een daarvoor bestemde lijst. De minister van justitie is echter van mening dat het niet noodzakelijk is om strafbare feiten aan te wijzen waarvan kan worden gezegd dat zij als lucratief kunnen worden gezien en waarvan dus kan worden gezegd dat sprake is van een ´criminal lifestyle´. Het vereiste dat een feit bedreigd wordt met een geldboete van de vijfde categorie volstaat. Dat vereiste omvat lucratieve en tevens zware misdrijven, zonder dat er op

voorhand misdrijven worden uitgesloten.[91]
Voorts wijst de minister van justitie op het vierde lid van art. 36e Sr, zoals dat lid in het wetsvoorstel is opgenomen. Het voorgestelde bewijsvermoeden werkt in principe terug tot zes jaar. Deze termijn kan echter op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van de betrokkene verkort worden ter bescherming van de betrokkene. De Raad van State wees er in zijn advies op dat het past bij de positie van de rechter in het Nederlandse strafrecht dat de rechter ook ambtshalve van deze termijn moeten kunnen afwijken. Dit advies is overgenomen in het wetsvoorstel. Het wettelijk bewijsvermoeden kan op grond van art. 36e lid 4 Sr buiten werking worden gesteld, indien toepassing daarvan tot apert onrechtvaardige resultaten zou leiden. De minister van justitie is van mening dat de positie van de betrokkene op die manier voldoende gewaarborgd wordt. De Raad van State spreekt echter van een 'vrijwel onbeperkte omkering van de bewijslast'. De Raad van State is van mening dat het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens, gelet op de rechtspraak van het EHRM, binnen redelijke grenzen dient te blijven. Er moet in de wet worden voorzien in voldoende procedurele waarborgen. De Raad zegt dat een bewijsvermoeden op zijn plaats kan zijn, indien aannemelijk is dat een gedraging niet op zichzelf staat en degene die de bewijsopdracht krijgt, in de beste positie is om het (tegen-) bewijs te leveren. Dat kan echter bij het huidige wetsvoorstel volgens de raad niet verzekerd worden. Daar komt bij dat het vermoeden in principe ziet op een lange periode van zes jaar. De minister van justitie is hierdoor echter niet overtuigd en wijst nogmaals op de bescherming van art. 36e lid 4 Sr.

5.9 Vraagtekens bij het wetsvoorstel

De Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel tracht, zoals hierboven aan bod is gekomen, de voorgestelde wijzigingen te verduidelijken. Er kunnen echter nog enkele vragen worden gesteld bij dit wetsvoorstel, bijvoorbeeld in hoeverre dit wetsvoorstel bestaande bewijsproblemen zou kunnen oplossen. En in hoeverre het voorgestelde bewijsregime afwijkt van het huidige. Verder is van belang om de precieze meerwaarde van het voorgestelde bewijsregime ten opzichte van het huidige in kaart te brengen. Ook in verband met de onschuldpresumptie kunnen belangrijke vragen worden gesteld bijvoorbeeld: 'Hoe verhoudt de nieuwe regeling zich met de onschuldpresumptie?' of 'Bevat de nieuwe regeling voldoende waarborgen voor de betrokkene?'.
Om een zo volledig antwoord te kunnen geven op deze vragen is het van belang om het Engelse recht uitgebreid onder de loep te nemen. Het Engelse recht is immers de inspiratiebron geweest voor het wetsvoorstel (voor zover dat betrekking heeft op de aanpassing van het bewijsregime). Een vergelijking tussen beiden regelingen is hierbij noodzakelijk. Het Engelse recht zal dan ook in de komende hoofdstukken aan bod komen. Ook daar zal voornamelijk worden gekeken naar het bewijs in ontnemingszaken, mede in het licht van art. 6 EVRM.

---

[91] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 4, p. 8.

5.10 Samenvatting en conclusie

Het wetsvoorstel strekt ertoe de mogelijkheden voor voordeelsontneming te verruimen. Het Engels recht word ter inspiratie gebruikt met name met betrekking tot de wettelijke bewijsvermoedens. In het geval dat de ontnemingsvordering verband houdt met een veroordeling wegens een zwaar en potentieel lucratief misdrijf wordt ervan uitgegaan dat alle uitgaven die de veroordeelde in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf heeft gedaan, wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. Ook ten aanzien van voorwerpen die in de periode van zes jaren voorafgaande aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren, wordt er vanuit gegaan dat zij wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. De veroordeelde zal daarbij in de gelegenheid worden gesteld om aannemelijk te maken dat hij zijn vermogen op legale wijze heeft verkregen.
De Raad van State heeft in zijn rapport een aantal kanttekeningen geplaatst. De Raad spreekt van een ‘vrijwel onbeperkte omkering van de bewijslast’, omdat de voorgestelde regeling verder gaat dan de Engelse regeling. Het hebben van een ‘criminal lifestyle’ vormt geen vereiste en het wetsvoorstel kan niet verzekeren dat diegene die de bewijsopdracht krijgt in de beste positie is om het (tegen-)bewijs te leveren. Voordat er kritisch naar het wetsvoorstel kan worden gekeken is het van belang dat het Engelse recht bestudeerd wordt.

Hoofdstuk 6:
Hoe is het ontnemingsrecht in Engeland geregeld?

6.1 Inleiding

Om een goed beeld te kunnen krijgen van het wetsvoorstel, dat deels geïnspireerd is op het Engelse recht is het van belang om het Engelse ontnemingsrecht onder de loep te nemen. Net als bij de bespreking van het Nederlandse ontnemingsrecht, zal in dit hoofdstuk als eerste de doestelling en het karakter van de Engelse ontnemingswetgeving aan de orde komen. Voorts zal er kort iets worden gezegd over de procedure. In Engeland kan voordeel worden ontnomen op grond van het specifieke of het algemene criminele gedrag van de betrokkene. Vooral de ontneming op grond van het algemene criminele gedrag, waarvoor een 'criminal lifestyle' een vereiste is, is in het kader van mijn onderzoek van belang. Als laatste zal kort worden ingegaan op het begrip 'voordeel'.

6.2 Doelstelling en karakter ontnemingswetgeving

In 1986 werd in Engeland de Drug Trafficking Offences Act ingevoerd.[92] Het parlement erkende dat het voordeel dat behaald werd met drugshandel zo groot was, dat de afschrikkende werking van zelfs lange gevangenisstraffen te verwaarlozen was. De veroordeelde wist immers dat hij weer direct over zijn geld kon beschikken op het moment dat hij zijn straf had uitgezeten. Bestaande instrumenten om voordeel te ontnemen bleken niet adequaat [93] Directe aanleiding voor het opstellen van de wet was een zaak uit 1978 bekend onder de naam 'Operation Julie'.[94] Er kon ongeveer 750.000 pond aan vermogen worden opgespoord, dat verkregen was door middel van drugshandel. De Engelsen maakte een 'forfeiture order' ter hoogte van dat bedrag. Doordat de bestaande wetgeving op dat gebied echter niet adequaat was, kon het voordeel niet worden ontnomen en moest het worden teruggegeven aan de daders. Ter voorkoming van soortgelijke gevallen werd de Drug Trafficking Offences Act ingevoerd.

Aanvankelijk was de ontnemingswetgeving alleen bedoeld voor zaken met betrekking tot drugshandel. Later kwam er ook een wet voor zaken die niet drugs gerelateerd waren, namelijk de Criminal Justice Order 1988. In 1994 werd de Drug Trafficking Offences Act vervangen door de Drug Trafficking Act 1994. In 2002 werd de Proceeds of Crime Act (POCA) ingevoerd. Deze wet zorgde ervoor dat niet langer onderscheid werd gemaakt tussen drugs gerelateerde delicten en delicten die geen betrekking hebben op drugshandel. De Serious Crime Act 2007 bracht enkele wijzigingen met zich mee voor de Proceeds of Crime Act. Deze wijzingen hebben vooral betrekking op de uitbreiding van bestaande bevoegdheden met betrekking tot de opsporing.[95]

---

[92] T. Millington & M. Sutherland Williams, *The proceeds of crime,* Oxford: Oxford University Press 2006, p. 2.
[93] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 2.
[94] *R v Cuthbertson* [1981] A.C. 470.
[95] Zie het derde hoofdstuk van de Serious Crime Act 2007.

Hoewel een 'confiscation order' als een 'penalty' moet worden beschouwd in de zin van art. 7 EVRM is het primaire doel van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel naar Engels recht het herstel in de rechtmatige toestand.[96] De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel is aan te merken als een strafrechtelijke maatregel. Lord Chief Justice zegt in '*Benjafield and others'* dat de ontnemingsmaatregel deel uit maakt van de strafoplegging en volgt op de veroordeling in de hoofdzaak.[97] De rechter stelt het bedrag vast dat kan worden ontnomen. Dat bedrag representeert het voordeel dat de betrokkene heeft genoten uit de door hem gepleegde strafbare feiten.[98] Uitgangspunt is dat het door de rechter vastgestelde voordeel overeenkomt met het bedrag dat wordt ontnomen, maar er kan rekening worden gehouden met de draagkracht van de betrokkene.[99] Indien de betrokkene niet betaalt zal hij in hechtenis worden genomen. De duur van de vervangende hechtenis is afhankelijk van het te ontnemen bedrag. Het varieert van 7 dagen (in geval van betalingsverplichtingen tot 200 pond) tot 10 jaar (in geval van betalingsverplichtingen vanaf 1 miljoen pond).[100]

6.3 Aparte Procedure

De Crown Court is in Engeland bevoegd om de maatregel van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel op te leggen. De Magistrates' Court was voor de inwerkingtreding van de Proceeds of Crime Act ook bevoegd, maar met de inwerkintreding van de Proceeds of Crime Act is die bevoegdheid komen te vervallen. Indien een Magistrate' Court tot een veroordeling komt, maar de strafoplegging over laat aan een Crown Court is ontneming ook mogelijk. Voorts kan op grond van art. 70 POCA een Magistrates' Court door de prosecutor verzocht worden de zaak te verwijzen naar de Crown Court in het geval dat er sprake is van een voornemen ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

De ontnemingsmaatregel kan alleen worden opgelegd indien de betrokkene voor enig strafbaar feit is veroordeeld. Er vindt dan ook in eerste instantie een procedure in de hoofdzaak plaats. Daarna zal een ontnemingsprocedure plaatsvinden. Deze ontnemingsprocedure kan onmiddellijk volgen nadat de verdachte is veroordeeld. In de praktijk komt dit echter niet vaak voor. De meeste ontnemingszaken zijn te complex. De ontnemingszitting kan worden uitgesteld voor een periode van ten hoogste twee jaar (*to postpone*). In uitzonderlijke gevallen kan die termijn verlengd worden. In die tijd wordt onderzoek gedaan naar de financiële geschiedenis van de betrokkene. Gedurende de ontnemingsprocedure kan materiaal naar boven komen dat de strafmaat kan verlichten of juist kan verzwaren.[101] Er kan dan ook worden besloten om pas tot strafoplegging in de hoofdzaak over te gaan,

---

[96] EHRM 9 februari 1995, *NJ* 1995, 606 (Welch).
[97] *R. v. Benjafield* [2002] UKHL 2.
[98] Explanatory Notes to Proceeds of Crime Act 2002, p. 1.
[99] B. Vettori, *Though on criminal welth*, Dordrecht: Springer 2006, p. 104.
[100] K. Bullock e.a., *Examining attrition in confiscating the proceeds of crime,* The Research, Development and Statistics Directorate 2009, p. 20.
[101] *Ayensu and Ayensu* [1982] 4 Cr.App.R. (S) 248 en *Callan* [1994] 98 Cr. App.R. 467.

nadat de ontnemingsprocedure heeft plaatsgevonden (art. 14 en art. 15 POCA). Deze volgorde is zelfs gewenst, aangezien de rechter rekening moet houden met de uitkomst van de ontnemingsprocedure in het geval dat bijvoorbeeld een boete in de hoofdzaak wordt opgelegd (art. 13 lid 2 POCA).[102]

6.4 Twee varianten voor voordeelsontneming

In het Engelse recht worden twee vormen van crimineel gedrag onderscheiden, namelijk specifiek crimineel gedrag en algemeen crimineel gedrag. Volgens artikel 76 van de Proceeds of Crime Act profiteert een persoon van zijn gedragingen indien hij geld of goederen verkrijgt als resultaat van die gedragingen of als de verkrijging van die goederen in verband staat met die gedragingen.

6.4.1 Specifiek crimineel gedrag

De feiten waarvoor de verdachte is veroordeeld in de hoofdzaak vallen onder het specifieke criminele gedrag van de verdachte. Ook feiten die door de rechter worden meegenomen in de bepaling van de straf vallen onder het specifieke criminele gedrag van de verdachte. Indien de verdachte uit deze feiten voordeel heeft genoten dan zal de ontneming ook rechtstreeks betrekking hebben op deze bewezen verklaarde feiten.[103] Het voordeel zal per feit afzonderlijk berekend worden.

6.4.2 Algemeen crimineel gedrag

Onder algemeen crimineel gedrag wordt elk crimineel gedrag van de betrokkene verstaan, ongeacht wanneer de criminele gedragingen zich hebben voorgedaan en ongeacht of het gedrag ooit onderwerp is geweest van een strafrechtelijke vervolging (art. 76 POCA). Onder het algemene criminele gedrag van de betrokkene valt dus ook zijn specifieke criminele gedrag. Voor de berekening van het voordeel uit algemeen crimineel gedrag, zal de rechter de financiële geschiedenis van de betrokkene moeten onderzoeken. Er zal een uitgebreide voordeelanalyse gemaakt moeten worden.[104] Voorwaarde voor ontneming op basis van het algemene criminele gedrag van een betrokkene is dat de rechter vaststelt dat sprake is van een ‘criminal lifestyle’. Indien de rechter oordeelt dat geen sprake is van een ‘criminal lifestyle’ dan kan ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel alleen nog plaatsvinden op grond van het specifieke criminele gedrag van de betrokkene.[105]

6.5 ‘Criminal lifestyle’

In art. 75 van de Proceeds of Crime Act is een opsomming gegeven van de gevallen waarin sprake is van een ‘criminal lifestyle’. Ten eerste kan de rechter oordelen dat de betrokkene er een criminele levenswijze op na houdt indien de betrokkene feiten heeft begaan die worden gepleegd met het oog op geldelijk gewin, zoals drugshandel, witwassen, mensenhandel, wapenhandel etc. Deze misdrijven zijn naar hun aard immers geschikt om enorme winsten te behalen. Deze misdrijven zijn opgenomen in

---

[102] R. Fortson, *Misuse of drugs*, London: Sweet & Maxwell 2005, p. 517-520.
[103] Explanatory Notes to Proceeds of Crime Act 2002, p. 1.
[104] Fortson 2005, p. 511.
[105] Explanatory Notes to Proceeds of Crime Act 2002, p. 1.

lijst twee van de POCA en worden ook wel 'lifestyle offences' genoemd. Ook zware misdrijven als terrorisme staan op deze lijst. Niet alleen het plegen van deze feiten, maar ook andere deelnemingsvormen vallen onder de reikwijdte van lijst twee (zie het tiende lid bij lijst twee). Voorts kan sprake zijn van een criminele levenswijze als de gedraging deel uitmaakt van een loopbaan aan criminele activiteiten. Een gedraging maakt deel uit van criminele loopbaan in het geval dat de betrokkene voordeel heeft genoten uit dat strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld en in diezelfde procedure tevens is veroordeeld voor drie of meer andere feiten waaruit voordeel is genoten. In dat geval liggen er dus meer afzonderlijke feiten (ten minste vier), waaruit voordeel is genoten, aan de ontnemingsvordering ten grondslag. Uit elk feit moet voordeel zijn genoten. Het behaalde voordeel moet samen meer dan 5000 pond bedragen. Ad informandum gevoegde feiten gelden niet als afzonderlijk feit, maar kunnen wel gebruikt worden om aan de minimumeis van 5000 pond te komen.[106] Indien de betrokkene in een periode van zes jaar voorafgaande aan de procedure in de hoofdzaak in ten minste twee andere zaken is veroordeeld voor een feit, waaruit de betrokkene voordeel heeft genoten, kan er ook gesproken worden van 'a course of criminal activity'. Ook hier geldt dat het voordeel totaal meer dan 5000 pond moet bedragen.

Ten derde kan een 'criminal lifestyle' worden aangenomen indien een feit is gepleegd dat zich over een periode van ten minste zes maanden heeft uitgestrekt en het behaalde voordeel hoger is dan 5000 pond. Het behoeft slechts te gaan om één feit en niet om een serie van vergelijkbare feiten. Het dealen van drugs valt dus niet onder deze categorie (dat neemt niet weg dat drugshandel is opgenomen in schema 2 van de POCA). De samenzwering om drugs te leveren kan zich bijvoorbeeld wel uitstrekken over een aantal maanden en kan dus onder deze categorie komen te vallen. Ook fraude kan bijvoorbeeld onder deze categorie vallen.
Indien de rechter van mening is dat sprake is van een 'criminal lifestyle' dan *moet* de rechter uitgaan van een aantal wettelijke bewijsvermoedens Deze wettelijke bewijsvermoedens zullen in het volgende hoofdstuk aan bod komen.

6.6 Het begrip voordeel

In artikel 76 lid 4 POCA is de definitie van het begrip voordeel opgenomen: '*A person benefits from conduct if he obtains property as a result of or in connection with the conduct*'. Het verkregen vermogen moet dus het resultaat zijn of in verband staan met het criminele gedrag van de betrokkene, alvorens het als voordeel kan worden aangemerkt. Vervolgprofijt wordt ook onder voordeel gerekend. In dat geval staat het verkregen vermogen in verband met het criminele gedrag van de betrokkene.[107] Een persoon kan bijvoorbeeld een gestolen auto verkopen en de opbrengst daarvan (met een beetje geluk) verdubbelen in het casino. Ook het gewonnen geld staat in verband met de criminele gedraging.

---

[106] Fortson 2005, p. 539.
[107] Fortson 2005, p. 542.

Zonder de opbrengst van de gestolen auto had die persoon immers zijn geld niet kunnen inzetten in het casino.
Onder 'property' wordt ten eerste geld verstaan (art. 84 lid 1 POCA). Ten tweede gaat het om alle vormen van reëel en persoonlijk eigendom (zoals sierraden, auto´s, kleding etc.). Ten derde betreft het alle bewegende vermogensbestanddelen (bijvoorbeeld pensioen en aandelen) en andere immateriële zaken. In art. 84 lid 2 POCA is bepaald dat vermogen wordt verkregen in het geval dat de betrokkene een belang verkrijgt in dat vermogen. Daaronder valt mede bijvoorbeeld het recht op eigendom, aangezien je in dat geval aanspraak op het vermogen kan maken. Maar wanneer verkrijg je nu precies een belang in het vermogen (*obtains an interest in it*)? Bijvoorbeeld: een vrachtwagenchauffeur ontvangt 10.000 euro voor het vervoeren van twee ton hennep. De straatwaarde van de hennep ligt echter vele malen hoger. De vraag is of alleen het geld dat de vrachtwagenchauffeur heeft gekregen als voordeel kan worden aangemerkt of dat de gehele straatwaarde als voordeel kan worden gezien. In de zaken Simons and Simpson (onder de DTA) is bepaald dat alle betalingen die zijn ontvangen door de persoon die deelneemt aan drugshandel gerelateerde zaken als voordeel kunnen worden aangemerkt.[108] Het gaat dan ook om de waarde van de betaling of beloning aan de betrokkene.[109]

6.7 Samenvatting en conclusie

De POCA werd in 2002 ingevoerd en zorgde ervoor dat niet langer onderscheid werd gemaakt tussen drugsgerelateerde delicten (DTA 1994) en delicten die geen betrekking hebben op drugshandel (CJO 1988). De ontnemingsmaatregel kan, evenals in Nederland, worden beschouwd als een strafrechtelijke maatregel met als doel het herstel van de rechtmatige toestand in financieel opzicht.

In Engeland kunnen twee varianten van voordeelsontneming worden onderscheiden, namelijk specifiek crimineel gedrag en algemeen crimineel gedrag. Voorwaarde voor ontneming op basis van het algemene criminele gedrag is dat de rechter vaststelt dat sprake is van een 'criminal lifestyle'. Daarvan is sprake indien de betrokkene voordeel heeft behaald uit een feit dat is opgenomen in lijst twee van de POCA. Ook indien sprake is van een criminele loopbaan of het feit zich heeft uitgestrekt over een periode van ten minste zes maanden kan een 'criminal lifestyle' worden aangenomen. Indien wederrechtelijk verkregen voordeel ontnomen kan worden op grond van het algemene criminele gedrag van een betrokkene brengt dat het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens met zich mee. Deze vermoedens zullen in het volgende hoofdstuk aan bod komen.

[108] Simons [1994] 98 Cr.App.R.100 en Simpson [1998] 2 Cr.App.R.(S) 111.
[109] Fortson 2005, p. 544-545.

Hoofdstuk 7
Hoe is het bewijs in Engelse ontnemingszaken geregeld?

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op het bewijs in de ontnemingsprocedure in het Verenigd Koninkrijk. Als eerste zullen de vier wettelijke bewijsvermoedens besproken worden. Daarna zal er worden ingegaan op de verdeling danwel de omkering van de bewijslast zoals die plaatsvindt in Engeland. Ook zal een aantal bewijsproblemen de revue passeren.

7.2 Het Engelse bewijsrecht

De maatstaf voor de bewijswaardering is in reguliere Engelse strafzaken streng. Het bewijs moet er namelijk voor zorgen dat 'beyond reasonable doubt' komt vast te staan dat de verdachte het misdrijf heeft begaan. In het ontnemingsrecht wordt echter een andere bewijsstandaard gehanteerd. Voordeel kan worden ontnomen op basis van het specifieke criminele gedrag en het algemene criminele gedrag. Voorwaarde voor ontneming op basis van het algemene criminele gedrag is dat eerst bepaald dient te worden of de betrokkene een 'criminal lifestyle' heeft. Indien de rechter geen 'criminal lifestyle' aanneemt is ontneming alleen mogelijk op basis van het specifieke criminele gedrag van de betrokkene. De rechter bepaalt of de betrokkene een 'criminal lifestyle' heeft aan de hand van een aantal vaststaande gegevens, zoals de veroordeling voor een 'lijstfeit'. Hierdoor kan het hebben van een 'criminal lifestyle' 'beyond reasonable doubt' komen vast te staan. In zoverre is nog geen sprake van een andere beswijsstandaard, maar vervolgens moet de 'recoverable amount on a balance of probabilities' zijn. Met andere woorden moet de hoogte van het te ontnemen voordeel aannemelijk zijn gemaakt. De bewijsstandaard is dan ook 'on a balance of probabilities' voor wat betreft de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het betreft een civiele bewijsstandaard.
In de begintijd van de Drug Trafficking Offences Act werd gedacht dat er geen sprake kon zijn van een bewijslast, aangezien de ontnemingsprocedure alleen plaats kon vinden nadat 'beyond reasonable doubt' was komen vast te staan dat de verdachte schuldig was aan drugshandel. Het karakter van de ontnemingsprocedure was niet accusatoir, maar de Crown Court was gehouden onderzoek te doen. Een bewijslast hoort daar in principe niet bij. Dit beeld veranderde naar aanleiding van de zaak R. v Dickens.[110] Hierin werd door het Court of Appeal bepaald dat de bewijslast op de prosecutor rust. Het is aan de prosecutor om aan te tonen dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen en voorts zal hij ook aannemelijk moeten maken hoeveel dat voordeel bedraagt. De bewijsstandaard die gehanteerd moest worden was strafrechtelijk. Door de invoering van de Drug Trafficking Act 1994 werd de bewijsstandaard echter civielrechtelijk. Dit werd opgenomen in art. 2 lid 8 DTA.[111]

---

[110] *R v Dickens* [1990] 93 Cr App R 233.
[111] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 174-175.

In R v Levin bevestigde het Court of Appeal dat de bewijsstandaard in ontnemingsprocedures civielrechtelijk is.[112] Het Court of Appeal erkende dat de ontnemingsprocedure 'criminal in nature' is en dat de ontnemingsprocedure dus een strafrechtelijke procedure is. Desondanks zijn de regels betreffende het bewijs in het burgerlijk recht in die procedure opgenomen en van toepassing. Dat brengt met zich mee dat de rechter net zoals in het strafrecht het bewijs dat tijdens de procedure in de hoofdzaak aan bod is gekomen mag meenemen in zijn beslissing, maar ook andere informatie mits die rechtmatig is verkregen. De informatie mag zowel voor als na de procedure in de hoofdzaak verkregen zijn. Zelfs bewijs dat werd uitgesloten in de hoofdzaak mag meegenomen worden in de beslissing van de rechter in de ontnemingsprocedure. Het gaan dan veelal om 'hearsay evidence'. In de hoofdzaak wordt 'hearsay evidence' vaak uitgesloten. In de ontnemingsprocedure kan dat bewijs echter wel worden meegenomen en is het aan de rechter om te bepalen welke waarde hij hecht aan de verklaringen van horen zeggen. De verdediging voerde het verweer dat er wel een wettelijke grondslag moest zijn voor de bewijsregels in de ontnemingsprocedure in het geval dat deze anders waren dan de bewijsregels in reguliere strafzaken. Het Court of Appeal merkte op dat er al een tijd een wettelijke grondslag voor was en wel art. 27 van de Criminal Justice Act 1993. Hierin staat dat de 'standard of proof should be that in civil proceedings'. Hierdoor is het procedurele landschap volgens het Court of Appeal veranderd in een terrein waarop de bewijsstandaard civielrechtelijk is (1); en de rechter verstrekkende bewijsvermoedens moet hanteren (2); en de rechter van de betrokkene mag verlangen dat hij informatie verstrekt en indien de betrokkene dat niet doet de rechter daaraan consequenties mag verbinden (3) en dat de rechter mag uitgaan van het bewijs dat tijdens de procedure in de hoofdzaak is aangevoerd, evenals van andere informatie die voor of na de procedure is aangebracht om het wederrechtelijk verkregen voordeel vast te stellen (4). Deze veranderingen waren volgens het Court of Appeal bedoeld om de ontnemingsprocedure te onderscheiden van de strafrechtelijke procedure.[113]

Geconcludeerd kan worden dat de civielrechtelijke bewijsmaatstaf een lichtere maatstaf is dan de strafrechtelijke bewijsmaatstaf. De maatstaf 'beyond reasonable doubt' is immers niet aan de orde, maar de maatstaf is 'on a balance of probabilities'. Voorts mag er ook andere informatie ten grondslag liggen aan de beslissing van de rechter en mag zelfs bewijs dat is uitgesloten in de procedure in de hoofdzaak meegenomen worden in de beslissing.

7.3 De wettelijke bewijsvermoedens

In het ontnemingsrecht *moet* de rechter dus een viertal wettelijke bewijsvermoedens hanteren. Zoals in het vorige hoofdstuk aan bod is gekomen is het hebben van een 'criminal lifestyle' daarvoor wel een vereiste. Het aannemen van deze vermoedens is verplicht, tenzij de betrokkene aantoont dat een van de vermoedens niet correct is of dat de aanname van een van deze vermoedens zou leiden tot een 'serious

---

[112] *R v Levin* The Times, 20 February 2004.
[113] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 174-175.

risk of injustice'.[114] De rechter kan op basis van deze vermoedens beslissen *of* de betrokkene voordeel heeft verkregen uit zijn criminele gedrag en voorts hoeveel dit voordeel bedraagt. Er bestaat een zekere overlap tussen de verschillende bewijsvermoedens. Hier zal in paragraaf 7.7 op worden ingegaan.

7.3.1 Het eerste vermoeden (property transferred to the defendant)

Het eerste vermoeden houdt in dat alle vermogensbestanddelen aan de betrokkene overgedragen in de periode van zes jaar voorafgaand aan het begin van de strafrechtelijke vervolging door hem werden verkregen als gevolg van zijn criminele gedragingen. Het gaat hier om vermogensbestanddelen die de betrokkene in die zes jaar heeft gehad, maar inmiddels niet meer tot zijn beschikking heeft.[115] Het is aan de prosecutor om aannemelijk te maken dat de betrokkene het vermogen tot zijn beschikking heeft gehad. De vermogensbestanddelen 'will be assumed to be obtained at the earliest time he appears to have held it' (art. 10 lid 2 POCA). Dat vereiste is in de wet opgenomen, omdat men bij de totstandkoming van de DTA er vanuit ging dat het wellicht lastig zou zijn om aannemelijk te maken wanneer de betrokkene de vermogensbestanddelen daadwerkelijk tot zijn beschikking heeft gekregen, maar dat het waarschijnlijk makkelijker zou zijn om aannemelijk te maken dat de betrokkene de vermogensbestanddelen tot zijn beschikking heeft of heeft gehad. Een betrokkene kan bijvoorbeeld in 2005 een bedrag van 10.000 pond op zijn bankrekening hebben gestort. Vanaf dat moment staat vast dat hij dat geldbedrag tot zijn beschikking heeft. Het kan echter zo zijn dat de betrokkene dat geld al een hele tijd thuis heeft liggen en pas na een paar jaar op zijn bankrekening heeft gestort. De precieze datum dat de betrokkene het geld heeft verkregen kan lastiger te achterhalen zijn.[116] Om die reden wordt het vermogen vermoed te zijn verkregen 'at the earliest time he appears to have held it'.
In theorie kan dit zijn vanaf het moment dat de betrokkene is geboren. Het vereiste is ingevoerd door het parlement met het idee dat de betrokkene de aangewezen persoon is om uit te leggen hoe hij aan het vermogen is gekomen. Hij is het die het eenvoudigst met documenten of met ander bewijs dat het vermogens legaal is verkregen over de brug kan komen. Het wordt echter lastiger in het geval waarin het vermogen wordt overgedragen aan een derde. Als bijvoorbeeld een drugshandelaar gevraagd wordt om te bewijzen dat vermogen dat hij tot zijn beschikking heeft gehad niet het resultaat was van drugshandel, hoe lang kan dan van hem verwacht worden dat hij de nodige papieren onder zich houdt en hoe lang kan van hem verwacht worden dat hij contact blijft houden met de mensen die zijn verhaal kunnen bevestigen? De regering heeft, op het moment dat Drug Trafficking Offences Bill in 1986 werd besproken, bepaald dat deze termijn op zes jaar moet worden gesteld. Het is niet redelijk is om van een betrokkene te verwachten dat hij langer dan zes jaar al zijn documenten bewaart. Voorts

---

[114] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 288-289.
[115] R. Fortson, 'Confiscation Orders and the Proceeds of Crime Act 2002', 14 juni 2008, p.29. <*www.rudifortson4law.co.uk/.../Confiscation_orders_and_POCA2002_Rudi_Fortson_handout_v6.pdf*>
[116] R. Fortson, *Misuse of Drugs and Drug Trafficking Offences,* Londen: Sweet & Maxwell 2002, p. 538.

geniet de betrokkene ook bescherming van art. 10 lid 6 POCA (hierover later meer). In eerste instantie was het de bedoeling om de termijn op vijf jaar te stellen, maar er werd voor gekozen om aan te sluiten bij de Finance Act, waarin een bewaarplicht voor zes jaar geldt. Een langere periode zou de bewijslast die op de verdediging ligt onacceptabel maken, omdat veel betrokkenen na vele jaren niet meer de beschikking hebben over de juiste documenten om aan te tonen dat het bezit een legale herkomst had.[117] Het kan echter voorkomen dat de ontnemingsprocedure twee jaar in beslag neemt. In dat geval hebben de vermoedens betrekking op acht jaar in plaats van zes jaar. Dit is om te voorkomen dat er vermogen in een soort 'time gap' komt te zitten (tussen de aanvang van de procedure in de hoofdzaak en het einde van de ontnemingsprocedure).[118]
Art. 84 lid 2 sub b POCA bepaalt dat 'property is held by a person if he holds an interest in it'. De rechter mag er op dat moment vanuit gaan dat de vermogensbestanddelen, waarvan is vast komen te staan dat de betrokkene die tot zijn beschikking heeft gehad, een beloning of betaling inhouden voor bijvoorbeeld de handel in drugs. Er kunnen meer personen zijn die een 'interest' in hetzelfde goed hebben, bijvoorbeeld in het geval een mededader nog recht heeft op de helft van de opbrengst of indien je gezamenlijk eigenaar bent van een huis. Voorts kan een dief zijn spullen vaak niet tegen de marktprijs verkopen, zodat de opbrengst van de gestolen goederen gelijk is aan zijn 'interest' in die goederen.

7.3.2. Het tweede vermoeden (property held by the defendant)

Ten tweede wordt vermoed dat alle vermogensbestanddelen die de betrokkene na de veroordeling in de hoofdzaak tot zijn beschikking heeft, zijn verkregen uit zijn criminele gedrag. Het gaat om de bezittingen die de betrokkene tot zijn beschikking heeft, ongeacht de datum waarop deze bezittingen zijn verkregen. Dit vermoeden is niet gebonden aan een periode van zes jaar, waardoor het tweede vermoeden een zeer ruim bereik lijkt te hebben. [119] Indien een betrokkene bijvoorbeeld twintig jaar geleden een huis heeft gekocht en na de veroordeling in de hoofdzaak nog steeds de eigenaar is van dat huis, wordt het huis vermoed te zijn bekostigd met geld verkregen uit crimineel gedrag.
Het is echter aan de prosecutor om aannemelijk te maken dat vermogensbestanddelen die buiten de periode van zes jaar vallen verkregen zijn uit het criminele gedrag van de betrokkene. De rechter houdt rekening met het feit, dat het voor de betrokkene moeilijk is om buiten die periode met documenten op de proppen te komen. Zijn falen zegt meer over zijn onkunde dan over zijn criminele betrokkenheid.[120] Hierdoor wordt het bereik van het tweede vermoeden beperkt. Toch wordt het tweede vermoeden niet gelimiteerd door een periode van zes jaar, aangezien het in sommige gevallen kan voorkomen dat de

---

[117] Hansard, February 18, 1986; col. 207,208.
[118] Fortson 2005, p. 561-564.
[119] *Brett, The Times*, October 13, 1997 and *Chrastny* No.2 (1991) 93 Cr.App.R.406; *Bentham and Clarke* (1997) 2 Cr.App.R.(S.) 99.
[120] Fortson 2002, p. 541.

prosecutor aannemelijk kan maken dat de betrokkene buiten de periode van zes jaar voordeel heeft genoten en het redelijkerwijs van de betrokkene kan worden verwacht dat hij tegenbewijs levert buiten de periode om. Aangezien het vermogen niet aan een derde is overgedragen, zou het voor de betrokkene makkelijker moeten zijn om met documenten te komen, die aannemelijk kunnen maken dat het vermogen een legale herkomst heeft. Wellicht kan daarom onder bepaalde omstandigheden meer van de betrokkene mogen worden verwacht. Getracht wordt dus de maatregel een ruim toepassingsbereik te geven, maar niet ten koste van de betrokkene. Van de betrokkene moet redelijkerwijs kunnen worden verwacht met documenten op de proppen te komen.

7.3.3 Het derde vermoeden (expenditure)

Ten derde worden alle uitgaven, die de betrokkene heeft gedaan in de zes jaar voorafgaande aan de procedure in de hoofdzaak, geacht gedaan te zijn met geld dat de betrokkene heeft verkregen uit zijn criminele gedrag. Het uitgangspunt is dat de uitgaven die door de betrokkene zijn gedaan eerder behaald voordeel is.[121]

7.3.4 Het vierde vermoeden (free of encumbrances)

Voor de waardering van de bezittingen die de betrokkene heeft verkregen (althans vermoed wordt verkregen te hebben) wordt er vanuit gegaan dat de betrokkene deze bezittingen heeft verkregen zonder enig ander belang. Indien de betrokkene bijvoorbeeld eigenaar is van een huis, wordt er vanuit gegaan dat er geen andere personen mede-eigenaar zijn. Het uitgangspunt is dat de betrokkene volledige, onbeperkte eigendom geniet.

7.4 Bewijslast

In de ontnemingsprocedure kunnen grofweg twee fasen worden onderscheiden. In de eerste fase rust de bewijslast op de prosecutor(Crown Prosecutor Service) en de Crown Court en in de tweede fase rust de bewijslast op de betrokkene.

7.5 Fase 1

Het is, zoals hierboven betoogd, in eerste instantie aan de officier van de justitie om zijn standpunt kenbaar te maken aan de rechter en de verdediging. Dit doet hij door het indienen van een ‘statement of information’ (art. 16 POCA). Indien hij van mening is dat de betrokkene er een ‘criminal lifestyle’ op na houdt, dan moet hij dat motiveren. Voorts moet hij ook informatie aandragen ter onderbouwing van zijn standpunt dat de betrokkene voordeel heeft genoten uit zijn criminele gedragingen en verder zal hij ook aannemelijk moeten maken hoeveel dat voordeel bedraagt (art. 16 lid 3 POCA). De informatie moet relevant zijn voor de beslissing van de Crown Court of er sprake is van een ‘criminal lifestyle’ is en dus gebruik moet worden gemaakt van wettelijke bewijsvermoedens. De prosecutor zal alle uitgaven in een periode van zes jaar voorafgaand aan de procedure in de hoofdzaak in kaart

[121] Fortson 2005, p. 566.

brengen, evenals alle vermogensbestanddelen die in de periode van zes jaar aan de betrokkene zijn overgedragen en alle bezittingen die de betrokkene na de veroordeling in de hoofdzaak tot zijn beschikking heeft, ongeacht het moment waarop de bezittingen zijn verkregen. De officier brengt op die manier ook in kaart welke vermogensbestanddelen de betrokkene tot zijn beschikking heeft om aan de betalingsverplichting te voldoen. De prosecutor zal veelal een onderscheid maken tussen vermogensbestanddelen die zonder het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens als resultaat van crimineel gedrag kunnen worden gezien en vermogensbestanddelen die daarvoor een wettelijk bewijsvermoeden nodig hebben.[122] Het is vervolgens aan de rechter om te bepalen of de betrokkene een 'criminal lifestyle' heeft, of de betrokkene hier voordeel uit heeft genoten en ten slotte hoeveel dat voordeel bedraagt. Zoals we hierboven hebben gezien zal de rechter, indien er sprake is van een 'criminal lifestyle', uitgaan van enkele vermoedens. De rechter zal voorshands uitgaan van de stelling van de officier van justitie. In art. 10 lid 6 POCA is echter een bepaling opgenomen die strekt tot bescherming van de betrokkene. De rechter moet de vereiste vermoedens achterwege laten indien de betrokkene aannemelijk kan maken dat de vermoedens onjuist zijn of er sprake is van een 'serious risk of injustice' indien een van de vermoedens wordt aangenomen. Vanaf dat moment wordt een actieve opstelling van de betrokkene verlangd en rust de bewijslast op de betrokkene. Het is aan de betrokkene om de vermoedens te weerleggen. Indien de betrokkene daar (voor een gedeelte) in slaagt, zal het te ontnemen bedrag naar beneden worden bijgesteld.
Op dat moment begint de tweede fase. De betrokkene moet aannemelijke maken dat het totale vermogen dat hij op dat moment tot zijn beschikking heeft minder is dan het bedrag dat de rechter in de eerste fase heeft vastgesteld. De reden hiervoor is dat de betrokkene de persoon is die in de beste positie is om te weten hoeveel hij bezit en hoeveel zijn bezit waard is.[123] Indien de betrokkene hier niet in slaagt of het verweer van de betrokkene niet overtuigend is dan zal het bedrag dat uiteindelijk wordt ontnomen gelijk zijn aan het bedrag dat in de eerste fase door de rechter is vastgesteld, met inachtneming van art. 10 lid 6 POCA. Hieronder zal eerst worden ingegaan op de twee uitzonderingen van art. 10 lid 6 POCA, namelijk de weerlegging van de wettelijke bewijsvermoeden en de 'serious risk of injustice'. Daarna zal verder worden gegaan met de bespreking van de begrippen 'recoverable amount' en 'available amount' alvorens verder zal worden ingegaan op de tweede fase in de ontnemingsprocedure.

7.6 De weerlegging van de wettelijke bewijsvermoedens

Het weerleggen van de bewijsvermoedens vormt de eerste uitzondering. Indien de betrokkene aannemelijk kan maken dat het vermoeden dat de rechter heeft aangenomen incorrect is, dan zal de rechter het vermoeden achterwege moeten laten. De betrokkene zou aannemelijk kunnen maken dat

[122] Fortson 2005, p. 528.
[123] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 193.

het voordeel niet is verkregen uit zijn criminele gedrag. In de zaak Johnson is dit aan de orde.[124] De betrokkene had in die zaak een cheque ontvangen van 6.750 pond. Dit geld werd op de rekening van de betrokkene bijgeschreven. De cheque bleek echter niet gedekt te zijn, waardoor het bedrag werd teruggevorderd door de bank. De betrokkene had daar gehoor aangegeven en het bedrag terugbetaald aan de band. De rechter mocht op basis van de wettelijke bewijsvermoedens er vanuit gaan dat de ontvangen betaling in verband stond met de drugshandel van de betrokkene. De cheque was echter niet gedekt, waardoor deze geen enkele waarde had. De betrokkene kon op deze manier aantonen dat het vermoeden onjuist was. In diezelfde zaak ging het ook over de aankoop van een motor ter waarde van 6000 pond. De motor was grotendeels gefinancierd met een lening van een financierings-maatschappij. De rechter mocht er vanuit gaan dat de betrokkene de motor had gekregen als betaling of beloning in verband met de drugshandel, maar nu er geen bewijs was dat het geld dat was verstrekt door de financieringsmaatschappij 'tainted' was, kon dit vermoeden geen stand houden.
In de zaak Dickens is door het Court of Appeal een aantal richtlijnen gegeven over de toepassing van de eerste exceptie.[125] De vermoedens worden niet gebruikt indien ze onjuist blijken te zijn in het specifieke geval van de betrokkene. De betrokkene zal een of meerdere vermoedens moeten weerleggen. De weerlegging geschiedt 'on the balance of probabilities'. Het is aan de betrokkene om voor elke specifiek goed of uitgave aannemelijk te maken dat het niet verkregen is uit crimineel gedrag. Indien de betrokkene daarin slaagt kunnen die betreffende goederen of uitgaven niet meer beschouwd worden als opbrengst uit drugshandel. Met andere woorden, deze goederen of uitgaven vormen geen bewijs meer dat de betrokkene voordeel heeft gekregen uit drugshandel.

7.7 'Serious risk of injustice'

Een betrokkene zal in eerste instantie aannemelijk moeten maken dat de wettelijke bewijsvermoedens in zijn zaak niet correct zijn. Indien de betrokkene daar niet in slaagt, mag de rechter nog steeds geen wettelijke bewijsvermoedens hanteren indien door aanname van deze vermoedens sprake zou zijn van een 'serious risk of injustice'.[126]
De vermoedens helpen bij de beslissing van de rechter of de betrokkene voordeel heeft genoten en bij de berekening daarvan en hebben geen betrekking op de tweede fase, namelijk de bepaling van de hoogte van de ´available amount´ (zijnde het vermogen dat betrokkene ten tijde van de ontnemingsprocedure nog tot zijn beschikking heeft). In de rechtspraak wordt het verweer dat er sprake is van ´serious risk of injustice´ op dat punt vaak gevoerd, maar tevergeefs.[127]
Uit de zaak Rezvi blijkt dat er geen 'confiscation order' mag worden opgelegd, indien er niet kan worden vastgesteld dat de betrokkene daadwerkelijk voordeel heeft verkregen.[128] Wanneer er in een

---

[124] Johnson [1991] 2, Q.B. 249.
[125] *Dickens* [1990] 91 Cr.App.R. 164.
[126] *R v Benjafield & Others [2000] EWCA Crim 86 at paragraph 41(4).*
[127] Fortson 2005, p. 567-568.
[128] *Rezvi*, Re [2004] EWHC Admin.

dergelijk geval bewijsvermoedens worden aangenomen, dan is sprake van een ´serious risk of injustice´. De precieze omvang van het begrip is echter niet duidelijk. Het zou bescherming kunnen bieden tegen het risico van dubbeltelling.[129] Zo moet onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende vermoedens. Indien een man bijvoorbeeld 10.000 pond aan gestolen goederen koopt en deze goederen vervolgens voor 15.000 pond verkoopt, kan worden vermoed dat het totale voordeel 25.000 pond bedraagt (10.000 pond valt onder het derde vermoeden en 15.000 pond onder het eerste vermoeden). Het daadwerkelijke voordeel bedraagt echter 5000 pond.[130] Hier moet rekening mee worden gehouden. Indien de wettelijke bewijsvermoedens toch langs elkaar worden gehanteerd zal er sprake zijn van een 'serious risk of injustice'. Het gaat dan immers niet meer om het daadwerkelijk verkregen voordeel.

Ook kan het in sommige zaken gepast zijn een percentage van het vastgestelde bedrag op dat bedrag in mindering te brengen omdat de mogelijkheid zich voordoet dat een klein deel van het vermogen een legale bron heeft.[131] De uitzondering laat de rechter echter niet toe om bepaalde vermogensbestanddelen buiten berekening te houden op grond van persoonlijke problemen van de betrokkene.[132]

7.8 'Recoverable amount' en 'available amount'

In art. 7 van de Proceeds of Crime Act wordt beschreven wat onder de 'recoverable amount' moet worden verstaan. De 'recoverable amount' is het bedrag dat op de ´confiscation order´ staat en uiteindelijk dus zal worden ontnomen. De ´recoverable amount` is gelijk aan bedrag dat door de rechter is vastgesteld na de aanname van de meergenoemde vermoedens en de mogelijke weerlegging daarvan door de betrokkene (fase 1). De 'recoverable amount' mag de 'available amount' echter niet overschrijden, tenzij de 'available amount' nihil is. In dat geval wordt het voordeel nominaal berekend. De 'available amount' is het totaal aan waarde (op het moment dat er tot oplegging van de maatregel wordt overgegaan) van de bezittingen van de betrokkene en de totale waarde van 'tainted gifts' min de waarde van sommige al bestaande verplichtingen, zoals boetes. In het geval dat de 'recoverable amount' de 'available amount overschrijdt zal de 'recoverable amount' gelijk moeten worden gesteld aan de 'available amount'. Het begrip 'available amount' wordt onder de DTA niet gebruikt. Daar wordt gesproken over 'the amount to be realised'. Deze begrippen hebben echter dezelfde betekenis. Het is aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat hij niet voldoende vermogen heeft om de gehele omvang van het vastgestelde bedrag in de eerste fase te betalen. Hij moet aantonen dat zijn 'available amount' minder groot is dan het berekende voordeel, zodat het bedrag dat ontnomen zal worden naar beneden zal worden bijgesteld.[133] Het doel van de

---

[129] *Delaney and Hanrahan* (May 14, 1999).
[130] D. Winch, *Confiscation and criminal lifestyle,* Accounting evidence Ltd 2006, p. 3.
[131] *R v De Prince* The Times, 16 March 2004.
[132] *R v Jones* The Times, 8 august 2006
[133] *R. v. Barwick* ([2001] 1 Cr.App. R. (S) 129).

ontnemingsprocedure is ontneming van de totale waarde van het voordeel dat de betrokkene heeft verkregen. In het geval dat de betrokkene aannemelijk kan maken dat hij inmiddels niet meer de beschikking heeft over de totale waarde van het berekende voordeel, moet de rechter dus genoegen nemen met ontneming van de 'available amount'.[134] De rechter is echter bevoegd om de 'available amount' te herberekenen op het moment dat vast is komen te staan dat de verdachte een aantal jaren na de ontnemingsprocedure over meer vermogen beschikt.[135] Door het louter spenderen van het voordeel kan een betrokkene zich uiteindelijk niet ontrekken aan de ontnemingsmaatregel.
Indien de betrokkene over bezittingen beschikt, waarvan is aangetoond dat deze bezittingen niet voortvloeien uit crimineel gedrag, dan zullen deze bezittingen buiten beschouwing worden gelaten bij de berekening van het voordeel verkregen uit crimineel gedrag (fase 1). Deze bezittingen maken wel deel uit van de 'available amount' en kunnen in beslag worden genomen ter voldoening van het bedrag dat uiteindelijk ontnomen wordt ('recoverable amount').[136] Het kan voorkomen dat de ´available amount´ hoger is dan het bedrag dat in de eerste fase door de rechter is vastgesteld (bijvoorbeeld in het geval dat een betrokkene de jackpot heeft gewonnen). In dat geval zal de ´recoverable amount´ gelijk zijn aan het bedrag dat in de eerste fase is vastgesteld en niet aan de ´available amount´. Dan zou immers meer worden ontnomen dan daadwerkelijk aan voordeel is verkregen. Mocht de betrokkene een deel van zijn wederrechtelijk verkregen voordeel al gespendeerd hebben, dan kan het geld van de jackpot wel gebruikt worden ter voldoening van de 'recoverable amount'.

7.9 Fase 2

Vanaf het moment dat de rechter het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft vastgesteld (fase 1) is de betrokkene aan zet om aan te tonen dat het vermogen dat hij op het moment dat de 'confiscation order' zal worden opgelegd tot zijn beschikking heeft minder groot is dan het voordeel dat de rechter in de eerste fase heeft berekend. In deze fase heeft rust er geen bewijslast meer op de officier van justitie, maar alleen op de betrokkene. In de zaak Barwick wordt door het Court of Appeal het een en ander duidelijk gemaakt op dat punt.[137] Die zaak had betrekking op een man die in de loop der jaren drie verschillende vrouwen had opgelicht. Het ging om een aanzienlijk bedrag. De politie kon niet achterhalen waar de betrokkene zijn geld had gelaten of aan had uitgegeven en concludeerde dat hij het geld 'verstopt' had. De betrokkene verweerde zich door te zeggen dat hij veel geld was kwijtgeraakt door te gokken, maar kon dit niet aantonen. Hij ging in beroep, omdat hij het er niet mee eens was dat hij degene was die moest aantonen dat de hoogte van zijn 'available amount' (toen nog 'realiable assets' genoemd) minder was dan het vastgestelde voordeel. Het Court of Appeal maakte in die zaak duidelijk dat de bewijslast voor zover het gaat om de vaststelling van het voordeel op het

---

[134] Fortson 2005 p. 510-511.
[135] Bullock 2009, p. 5.
[136] David Winch, Confiscation and 'criminal lifestyle', Accounting evidence Ltd 2006, p. 4.
[137] *R. v. Barwick* ([2001] 1 Cr.App. R. (S) 129).

openbaar ministerie rust en dat het aan de betrokkene is om 'on a balance of probabilities' aan te tonen dat het vermogen dat hij tot zijn beschikking heeft minder is dan het vastgestelde voordeel. Het ligt volgens het Court of Appeal voor de hand dat de betrokkene stappen zal ondernemen om ervoor te zorgen dat het wederrechtelijk verkregen voordeel moeilijk is op te sporen. Nadat eenmaal is bewezen dat de betrokkene voordeel heeft verkregen, is het eerlijk en pragmatisch om de bewijslast naar de betrokkene te verschuiven, zodat hij moet aantonen dat hij niet langer beschikt over de opbrengsten uit zijn criminele activiteiten of dat de waarde van de opbrengst is afgenomen.

7.10 Bewijsproblemen

Ook in Engeland heeft men te maken met bewijsproblemen. Er zit een groot verschil tussen het voordeel dat in eerste instantie door de politie wordt berekend en het bedrag dat uiteindelijk ontnomen wordt. Dit wordt in Engeland 'attrition' genoemd. Dit probleem heeft verschillende oorzaken. Indien de betrokkene immers zijn medewerking verleent in de tweede fase, dan zal de 'recoverable amount' gelijk gesteld worden aan de 'available amount' van de betrokkene. In veel gevallen zal de betrokkene echter niet veel vermogen meer tot zijn beschikking hebben. Veel criminelen leven van dag tot dag en geven het geld dat zij verdienen meteen weer uit. De 'confiscation order' wordt veelal opgelegd in drugsgerelateerde zaken. Veel betrokkenen hebben te kampen met een drugsverslaving en geven veel van het verdiende geld weer uit aan drugs voor eigen gebruik. Voorts maakt de waarde van in beslag genomen drugs geen deel uit van het vermogen van de betrokkene. Het gaat hier om de gevallen waarin de politie het voordeel relatief eenvoudig krijgt opgespoord, maar de betrokkene uiteindelijk niet meer over het vermogen beschikt waardoor het te ontnemen bedrag alsnog naar beneden moet worden bijgesteld.
In sommige gevallen is het echter erg moeilijk vermogen van de betrokkene op te sporen. Criminelen betalen veelal met contant geld en dat laat weinig sporen na. Vermogen kan naar het buitenland verplaatst zijn of kan op andere bankrekeningen dan die van de betrokkene terecht komen.[138] Verder bestaan er problemen met de vaststelling van de marktwaarde, 'hidden assets' en 'tainted gifts'. Hieronder zullen deze problemen aan bod komen en zal ook worden ingegaan op de vraag hoe Engeland hiermee omgaat.

7.10.1 Marktwaarde

Een probleem is dat veel goederen geen vaste marktwaarde hebben. Onder marktwaarde wordt de marktwaarde verstaan in het geval dat het goed legaal was verkocht. Drugs hebben geen marktwaarde aangezien het niet legaal verkocht kan worden.[139] Dat neemt niet weg dat indien er drugs verkocht zijn er wordt aangenomen dat het bedrag dat de verkoper voor de drugs betaald heeft afkomstig is uit eerdere handel (het derde vermoeden). Ook kan gekeken worden naar de straatwaarde van drugs

[138] Bullock 2009, p.15.
[139] *R v Dore* (1997) 2 Cr App R (S) 152.

indien de betrokkene bijvoorbeeld drugs heeft ontvangen als beloning. Uit onderzoek blijkt dat de verdediging veelal met succes verweer voert ten aanzien van de waarde van een goed.[140] De waarde wordt in veel gevallen naar beneden bijgesteld. De waarde van een auto bijvoorbeeld vermindert in een korte periode. Het huis is vaak het waardevolste vermogen dat een betrokkene bezit. Vermoed zal worden dat het vermogen 'free from other interests' is verkregen (vierde vermoeden). Dit is bij huizen echter zelden het geval. Veel huizen zijn immers gekocht met een hypotheek en een betrokkene zal vaak niet alleen in een huis wonen. Er zal dan ook rekening moeten worden gehouden met het belang van zijn gezin of huisgenoten in het huis. In het geval dat de betrokkene een aandeel van 50 % in het huis heeft, dan kan de helft van de waarde van het huis vallen onder de 'available amount'. Uit onderzoek blijkt echter dat rechters vaak terughoudend zijn om het huis onderdeel te laten uitmaken van de 'available amount' indien dat betekent dat het gezin zou moeten verhuizen.[141]

In het geval van mededaders kan het voordeel worden verdeeld tussen de daders, maar het voordeel kan ook in zijn geheel worden toegeschreven aan één dader. De verdeling van het voordeel is afhankelijk van de rol die de daders hebben gespeeld in het strafbare feit. [142]

7.10.2 'Hidden assets'

Voorts bestaat het probleem van 'hidden assets'. De betrokkene kan bijvoorbeeld vermogen bij een derde onderbrengen. Een rechter kan, indien er een groot gat zit tussen het vastgestelde voordeel en het vermogen dat de betrokkene thans nog tot zijn beschikking heeft, aannemen dat de betrokkene wel 'hidden assets' moet hebben. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen indien uit niets blijkt waar het geld aan is opgemaakt of indien de onderbouwing door de betrokkene niet voldoende is. In de zaak Wright is onder andere bepaald dat een rechter op basis van 'appropriate facts' mag aannemen dat een betrokkene 'hidden assets' heeft.[143] Een aantal betrokkenen hebben het verweer gevoerd dat de rechter verplicht is uit te gaan van het vermogen waarvan door de prosecutor bewezen is dat de betrokkene het tot zijn beschikking heeft. Indien de prosecutor niet op de hoogte was van bepaalde vermogensbestanddelen en deze later aan op een andere manier aan het licht kwamen mochten deze volgens de verdediging niet worden meegenomen in het te ontnemen bedrag. In R v Ilsemann heeft de Court of Appeal echter bepaald dat het een misvatting is dat het bedrag wat uiteindelijk ontnomen wordt niet hoger mag zijn dan de waarde van het vermogen waarvan door de Crown Prosecutor Service (CPS) is bewezen dat de betrokkene het tot zijn beschikking heeft. Het is aan de betrokkene en niet aan de CPS om aannemelijk te maken dat het inderdaad alles is. Zo kwam in de zaak Dickens een getuige met een aantal foto's op de proppen waarop twee boten stonden die van de betrokkene zouden

---

[140] Bullock 2009, p. 20.

[141] Bullock 2009, p. 18.
[142] Bullock 2009, p.17-18.
[143] *R. v Wright* [2006] EWCA Crim 1257.

zijn.[144] De betrokkene voerde het verweer dat de CPS meer onderzoek had moeten doen naar het bestaan van deze boten. Nu dat niet gebeurd was mocht de bewijslast volgens de betrokkene niet langer op hem rusten. Het Court of Appeal verworp echter het verweer en bepaalde dat het bewijs dat er lag voldoende was om aan te nemen dat de boten van de betrokkene waren. Het maakt dus geen verschil dat de CPS niet op de hoogte was van deze boten en dus niet heeft bewezen dat de betrokkene deze boten tot zijn beschikking had. Het probleem van 'hidden assets' wordt aldus grotendeels opgelost door het probleem in de handen van de betrokkene zelf te leggen. In de zaak Chugh wordt door de rechter bepaald, dat het aan de betrokkene is om de waarheid boven tafel te halen. Indien hij dat niet doet zal de rechter zelf moeten beoordelen hoeveel vermogen de betrokkene heeft. Deze uitkomst zal in veel gevallen voor de betrokkene nadelig zijn, maar de betrokkene kan volgens de rechter alleen zichzelf de schuld daarvan geven.[145] Maar heeft de CPS dan geen enkele verantwoordelijkheid in deze kwestie?

In de zaak Barnham benadrukt het Court of Appeal nogmaals het doel van de ontnemingswetgeving.[146] Het doel is om ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel mogelijk te maken. Indien de verantwoordelijkheid om aan te tonen dat de betrokkene 'hidden assets' heeft bij de CPS wordt gelegd zal het doel niet bereikt worden, eerder het tegenovergestelde daarvan. Het begrip 'hidden assets' wijst juist op het feit dat de CPS niet kan weten wat de betrokkene met het verkregen voordeel heeft gedaan of waar de betrokkene het voordeel gelaten heeft. Het is dus aan de betrokkene zelf om aan te tonen dat het vermogen waarover hij op dat moment nog beschikt lager is dan het door de rechter vastgestelde voordeel. De taak van het CPS beperkt zich tot het bewijs dat de betrokkene voordeel heeft genoten en om hoeveel voordeel het gaat. Het is echter aan de betrokkene om aan te tonen wat er met dat voordeel is gebeurd. De ´recoverable amount´ mag de ´available amount´ niet overschrijden, maar het is wel mogelijk dat de rechter de ´available amount´ op een hoger bedrag vaststelt dan dat de betrokkene het bedrag doet voorkomen. Hierdoor wordt het verschil tussen de ´recoverable amount´ en de ´available amount´ kleiner, zodat het wederrechtelijk verkregen voordeel voor een groot deel ook daadwerkelijk kan worden ontnomen.

7.10.3 'Tainted gifts'

Een derde kan ook betrokken raken in een ontnemingsprocedure in het geval dat diegene ´tainted gifts´ heeft ontvangen. Het gaat dan om de verkoop van een goed ver onder de waarde. De goederen die in het bezit zijn van een derde kunnen worden ontnomen ook al zijn ze niet in het bezit van de betrokkene zelf. Op het moment dat 'tainted gifts' niet onder de 'available amount' van de betrokkene zouden vallen, zou het lonen voor de betrokkene om zoveel mogelijk goederen aan derden te geven.

---

[144] *Dickens* [1990] 2 Q.B. 102.
[145] *Chugh* [2003] EWCA Crim 363.
[146] *Barnham* [2005] EWCA Crim 1049. (Deze zaak leidde uiteindelijk bij het EHRM tot de zaak Grayson & Barnham.)

De criminelen gaan steeds meer moeite doen om zich te ontdoen van hun wederrechtelijk verkregen voordeel. De methoden worden steeds geraffineerder en het wordt moeilijker voor de CPS om te achterhalen waar het geld heen is gegaan. Zo wordt er niet alleen geld gestort op rekeningen van bijvoorbeeld kinderen maar worden ook vennootschappen opgericht en wordt geld overgemaakt op de rekening van bedrijven in de vorm van legitieme commerciële transacties.[147] Niet alle giften vallen onder het bereik van de POCA. In het geval dat sprake is van een ´criminal lifestyle´, valt een gift onder de POCA indien de gift door de betrokkene is gedaan in de periode van zes jaar voorafgaande aan de procedure. De periode van zes jaar is niet relevant in het geval dat door de CPS aangetoond kan worden dat de gift die de betrokkene heeft gedaan, vermogen blijkt te zijn dat als resultaat kan worden gezien of in verband staat met het criminele gedrag van de betrokkene. De vermogensbestanddelen worden immers vermoed te zijn gekregen 'at the earliest time he appears to have held it'. De bewijslast kan buiten de periode van zes jaar echter niet op de betrokkene rusten. Door de 'tainted gifts' onder de POCA te laten vallen wordt het makkelijker om deze in de ontneming mee te nemen.

7.11 Het risico van dubbeltelling

In Engeland wordt het risico van dubbeltelling onderkend. De Crown Court moet proberen dat risico te vermijden. In theorie kan het voorkomen dat voordeel van een betrokkene is ontnomen in het verleden en dit voordeel bij een nieuwe ontnemingsprocedure op basis van het algemene criminele gedrag van de betrokkene opnieuw wordt meegenomen in de berekening van het voordeel. Art. 8 lid 5 POCA beoogt dit risico voorkomen, door te bepalen dat voordeel dat al eerder is ontnomen niet opnieuw kan worden meegenomen in de berekening.

Het risico van dubbeltelling kan voorkomen in het geval geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende bewijsvermoedens. Het derde vermoeden houdt in dat wordt verondersteld dat uitgaven eerder behaald voordeel zijn. Deze uitgaven kunnen echter ook begaan zijn met het oog op het plegen van nieuwe strafbare feiten, waardoor het eerste vermoeden ook van toepassing is. Ook kan het voorkomen dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het eerste en het tweede vermoeden. Zo kan bijvoorbeeld vast komen te staan dat er in een jaar tijd 15.000 pond op de rekening van de betrokkene is gestort (eerste vermoeden). Een jaar later heeft hij op acht verschillende gelegenheden 1250 pond gepind. Voorts is vast komen te staan dat de betrokkene (na de veroordeling in de hoofdzaak) een auto tot zijn beschikking heeft die op dat moment 7000 pond waard is (tweede vermoeden). De Crown Court kan vermoeden dat de 15.000 pond afkomstig is uit bijvoorbeeld de handel in drugs. Ook kan de Crown Court de vermoeden dat de auto is gekocht met geld dat afkomstig is uit crimineel gedrag. Het voordeel zal in totaal 22000 euro bedragen. Later komt echter vast te staan dat het gepinde geld (8x 1250 euro) gepind is om de auto mee te betalen. De auto is toentertijd namelijk gekocht voor 10.000 euro. De 7000 euro kan dan ook niet als aparte bron van inkomsten

[147] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 197.

worden beschouwd. De Crown Court mag een wettelijke bewijsvermoeden niet aannemen als er 'serious risk of injustice' bestaat. Deze uitzondering op de aanname van de wettelijke bewijsvermoedens probeert dubbeltelling te voorkomen. Indien de Crown Court het totaal van 22.000 had meegenomen in de berekening van het voordeel, dan zou sprake zijn van een 'serious risk of injustice'.[148] Wanneer eigendom door de betrokkene in de relevante periode van zes jaar is verkregen en vervolgens weer is verkocht, moet dan ook de waarde van het eigendom tijdens de aankoop *of* de waarde tijdens de verkoop worden gebruikt en niet het totaal van deze twee.[149] Het is veelal aan de betrokkene om aan te tonen dat er een dubbeltelling heeft plaatsgevonden. Aangezien er gekeken wordt naar een periode van zes jaar kan het voorkomen dat er meer feiten in die tijd door de betrokkene zijn gepleegd dan dat er ten grondslag liggen aan de ontnemingsvordering. De betrokkene kan dan ook in de situatie terechtkomen waarin hij inzicht moet geven in feiten die niet aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen, teneinde dubbeltelling te voorkomen. Dit kan op gespannen voet komen te staan met (de onschuldpresumptie en) het nemo tenetur-beginsel. Niemand kan immers gedwongen worden om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Indien een betrokkene het verweer wil voeren dat er een dubbeltelling heeft plaatsgevonden wordt hij in feite gedwongen schuld te bekennen aan feiten die niet specifiek aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen. Het is echter niet uitgesloten dat zijn bekennende verklaringen in andere strafzaken gebruikt zullen gaan worden. Dat wringt mijns inziens, net zoals in het Nederlandse recht, met het nemo tenetur-beginsel.

7.12 Samenvatting en conclusie

De bewijsstandaard in het Engelse ontnemingsrecht is civielrechtelijk. De bewijsstandaard is ´on a balance of probabilities´ en is te vergelijken met het Nederlandse begrip ´aannemelijkheid´. In het Engelse recht wordt gebruik gemaakt van een viertal wettelijke bewijsvermoedens. Alle vermogensbestanddelen die aan de betrokkene zijn overgedragen in de periode van zes jaar voorafgaand aan het begin van de strafrechtelijke vervolging worden vermoed verkregen te zijn als gevolg van zijn criminele gedragingen. Ook alle uitgaven die in de periode van zes jaar zijn gedaan worden vermoed te zijn gedaan met geld dat afkomstig is uit criminele gedragingen. De periode van zes jaar ziet niet op het vermogen van de betrokkene dat hij na de veroordeling in de hoofdzaak tot zijn beschikking heeft. Het gaat om de bezittingen die de betrokkene tot zijn beschikking heeft, ongeacht de datum waarop deze bezittingen zijn verkregen.

In de eerste fase van de ontnemingsprocedure is het in eerste instantie aan de officier van justitie om aannemelijk te maken dat de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel heeft behaald en hoeveel dat voordeel bedraagt. De rechter moet (indien sprake is van een ´criminal lifestyle) gebruik maken van wettelijke bewijsvermoedens, tenzij de betrokkene de vermoedens kan weerleggen of sprake is

[148] Fortson 2002, p. 544.
[149] R v X [2007] EWCA Crim 2498.

van een ´serious risk of injustice´. Nadat de rechter het voordeel heeft vastgesteld begint de tweede fase en is het aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat zijn ´available amount´ kleiner is dan het bedrag dat door de rechter in de eerste fase is berekend. De 'recoverable amount' is het bedrag dat uiteindelijk ontnomen wordt en is even groot als het bedrag dat in de eerste fase wordt vastgesteld, tenzij de 'recoverable amount' de 'available amount' overschrijdt. In dat geval zal de 'recoverable amount' gelijk worden gesteld aan de 'available amount'. Het Engelse ontnemingsrecht kent een aantal bewijsproblemen. Het is vaak lastig om het vermogen van criminelen op te sporen. Voorts hebben veel goederen geen vaste marktwaarde, heeft een betrokkene vaak 'hidden assets' en worden goederen ver onder de waarde verkocht (´tainted gifts´). Verder onderkent Engeland het risico van dubbeltelling. Dit komt voornamelijk door de overlap tussen de verschillende bewijsvermoedens. Het is veelal de betrokkene die verweer moet voeren tegen dubbeltelling. Daardoor kan het nemo tenetur-beginsel in het geding komen, aangezien voordeel uit feiten kan worden ontnomen die niet aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen.

Hoofdstuk 8
Het Engelse ontnemingsrecht in Europees perspectief

8.1 Inleiding

In eerste instantie zal worden ingegaan op de onschuldpresumptie en de 'rule against self-incrimination' zoals die in het Engelse recht is opgenomen. Daarna zal er gekeken worden naar de rechtspraak van het EHRM. Bij het EHRM zijn twee belangrijke zaken met betrekking tot het Engelse ontnemingsrecht aan bod geweest. Het gaat om de zaken Phillips en Grayson and Barnham. De zaak Phillips is reeds besproken en zal dan ook verder buiten beschouwing worden gelaten.

8.2 De onschuldpresumptie

In art. 6 EVRM is het recht op een eerlijke procedure geregeld. De onschuldpresumptie is vervat in het tweede lid van dat artikel. De betrokkene moet in de ontnemingsprocedure de gehanteerde wettelijke bewijsvermoedens weerleggen en vervolgens in de tweede fase aannemelijk maken dat het berekende bedrag hoger is dan de waarde van het vermogen wat hij op dat moment nog tot zijn beschikking heeft. Hij kan ervoor kiezen om verweer te voeren, maar hij kan dat ook achterwege laten. Indien je ervoor kiest om verweer te voeren kan dat zijn omdat je van mening bent dat je geen wederrechtelijk voordeel hebt verkregen, maar ook in het geval dat je van mening bent dat het voordeel te hoog is vastgesteld. Zoals al eerder is gezegd is het in eerste instantie aan de prosecutor om met bewijs te komen. Hij zal dit doen door het indienen van een 'statement of information' (art. 16 POCA). De betrokkene krijgt hier ook een kopie van. Het is vervolgens aan de betrokkene om aan te geven in hoeverre hij het eens is met de standpunten van de prosecutor (art. 17 POCA). Indien de betrokkene aangeeft dat hij het eens is met bepaalde standpunten dan kan de rechter dat meenemen in de beslissing of de betrokkene voordeel heeft verkregen uit zijn criminele gedrag. Ook kan de rechter het meenemen in de beslissing of sprake is van een 'criminal lifestyle'. De rechter kan voorts beslissen dat de zaak op een later tijdstip zal worden behandeld (to postpone). Voorts kan de rechter bepalen dat hij op bepaalde punten nog meer informatie nodig heeft van de betrokkene (art. 18 POCA). Het accepteren van het standpunt dat er voordeel uit crimineel gedrag is genoten kan wringen met de onschuldpresumptie. Je geeft in feite toe dat je criminele feiten hebt gepleegd. Dit kunnen feiten zijn die aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen maar ook andere feiten waar de betrokkene in een periode van zes jaar voordeel mee heeft behaald. In het Engelse recht is echter een bepaling opgenomen die een betrokkene probeert te beschermen tegen 'self-incrimination'.

8.3 'Rule against self-incrimination'

Art. 17 lid 6 POCA geeft een regel tegen 'self-incrimination'. Hierin wordt bepaald dat de informatie die de betrokkene verstrekt niet als bewijs gebruikt kan worden in een strafrechtelijke procedure. In het geval dat de verstrekte informatie leidt tot andere (nieuwe) informatie of bewijs dan wordt de

betrokkene niet langer door het artikellid beschermd.[150] Het zesde lid van art. 17 POCA probeert de betrokkene aan te moedigen om meer open te zijn. Indien de bescherming van dit artikel niet zou bestaan zou de betrokkene terughoudend kunnen zijn om te bekennen dat hij voordeel heeft verkregen uit zijn criminele gedrag, vooral indien de strafbare feiten niet aan de orde zijn gekomen in de hoofdzaak. Voorts probeert het artikel te voorkomen dat de betrokkene zijn recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren zal gebruiken als excuus om geen inzicht in de zaken te geven. Het kan in het voordeel van de betrokkene zijn om informatie te verstrekken. Het is immers aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat hij geen voordeel heeft verkregen uit strafbare feiten en dat zijn 'available amount' lager is dan de hoogte van zijn wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien de betrokkene aannemelijk kan maken dat (een deel) van zijn vermogen niet afkomstig is uit criminele feiten zal de hoogte van de ontnemingsvordering worden bijgesteld en dat is in het voordeel van de betrokkene. Indien de betrokkene daar niet in slaagt, bestaat de kans dat de rechter de 'statement of information' voor juist aanneemt. Ook kan het in het voordeel van de betrokkene zijn om inzicht te geven in de omvang van zijn vermogen, vooral indien derden een 'interest' in zijn vermogen hebben. Met belangen van derden zal immers rekening worden gehouden. De betrokkene kan er ook voor kiezen om niet te reageren, maar de rechter kan op grond van art. 18 POCA alsnog informatie van de betrokkene verlangen. De betrokkene is verplicht deze informatie te geven. Dat kan vanaf het moment dat de ontnemingsprocedure is gestart (art. 6 POCA), maar ook 'in circumstances where the court is considering whether or not it will proceed itself under s 6'. De rechter kan bijvoorbeeld van mening zijn dat de reactie van de betrokkene op 'the statement of information' op bepaalde punten niet volledig is en daarom nog informatie van de betrokkene nodig heeft. De rechter kan de betrokkene zelfs bestraffen wegens 'contempt of court' indien de betrokkene zonder redelijk excuus geen informatie verstrekt. De weigering tot het verstrekken van informatie zal in ieder geval niet in het voordeel van de betrokkene werken (art. 18 lid 5 POCA). Het artikel kent een vergelijkbare regeling tegen het gevaar van 'self-incrimination' (art. 18 lid 9 POCA), waardoor dat gevaar geen redelijk excuus is.

Het is niet de bedoeling dat artikel 17 POCA in het voordeel van de officier van justitie zal werken. Het is echter in de praktijk vaak het geval dat er een overlap is tussen de opsporingsfase en de voorbereiding op de ontnemingsprocedure, waardoor de onschuldpresumptie al eerder een rol kan gaan spelen.[151] Artikel 42 POCA bepaalt dat de Crown Court onder voorwaarden een 'restraint order' kan opleggen die de betrokkene verbiedt 'from dealing with any realisable property held bij him'. De 'restraint order' kan voorafgaande aan de procedure in de hoofdzaak worden opgelegd. Van de betrokkene wordt reeds in dat stadium verwacht dat hij openheid van zaken geeft. Dit gebeurt door middel van een 'disclosure order'. Indien de betrokkene volledig zijn medewerking verleent kan dat

[150] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 281.
[151] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 280.

tot gevolg hebben dat hij strafbare feiten bekent, waarvan de officier van justitie nog niet op de hoogte was. In dat geval bestaat het gevaar van 'self incrimination'. Er is echter geen 'rule against self incrimination' die ziet op de 'disclosure order'. Het Crown Court heeft evenwel al in 1987 overwogen dat de officier van justitie geen gebruik mag maken van deze informatie in een strafrechtelijke procedure.[152] In *Re O* heeft het Court of Appeal bepaald dat:
'No disclosure made in compliance with this order shall be used as evidence in the prosecution of an offence alleged to have been committed by the person required to make that disclosure or by any spouse of that person'.[153]
In de zaak *Re T* werd echter het verweer gevoerd dat deze regel de betrokkene niet genoeg bescherming bood tegen het gevaar van 'self incrimination' maar juist een hogere straf tot gevolg had. In het geval waarin je openheid van zaken geeft dan kan er een groter bedrag ontnomen worden en dat leidt weer tot een langere vrijheidsstraf indien je niet voldoet aan de betalingsverplichting. Het 'Court of Appeal' verworp dit verweer door het karakter van de ontnemingsprocedure te benadrukken. Het gaat immers om herstel in de rechtmatige toestand en de maatregel ziet niet op bestraffing. De 'revocerable amount' mag de 'available amount' niet overschrijden, waardoor mijns inziens niet altijd een groter bedrag kan worden ontnomen. Indien de betrokkene over voldoende vermogen beschikt is de betrokkene in staat om de betalingsverplichting te voldoen en wordt dan ook niet benadeeld.
In latere rechtspraak is de regel zoals die is geformuleerd in *Re O* uitgebreid.[154] Een persoon mag ook niet langer geconfronteerd worden met de informatie verkregen door middel van een 'disclosure order' in een kruisverhoor (ook al wordt de informatie uiteindelijk niet gebruikt als bewijs).[155] Ook mag de informatie niet verstrekt worden aan een medeverdachte. Alleen in het geval dat de informatie gunstig is voor de verdediging van de medeverdachte kan er een uitzondering op de regel worden gemaakt.[156]

Deze 'rule against self incrimination' houdt waarschijnlijk verband met de procescultuur in Engeland. In reguliere strafzaken kun je er voor kiezen om schuld te bekennen (plea guilty), zodat er geen verdere strafzaak zal komen. Het voordeel voor de verdachte is dat de straf die voor een bepaald misdrijf kan worden opgelegd gereduceerd wordt. Hoe eerder je schuld bekent, hoe beter. De zaak kan dan immers snel worden afgedaan en er behoeven bijvoorbeeld geen getuigen te worden gehoord. Ook in de ontnemingsprocedure wordt van de verdachte in een vroeg stadium verwacht om te reageren op de standpunten van de officier van justitie. Op deze manier wordt tijd bespaard. Er hoeft immers alleen nog worden gekeken naar de geschilpunten. Tevens wordt van hem verwacht informatie te verschaffen aan de rechter, indien de rechter daarom vraagt. De betrokkene wordt in het laatste geval zelfs verplicht om de gevraagde informatie te verschaffen, tenzij hij een redelijk excuus heeft. De

---

[152] *Re A Defandant* The Times, 7 April 1987.
[153] *Re O* [1991] 1 All ER 330.
[154] *Re C (QBD, 4 September 2000)*
[155] In de zaak *R v Martin and White* werd dat nog wel toegestaan (*R v Martin and White* (1998) 2 Cr App R 385).
[156] Millington & Sutherland Williams 2006, p. 62 e.v..

betrokkene kan bijvoorbeeld niet verlangd worden om informatie te verschaffen over vermogen dat hij al langer dan zes jaar tot zijn beschikking heeft. De informatieplicht is echter mijns inziens niet bezwaarlijk, omdat de informatie niet als bewijs gebruikt mag worden in een strafrechtelijke procedure. Mijns inziens zou het echter beter zijn geweest als de verstrekte informatie ook niet als startinformatie mag worden gebruikt. Op die manier sluit je elke mogelijk gevaar voor 'self-incrimination' uit.

8.4 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

In de zaak Phillips is voor het eerst de vraag aan het EHRM voorgelegd of art. 6 lid 2 EVRM van toepassing is op de ontnemingsprocedure.[157] Deze zaak had betrekking op de eerste fase van de ontnemingsprocedure, namelijk de fase waarin het aan de betrokkene is om verweer te voeren ten aanzien van de gehanteerde bewijsvermoedens. Het EHRM heeft in deze zaak bepaald dat art. 6 lid 2 niet van toepassing is op de ontnemingsprocedure, maar dat de onschuldpresumptie wel onderdeel uitmaakt van het eerste lid van art. 6 EVRM (fair trial). Het hof oordeelde dat het hanteren van bewijsvermoedens toegelaten was, mits er voldoende waarborgen waren voor de betrokkene. Deze zaak is al aan bod gekomen en zal hier dan ook niet verder besproken worden. Er is echter nog een andere belangrijke zaak die zich in Engeland heeft afgespeeld en dat is de zaak Grayson and Barnham. Deze zaak heeft betrekking op de tweede fase van de ontnemingsprocedure.

8.4.1 De zaak Grayson and Barnham

In de zaak Grayson and Barnham ging het om twee betrokkenen.[158] Zij waren beiden veroordeeld wegens drugshandel en waren van mening dat de bewijslast zoals deze in de tweede fase van de procedure op hen rustte in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM. Het was volgens de betrokkenen niet aan hen om aan te tonen dat hun 'available amount' minder groot was dan het berekende voordeel.

Het hof gaat eerst in op de eerste fase en herhaalt grotendeels zijn rechtsoverwegingen van de zaak Phillips. Indien de Crown Court gebruik maakt van wettelijke bewijsvermoedens is het aan de betrokkenen zelf om verweer te voeren ten aanzien van deze vermoedens. Beide betrokkenen hadden dat echter nagelaten. Zij hadden moeten aantonen dat het geld legaal was verkregen en dat is volgens het hof niet in strijd met art. 6 EVRM. Het Engelse recht bevat immers voldoende waarborgen voor een betrokkene, zoals de mogelijkheid om de vermoedens te weerleggen en de bevoegdheid van het hof om een bedrag op het berekenende voordeel in mindering te brengen indien daar aanleiding voor is.
Vervolgens gaat het hof in op de tweede fase van de procedure. Het gaat in die fase om de berekening van de waarde van de 'available amount'. De wet eist in deze fase niet van de rechter om vermoedens

[157] EHRM 5 juli 2001, nr. 41087/98 (Phillips).
[158] EHRM 23 september 2008, appl. nr. 19955/05 en appl. nr. 15085/06 (Grayson and Barnham vs. UK).

te hanteren met betrekking tot het verleden van de betrokkenen, maar het gaat in deze fase juist om het vermogen dat de betrokkene op dat moment tot zijn beschikking heeft. Het is aan de betrokkene om in deze fase aannemelijk te maken dat 'the amount that might be realised *(available amount)* was less than the amount assesed as benefit' [mijn cursivering]. De betrokkene moet daarbij de civielrechtelijke bewijsstandaard hanteren.
Beide betrokkenen kozen ervoor om mondeling verweer te voeren ten aanzien van de 'available amount'. De waarborgen zoals die hierboven aan de orde zijn gekomen gelden onverkort ook in de tweede fase. Zij hadden beiden een advocaat en waren ingelicht hoe het voordeel was berekend. Zij kregen beiden de mogelijkheid om inzicht te geven in hun financiële situatie en om te beschrijven wat er was gebeurd met het vermogen dat door het Crown Court als voordeel was geschat. Het verweer dat beiden voerden was volgen het Crown Court ongeloofwaardig en de 'available amount' werd gelijk gesteld aan het berekende voordeel. Het EHRM ging mee met de beslissing van het Court of Appeal in R. v. Barwick dat het niet in strijd is met art. 6 EVRM om de bewijslast ten aanzien van de financiële situatie van de betrokkene op de betrokkene te laten rusten.[159] Het hof bepaalde verder:
'In each case, having been proved to have been involved in extensive and lucrative drug dealing over a period of years, it was not unreasonable to expect the applicants to explain what had happened to all the money shown by the prosecution to have been in their possession, any more than it was unreasonable at the first stage of the procedure to expect them to show the legitimacy of the source of such money or assets. Such matters fell within the applicants' particular knowledge and the burden on each of them would not have been difficult to meet if their accounts of their financial affairs had been true'.
Deze omkering van de bewijslast is dan volgens het EHRM ook niet in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

8.5 Het risico van dubbeltelling in verband met art. 6 lid 2 EVRM

Zoals hierboven is betoogd bestaat ook in Engeland het risico van dubbeltelling. Om dubbeltelling te voorkomen zal er rekening moeten worden gehouden met de kosten die de betrokkene heeft gemaakt. Er wordt vanuit gegaan dat uitgaven eerder behaald voordeel belichamen, maar voordeel kan ook worden geïnvesteerd in zaken die nieuwe strafbare feiten opleveren waardoor dat deel van het voordeel als kosten kan worden gezien. Het is aan de betrokkene om aan te tonen dat sprake is van dubbeltelling en dat het voordeel dan ook naar beneden moet worden bijgesteld. Er kan anders namelijk sprake zijn van een ´serious risk of injustice´. De betrokkene zal dan echter wel inzicht moeten verschaffen in de strafbare feiten die hij gepleegd heeft. Dit kunnen ook feiten zijn die niet aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen.

---

[159] *R. v. Barwick* [2001] 1 Cr App R (S) 129.

De eerdergenoemde ´rule against self incrimination´ lijkt echter uitkomst te bieden. De informatie mag immers niet gebruikt worden in een andere strafrechtelijke procedure, zodat een verweer dat er een dubbeltelling heeft plaatsgevonden ook eerder met succes gevoerd zal worden.

8.6 Samenvatting en conclusie

In Engeland wordt van een betrokkene al in een vroeg stadium verlangd dat hij informatie verschaft, bijvoorbeeld door middel van een 'disclosure order' of door middel van een reactie op de 'statement of information'. Het accepteren van bepaalde informatie kan wringen met de onschuldpresumptie (en nemo tenetur-beginsel). Dit probleem wordt echter voorkomen door de 'rule against self-incrimination'. De informatie die een betrokkene verstrekt kan niet als bewijs worden gebruikt in een strafrechtelijke procedure (echter wel als startinformatie).
Het EHRM heeft zich in verschillende zaken uitgelaten over de verhouding tussen de onschuldpresumptie en de ontnemingsprocedure. De zaak Phillips heeft betrekking op de eerste fase van de ontnemingsprocedure en de zaak Grayson and Barnham op de tweede fase. In de tweede fase is het aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat 'the amount that might be realised *(available amount)* was less than the amount assesed as benefit'. Het was volgens het EHRM niet in strijd met art. 6 EVRM om de bewijslast ten aanzien van de financiële situatie van de betrokkene op de betrokkene te laten rusten, net zo min het in strijd is met art. 6 EVRM om de bewijslast in de eerste fase op de betrokkene te laten rusten (mits er voldoende waarborgen zijn).
De bewijslast rust dan ook zowel in de eerste als in de tweede fase op de betrokkene. Hierdoor is het ook aan de betrokkene om verweer te voeren tegen mogelijke dubbeltellingen. Echter kan de informatie die door de betrokkene verschaft wordt niet als bewijs gebruikt worden in strafrechtelijke procedures, waardoor de bewijslast in verband met de onschuldpresumptie niet problematisch is. Mijns inziens mag de informatie ook niet gebruikt worden als strartinformatie. Op die manier worden problemen met betrekking tot de onschuldpresumptie (of nemo tenetur) zo goed als uitgesloten.

Hoofdstuk 9
Hoe verhoudt de Engelse regeling zich tot de Nederlandse regeling?

9.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk zal een vergelijking worden gemaakt tussen de Engelse 'confiscation order' en de Nederlandse ontnemingswetgeving. In hoofdstuk 5 is het wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden voor voordeelsontneming besproken. De methode van vermogensvergelijking komt, zoals we ook daar gezien hebben, het meest overeen met de voorgestelde door het Engelse recht geïnspireerde regeling, waarin wettelijke bewijsvermoedens een grote rol spelen. De vergelijking zal daar dan ook vooral op zien. Eerst zal een aantal overeenkomsten aan bod komen en daarna zullen de verschillen besproken worden. Voorts verschilt het wetsvoorstel ten aanzien van de Engelse regeling. Ook zal aandacht worden besteedt aan de verhouding tussen het voorgestelde tweede en derde lid van art. 36e Sr. Als laatste zal gekeken worden hoe het nieuwe wetsvoorstel zich verhoudt tot het EVRM.

9.2 De verdeling van de bewijslast

De methode van vermogensvergelijking kan thans, indien de rechter dat noodzakelijk vindt, een verdeling van de bewijslast met zich mee brengen. De vraag is in hoeverre deze verdeling van de bewijslast afwijkt van de voorgestelde, door het Engelse recht geïnspireerde, verdeling van de bewijslast. Beide verlangen immers een actieve houding van de betrokkene en de betrokkene zal in beide gevallen aannemelijk moeten maken dat zijn vermogen legaal is verkregen. Hij zal daarvoor bijvoorbeeld schriftelijke stukken, bijvoorbeeld salarisstrookjes, moeten hebben om dat te bewijzen. Indien de betrokkene daar niet in slaagt, is de kans aanwezig dat de rechter meegaat in de vordering van het openbaar ministerie.

Het grote verschil zou echter zitten in het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens. De rechter kan onder de huidige regeling echter ook al uitgaan van vermoedens. Indien de voordeelberekening wordt gebaseerd op een vermogensvergelijking wordt vermoed dat het verschil tussen enerzijds het eindvermogen en de feitelijke uitgaven en anderzijds het beginvermogen en de legale inkomsten wederrechtelijk is. Uitgaven worden als eerder wederrechtelijk behaald voordeel gezien. De vermogensgroei behoeft niet direct gerelateerd te kunnen worden aan concrete strafbare feiten. Het gaat bij de vermogensvergelijking om het totale voordeel en niet om het voordeel per concreet strafbaar feit. Wel moet het gaan om een beredeneerde vermogensvergelijking en moet de betrokkene de kans hebben gekregen om verweer te voeren. Ook in Engeland krijgt de betrokkene de kans om aan te tonen dat zijn vermogen legaal is verkregen. De vraag is op welke punten de huidige methode van vermogensvergelijking verschilt van de Engelse methode, waarin gebruik wordt gemaakt van wettelijke bewijsvermoedens.

9.3 Wettelijke grondslag

De minister stelt in de Memorie van Toelichting dat ook nu in de rechtspraak wordt uitgegaan van een verdeling van de bewijslast. Met het wetsvoorstel worden de bewijsvermoedens in verband met de redelijke en billijke verdeling van de bewijslast van een nadere wettelijke grondslag voorzien. Een dergelijke wettelijke grondslag kent het Engelse recht wel. Om die reden wordt het Engelse recht ook ter inspiratie wordt gebruikt. Is een wettelijke grondslag echter noodzakelijk? Er wordt al gebruik gemaakt van bewijsvermoedens. Uitgaven worden als eerder behaald voordeel beschouwd. Tevens wordt het onverklaarbare deel van het vermogen als wederrechtelijk verkregen voordeel beschouwd. Deze vermoedens komen mijns inziens in grote mate overeen met de wettelijke bewijsvermoedens zoals die in Engeland worden gebruikt. Het is aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat vermogensbestanddelen, waarvan voorshands gelet op de financiële rapportage aannemelijk is dat die wederrechtelijk zijn verkregen, legaal zijn verkregen. Zowel in Nederland als in Engeland is dat in grote lijnen de gang van zaken. Hierdoor rijst nogmaals de vraag wat de meerwaarde is van een wettelijke grondslag. De vermoedens worden in de jurisprudentie al geruime tijd gehanteerd, waardoor een wettelijke grondslag naar mijn mening geen meerwaarde heeft. Indien de bewijsvermoedens van een wettelijke grondslag worden voorzien, betreft het mijns inziens geen exclusieve grondslag. De minster van justitie geeft in de Memorie van Toelichting aan dat de periode waarover de strafbare feiten zich hebben uitgestrekt nog steeds als uitgangspunt kan worden genomen. De beschikbare informatie over de vermogenspositie van de veroordeelde kan ingevolge het voorgestelde artikel 36e, vierde lid, Sr mede beslissend zijn voor het bepalen van een periode waarover het wettelijk bewijsvermoeden zich in concreto zal uitstrekken. Ook kan gebruik worden gemaakt van de vermogensvergelijking in het kader van het nieuwe tweede en het derde lid van art. 36e Sr. Het voorgestelde artikel 36e Sr verzet zich daar niet tegen.[160] De bestaande methoden worden dus door het wetsvoorstel niet vervangen.

9.4 De periode

De periode waarover de vermogensvergelijking zich uitstrekt is verschillend in ieder specifiek geval. Theoretisch is een periode van zes jaar, zoals in de Engelse regeling gebruikelijk is, mogelijk. Ook een langere periode behoort tot de mogelijkheden. In Engeland wordt een langere periode dan zes jaar waarin de bewijslast op de verdediging rust onacceptabel geacht, omdat veel betrokkenen na vele jaren niet meer de beschikking hebben over de juiste documenten om aan te tonen dat het bezit een legale herkomst heeft.[161] De vraag is of deze periode van zes jaar ook geschikt is voor de Nederlandse ontnemingswetgeving.

---

[160] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5.
[161] Hansard, February 18, 1986; col. 207,208.

9.4.1 De civiele vordering

Om een antwoord op deze vraag te kunnen geven zou gekeken kunnen worden naar de verjaring van een civiele vordering. Verjaring is geregeld in Titel 11 (rechtsvorderingen) van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. In de meeste gevallen bestaan er twee verjaringstermijnen: een korte (vijf jaar) en een lange (twintig jaar). Van de korte termijn is onder meer sprake in art. 3:307 (nakoming van een verbintenis), 3:309 (overschuldigde betaling), 3:310 lid 1 (vorderingen tot vergoeding van de schade of een bedongen boete) en 3:312 jo. 3:307 (nakoming van de hoofdverplichting). In sommige gevallen wijkt de termijn af, zoals in art. 3:310 lid 2 (termijn van 30 jaar). Bij de vordering tot vergoeding van de schade moet aan het vereiste worden voldaan dat de benadeelde wist dat de schade die hij heeft geleden is berokkend door iemand die hij daarop had kunnen aanspreken. Een vordering verjaart in elk geval (behoudens een aantal uitzonderingen) na twintig jaar. De wetenschap van de benadeelde is hier niet langer een vereiste.[162] De ratio van de lange termijn is gelegen in de rechtszekerheid en de ratio van de korte termijn in de rechtszekerheid en de billijkheid.[163] Daarnaast spelen ook praktische argumenten een rol. Indien een vordering niet zou verjaren, dan zou men gedwongen worden om een hele lange tijd stukken en betalingsbewijzen te bewaren. Bovendien wordt de bewijslevering na verloop van tijd steeds moeilijker en onbetrouwbaarder.[164] Deze praktische argumenten zijn grotendeels gelijk aan de argumenten die door de regering in Engeland werden aangevoerd.[165] De regering vond het niet redelijk om van een betrokkene te verwachten dat hij langer dan zes jaar al zijn documenten bewaart. Een langere periode zou de bewijslast die op de verdediging ligt onacceptabel maken, omdat veel betrokkenen na vele jaren niet meer de beschikking hebben over de juiste documenten om aan te tonen dat het bezit een legale herkomst heeft. Mijns inziens mag een periode, gelet op deze argumenten ook niet te lang worden. Een periode van vijf jaar is naar mijn mening te rechtvaardigen, gelet op de verjaringstermijn van civiele vorderingen.

Bij de hantering van de methode van vermogensvergelijking is een periode van vijf jaar ook niet ongebruikelijk.[166] De vermogensvergelijking kan echter in theorie zelfs zien op een periode van tien of twintig jaar. Een dergelijke lange periode zal veel praktische problemen opleveren maar is niet uitgesloten. In het Engelse recht is het tweede bewijsvermoeden ook niet gebonden aan de wettelijke periode van zes jaar. Van de betrokkene mag niet verlangd worden dat hij documenten langer dan zes jaar bewaart, maar het staat de officier van justitie vrij om bewijs aan te dragen voor feiten buiten die periode. De rechter zal in dat geval wel rekening houden met de onkunde van de betrokkene om documenten te laten zien, waaruit moet blijken dat de vermogensbestanddelen een legale bron hebben.

---

[162] J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer Kluwer: 2006, p. 362 e.v.
[163] HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.
[164] MvA II w.o. 22 599, nr. 5 (uitbreiding van de verjaring) p. 2.
[165] Hansard, February 18, 1986; col. 207,208.
[166] Zie bijvoorbeeld: HR 7 maart 2006, *LJN* AV0361 en Hof Amsterdam 14 maart 2008, *LJN* BC8612.

De rechter zal het tweede bewijsvermoeden wellicht voor bepaalde vermogensbestanddelen buiten beschouwing moeten laten, indien anders sprake zou zijn van een 'serious risk of injustice'.
Mijns inziens is het niet wenselijk dat de vermogensvergelijking zich uitstrekt over een te lange periode. Naar mijn mening zou de verjaringstermijn van civiele vorderingen een goed uitgangspunt kunnen zijn. Mijns inziens moet echter wel rekening worden gehouden met de huidige technologie. Het wordt steeds makkelijker om informatie na vele jaren nog te raadplegen. Veel mensen regelen bijvoorbeeld hun bankzaken via het internet, waardoor bankafschriften van vele jaren terug nog te zijn achterhalen. De Rabobank was in 1997 de eerste bank in Nederland die het internetbankieren landelijk invoerde.[167] Alle andere Nederlandse banken volgden snel. Ook veel andere informatie, bijvoorbeeld met betrekking tot registergoederen, wordt digitaal opgeslagen en is dus na lange tijd nog beschikbaar. Wellicht is het anno 2010 redelijk om een langere periode als uitgangspunt te nemen. Het zou immers voor een betrokkene makkelijker moeten zijn om over een langere periode aannemelijk te maken dat zijn vermogensbestanddelen een legale bron hebben. Vervolgens kan de vraag worden gesteld welke periode dan de juiste is. Een andere belangrijke vraag is of de periode ziet op de tijd voorafgaande aan het begaan van het strafbare feit of voorafgaande aan de procedure de hoofdzaak.
Indien bijvoorbeeld een periode van vijf jaar voorafgaande aan het begaan van het feit als uitgangspunt wordt genomen, bestaat het risico dat voordeel zal worden ontnomen over een zeer lange periode. Een betrokkene kan bijvoorbeeld in 2000 drugs hebben gesmokkeld van Engeland naar Nederland en pas in 2003 worden aangehouden. De periode vanaf 1995 zal in dat geval voor ontneming in aanmerking komen. Het kan echter nog lang duren voordat de ontnemingszaak onherroepelijk is, aangezien de rechtsmiddelen zowel in de procedure in de hoofdzaak als in de ontnemingsprocedure kunnen worden uitgeput. Een periode van bijvoorbeeld vijftien jaar of langer lijkt mij (in vrijwel alle gevallen) niet wenselijk.
In het geval dat een periode van vijf jaar voorafgaande aan de procedure in de hoofdzaak als uitgangpunt wordt genomen, bestaat de kans dat die periode niet de gehele periode genoemd in de tenlastelegging dekt. Een betrokkene kan bijvoorbeeld leiding hebben gegeven aan een criminele organisatie in de jaren 2000 tot en met 2006. Indien de procedure in de hoofdzaak in 2006 aanvangt, zal de ontnemingsvordering zien op de periode van 2006 tot 2001 en zal 2000 buiten beschouwing moeten worden gelaten. Aangezien het doel van de maatregel is om het daadwerkelijk verkregen voordeel te ontnemen, lijkt mij dat niet juist. Wellicht is het dan ook beter per geval te bepalen welke periode reëel is, zoals dat bij de methode van de vermogensvergelijking gebruikelijk is. Er kan dan rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval en kan ingespeeld worden op de technologische ontwikkelingen. De periode behoeft mijns inziens dan ook geen wettelijke grondslag te krijgen.

---

[167] Computable, *Internet-bankieren met de Rabo*, 3 oktober 1997.
< http://www.computable.nl/artikel/ict_topics/internet/1316830/1282763/internetbankieren-met-de-rabo.html>

9.5 Geen begin- of eindvermogen

De vermogensvergelijking (en de kasopstelling) gaat uit van het idee dat het begin- en eindvermogen vast te stellen zijn. Dit kan echter problematisch zijn omdat de georganiseerde misdaad er alles aan zal doen om het zo onzichtbaar mogelijk te maken dat hij over enig vermogen beschikt. Er kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van schijnconstructies. De georganiseerde misdaad probeert de pakkans te verlagen, door op voorhand de ontneming te frustreren. De mogelijkheid van ontneming werkt juist deze 'tegenpraktijken' in de hand.[168] Bij de hantering van wettelijke bewijsvermoedens is het niet meer noodzakelijk om een beginvermogen vast te stellen. Alle uitgaven die de betrokkene heeft gedaan in de voorafgaande zes jaren worden geacht gedaan te zijn met crimineel geld. Ook wordt vermoed dat voorwerpen die de betrokkene in de voorafgaande zes jaar tot zijn beschikking heeft gehad wederrechtelijk zijn verkregen. Tevens wordt vermoed dat alle voorwerpen die de betrokkene op het moment van de ontneming tot zijn beschikking heeft, wederrechtelijk zijn verkregen. De uitkomst van de berekening hangt niet langer mede af van vaststaande waarden zoals het begin- en het eindvermogen. Alle uitgaven en voorwerpen die worden aangetroffen, worden in de berekening meegenomen. Dit neemt niet weg dat het ook bij het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens nog steeds lastig zal zijn om geld te traceren. Het geld kan in handen van derden worden gegeven of op buitenlandse rekeningen worden gestort. De problemen hebben mijns inziens dan ook meer betrekking op het achterhalen van vermogensbestanddelen dan de berekening zelf. Voor het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens is het immers nog steeds noodzakelijk dat er vermogensbestanddelen zijn aangetroffen. Of de huidige wet op dit punt toereikend is valt buiten het bereik van mijn scriptie.

9.6 'Criminal lifestyle'

Het wetsvoorstel verschilt op een aantal punten ook van de Engelse regeling. De Raad van State is van mening dat het conceptwetsvoorstel verder gaat dan de Engelse regeling. In het conceptwetsvoorstel wordt de omkering van de bewijslast namelijk niet gerechtvaardigd door de vaststelling van een 'criminal lifestyle', maar door de enkele vaststelling dat het aannemelijk is dat naast het gronddelict ook het plegen van andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe heeft geleid dat de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel heeft verkregen. De omkering van de bewijslast heeft daardoor een te smalle basis, volgens de Raad. De minister van justitie merkt op dat het tevens om misdrijven moet gaan waarvoor een geldboete van de vijfde categorie worden bedreigd. Hierdoor wordt de werking van de wettelijke bewijsvermoedens beperkt tot zwaardere misdrijven.[169]

In de POCA is een lijst opgenomen waarin alle misdrijven die tot aanname van een 'criminal lifestyle' kunnen leiden, zijn opgesomd. Deze lijst is beperkt tot een aantal zware misdrijven, namelijk drugshandel, wapenhandel, witwassen, valsmunterij, merkvervalsing, mensenhandel (en mensensmokkel), afpersing, seksuele uitbuiting, pedofilie en terrorisme alsmede

---

[168] Borgers 2001, p. 302-303.
[169] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 4, p. 8.

voorbereidingshandelingen met betrekking tot deze misdrijven. Een geldboete van de vijfde categorie kan in Nederland ook worden opgelegd bij delicten zoals heling, diefstal in vereniging gepleegd of diefstal door middel van braak etc. Vrijwel voor alle vermogensdelicten (met uitsluiting van (eenvoudige) diefstal en een aantal hennepdelicten) kan een geldboete van de vijfde categorie worden opgelegd. Die eis is dan ook niet te vergelijken met de eis dat het moet gaan om een lijstfeit.
Indien een betrokkene in Engeland is veroordeeld voor bijvoorbeeld drugshandel dan hoeft niet meer aannemelijk worden gemaakt dat de betrokkene ook voordeel heeft verkregen uit andere strafbare feiten. De aard van dat misdrijf impliceert immers dat het aannemelijk is dat de betrokkene vaker voordeel heeft verkregen uit drugshandel. Voor alle andere misdrijven is het noodzakelijk dat de betrokkene in dezelfde procedure minstens voor drie andere feiten is veroordeeld waaruit hij voordeel heeft verkregen of in de afgelopen zes jaar in minimaal twee andere procedures is veroordeeld voor een feit waaruit hij voordeel heeft verkregen. Een 'criminal lifestyle' kan ook worden aangenomen indien een misdrijf zich heeft uitgestrekt over een periode van ten minste zes maanden. Tevens geldt in alle gevallen de eis dat het voordeel op zijn minst 5000 pond moet bedragen. Behalve voor een select groepje zware misdrijven zijn de eisen voor het hanteren van wettelijke bewijsvermoedens in Engeland strenger dan in de voorgestelde Nederlandse regeling. Uit het wetsvoorstel blijkt dat maar voor één ander feit aannemelijk hoeft worden gemaakt dat de betrokkene daar voordeel uit heeft verkregen (hij hoeft daar niet voor te zijn veroordeeld) en geldt de eis dat het voordeel ten minste 5000 pond (euro) moet bedragen ook niet.
Mijns inziens is dat bezwaarlijk. Indien er lage eisen gesteld worden aan het hanteren van wettelijke bewijsvermoedens, kan er eerder gebruik worden gemaakt van deze vermoedens. Het hanteren van wettelijke bewijsvermoedens heeft echter voor de betrokkene verstrekkende consequenties. Een periode van zes jaar zal immers als uitgangspunt dienen en de betrokkene zal aannemelijk moeten maken dat de aangetroffen vermogensbestanddelen legaal zijn verkregen. Indien de methode van de vermogensvergelijking wordt gehanteerd zal ook gebruik worden gemaakt van bewijsvermoedens. Het brengt echter niet de consequentie met zich mee dat een periode van zes jaar als uitgangspunt zal dienen. Voor de vaststelling van de periode voor de vermogensvergelijking wordt veelal in eerste instantie gekeken naar de bewezenverklaring in de hoofdzaak. Zo gaat het gerechtshof te Den Haag in een zaak uit van een periode van ongeveer drie jaar, omdat de veroordeelde onherroepelijk is veroordeeld voor het leidinggeven aan een criminele organisatie in een periode van drie jaren.[170]
Voorts kan er ook van een langere periode worden uitgegaan, indien daar bijvoorbeeld op basis van het SFO aanwijzingen voor zijn. De gehanteerde periode is dus afhankelijk van de feiten en aanwijzingen die in een bepaalde zaak voorhanden zijn en ligt niet op voorhand vast.
De positie van de betrokkene zal mijns inziens zoveel mogelijk moeten worden gewaarborgd. Dit kan worden bereikt door hogere eisen te stellen. De hogere eisen, zoals die in Engeland worden gesteld,

[170] Gerechtshof 's-Gravenhage, 7 september 2005, *LJN* AU2178.

zijn mijns inziens juist. De vijfde categorie-eis volstaat mijns inziens niet, aangezien een periode van zes jaar het uitgangspunt zal zijn. Bij de huidige methode van de vermogensvergelijking is dat echter niet aan de orde en zijn zwaardere eisen niet noodzakelijk.

9.7 Het dwingende karakter van de bewijsvermoedens

Indien de Engelse rechter van mening is dat de betrokkene een 'criminal lifestyle' heeft dan *moet* de rechter bewijsvermoedens hanteren, tenzij er door aanname van deze vermoedens een 'serious risk of injustice' zal ontstaan. Het is aan de betrokkene om de wettelijke bewijsvermoedens te weerleggen. Hij moet voor elke specifiek goed of uitgave aantonen dat het niet verkregen is uit crimineel gedrag. Deze goederen of uitgaven vormen in dat geval niet langer bewijs dat de betrokkene voordeel heeft verkregen uit strafbare feiten. In de voorgestelde regeling komt naar voren dat, indien een betrokkene is veroordeeld wegens een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie en indien aannemelijk is dat behalve dat misdrijf ook het plegen van andere strafbare feiten er op enigerlei wijze ertoe heeft geleid dat de betrokkene voordeel heeft verkregen, er een aantal vermoedens *wordt* aangenomen. De wettelijke regeling heeft mijns inziens net zoals de Engelse regeling een dwingend karakter. De betrokkene zal vervolgens aannemelijk moeten maken de het vermogen dat vermoed wordt afkomstig te zijn uit strafbare feiten legaal verkregen is. In de Memorie van Toelichting staat echter: 'Ligt een veroordeling voor dergelijke misdrijven aan de ontnemingsvordering ten grondslag, dan *kan* het voorgestelde bewijsvermoeden worden gehanteerd bij de vaststelling van de omvang van het wederrechtelijk genoten voordeel'.[171] Mijns inziens is niet duidelijk waarom nu het woord 'kan' wordt gebruikt. Mogelijk doelt de minister van justitie op het vierde lid van art. 36e Sr, inhoudende dat de periode van zes jaar op vordering van de officier van justitie, de betrokkene maar ook ambtshalve door de rechter kan worden verkort. De minister van justitie is van mening dat deze regeling overeenkomt met het Engelse 'serious risk of injustice'. Het wettelijk bewijsvermoeden zou immers door toepassing van het vierde lid buiten toepassing kunnen worden gelaten, zodat wettelijke bewijsvermoedens niet te allen tijde gehanteerd *moeten* worden.[172]
In het Engelse recht zal de betrokkene per vermogensbestanddeel aannemelijk moeten maken dat het vermogen legaal is verkregen. Indien de betrokkene daar in slaagt, zijn de wettelijke bewijsvermoedens over dat deel van het vermogen ontkracht. Hierdoor kan mijns inziens nauwkeurig vast komen te staan welke vermogensbestanddelen legaal en welke illegaal zijn verkregen (indien de betrokkene zijn medewerking verleent). De ontnemingswetgeving tracht namelijk het daadwerkelijk verkregen voordeel te ontnemen. Het is lastiger om specifieke vermogensbestanddelen buiten beschouwing te laten, in het geval dat de enige mogelijkheid die de rechter voorhanden heeft, het verkorten van de periode is. Het is mijns inziens van belang dat de rechter naast de mogelijkheid om een kortere periode te hanteren ook de mogelijkheid heeft om specifieke vermogensbestanddelen die

---

[171] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5.
[172] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 5.

zijn verkregen binnen de gehanteerde periode buiten beschouwing te laten. Een betrokkene kan bijvoorbeeld de opbrengst van de eerste hennepoogst uitgeven aan plantjes voor een (mogelijke) tweede oogst. Het verkregen voordeel wordt in dat geval besteed om het plegen van nieuwe strafbare feiten mogelijk te maken. Het risico van dubbeltelling speelt hier. Dit probleem kan worden opgelost door specifieke vermogensbestanddelen, in dit voorbeeld de opbrengst van de eerste oogst, buiten beschouwing te laten. Een verkorting van de periode is mijns inziens in deze situatie niet geschikt. Indien de periode verkort wordt kan dat met zich meebrengen dat niet alleen het vermogensbestanddeel waarvan aannemelijk is gemaakt dat het niet verkregen is uit het criminele gedrag van de betrokkene buiten beschouwing wordt gelaten maar ook vermogensbestanddelen waarvan wel aannemelijk is dat deze afkomstig zijn uit het criminele gedrag van de betrokkene. Ook in dat geval wordt niet het daadwerkelijk verkregen voordeel ontnomen.

In de Engelse literatuur wordt betoogd dat het begrip 'serious risk of injustice' bescherming zou kunnen bieden tegen dubbeltelling. [173] Ook kan het in sommige zaken gepast zijn een percentage van het vastgestelde bedrag in mindering te brengen om te voorkomen dat de mogelijkheid zich voordoet dat een klein deel van het vermogen een legale bron heeft.[174] De rechter kan bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat een dubbeltelling heeft plaatsgevonden, zonder dat hier verweer tegen is gevoerd. Mijns inziens moet de rechter in een dergelijk geval zelfstandig de mogelijkheid hebben om een bedrag of percentage op het berekenende voordeel in mindering te brengen. Hierdoor wordt de rechtspositie van de betrokkene, naast zijn gelegenheid om verweer te voeren, beter gewaarborgd. De verkorting van de termijn volstaat naar mijn mening niet.
De Raad van State is van oordeel dat het gebruik van bewijsvermoedens op zijn plaats kan zijn, indien aannemelijk is dat een gedraging niet op zichzelf staat en degene die de bewijsopdracht krijgt, in de beste positie is om het (tegen)bewijs te leveren. De Raad is echter van mening dat het wetsvoorstel dat niet kan verzekeren.[175] Het is aan de rechter om te bepalen wanneer een betrokkene in de beste positie is om tegenbewijs te leveren. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen, waardoor de betrokkene niet in staat is tegenbewijs te leveren. Bepaalde documenten zouden door een brand of diefstal verloren kunnen zijn gegaan. De rechter moet mijns inziens de mogelijkheid hebben om te bepalen wie de beste bewijspositie heeft en het wetsvoorstel maakt dat voor de rechter niet mogelijk, aangezien de rechter verplicht is om bewijsvermoedens te hanteren. Mijns inziens moet het dwingende karakter van de bewijsvermoedens dan ook worden losgelaten, waardoor de rechter de kans krijgt om te bepalen wanneer de hantering van de bewijsvermoedens passend is.

---

[173] *Delaney and Hanrahan* (May 14, 1999).
[174] *R v De Prince* The Times, 16 March 2004.
[175] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 4, p. 8.

9.8 Het risico van dubbeltelling

Bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel (middels de abstracte methode) wordt verondersteld dat gedane uitgaven eerder behaald voordeel belichamen. Deze uitgaven kunnen echter zijn gedaan als nieuwe investeringen, waardoor die uitgaven eerder als kosten kunnen worden gezien voor de nieuwe investering dan als eerder behaald voordeel. Het risico bestaat echter dat voorbij gegaan wordt aan de mogelijkheid dat het geld is uitgegeven met het oog op nieuwe investeringen. De uitgaven zullen in dat geval onderdeel uitmaken van de voordeelsberekening, waardoor het voordeel te hoog zal worden geschat. Het is veelal aan de betrokkene om verweer te voeren tegen een mogelijke dubbeltelling. Dit verweer kan zoals is betoogd problematisch zijn in verband met (de onschuldpresumptie en) het nemo tenetur-beginsel. De huidige regeling en de voorgestelde regeling maken het mogelijk om voordeel te ontnemen uit feiten die niet specifiek aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen. Het verweer dat dubbeltellingen hebben plaatsgevonden kan in dat geval pas worden gevoerd op het moment dat de betrokkene schuld bekent aan feiten die niet als zodanig door het OM zijn 'aangedragen'. Een betrokkene zal echter vaak eieren voor zijn geld kiezen en ervoor kiezen geen verweer te voeren.
Ook in Engeland wordt het risico van dubbeltelling onderkend. Het risico kan zich voordoen in het geval er geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende bewijsvermoedens. In Engeland is het voor de betrokkene echter minder bezwaarlijk om verweer te voeren tegen mogelijke dubbeltellingen, aangezien de betrokkene wordt beschermd door de 'rule against self-incrimination'. De informatie die de betrokkene verstrekt kan niet als bewijs worden gebruikt in een strafrechtelijke procedure. De informatie kan echter wel als startinformatie worden gebruikt en dat is mijns inziens bezwaarlijk. Indien de informatie leidt tot andere (nieuwe) informatie of bewijs wordt de betrokkene niet meer beschermd door de 'rule against self-incrimination'. Hierdoor zal de betrokkene naar mijn mening nog steeds terughoudend zijn om openheid van zaken te geven. Het kan alsnog leiden tot een strafrechtelijke procedure, mits de verstrekte informatie leidt tot andere (nieuwe) bewijsmiddelen.

Het is mijns inziens aan te bevelen dat een dergelijke 'rule against self-incrimination' wordt opgenomen in de ontnemingswetgeving. Voorts moet gelet op het bovenstaande uitgesloten worden dat de verstrekte informatie zelfs maar als startinformatie kan worden gebruikt. Ook mag de informatie niet als bewijs gebruikt worden in een strafrechtelijke procedure van een mededader. Een betrokkene zal veelal terughoudend zijn met het verschaffen van informatie in het geval waarin hij daar een van zijn mededaders mee belast. Een dergelijke regeling lost mijns inziens de problematiek in verband met (de onschuldpresumptie en) het nemo tenetur-beginsel op. De informatie zal immers niet meer gebruikt worden als startinformatie of als bewijs in een strafrechtelijke procedure, waardoor het de betrokkene vrij staat om verweer te voeren tegen mogelijke dubbeltellingen.

9.9 Verhouding art. 36e, tweede en derde lid, Sr

Hierboven is betoogd dat het wetsvoorstel dat het wetsvoorstel op veel punten gelijk is aan de huidige regeling. Onder beide regelingen kan de bewijslast verdeeld worden. Voorts kan onder beide gebruik worden gemaakt van bewijsvermoedens. Het is mijns inziens dan ook de vraag wat de meerwaarde is van de voorgestelde regeling. Het feit dat de bewijsvermoedens van een wettelijke grondslag worden voorzien, geen begin- en eindvermogen meer hoeft te worden vastgesteld en een periode van zes jaar als uitgangspunt zal worden genomen voegt mijns inziens niets toe. Het is mijns inziens niet juist om en periode in de wet vast te leggen, maar moet gekeken worden naar de omstandigheden van ieder concreet geval.
Daar komt bij dat het wetsvoorstel mijns inziens op een aantal punten tekortschiet ten opzichte van de Engelse regeling. Naar mijn mening worden in Engeland strengere eisen gesteld, alvorens gebruik moet worden gemaakt van de wettelijke bewijsvermoedens (‘criminal lifestyle’). Voorts heeft de rechter meer vrijheid om specifieke bedragen op het te ontnemen bedrag in mindering te brengen en wordt de betrokkene in Engeland door de ‘rule against self-incrimination’ beschermd tegen schending van de onschuldpresumptie (en nemo tenetur-beginsel) terwijl dat in Nederland niet het geval is. De rechtspositie van de betrokkene wordt naar mijn mening in Engeland beter gewaarborgd.

Het wetsvoorstel brengt echter een ingrijpende wijziging van het tweede lid van art. 36e Sr met zich mee, waardoor het derde lid haar relevantie zal verliezen. Het tweede lid zal mijns inziens een groter toepassingsbereik krijgen dan het voorgestelde derde lid en dat is gelet op de kanttekeningen die reeds bij het derde lid geplaatst zijn niet wenselijk. Op grond van het tweede lid kan voordeel worden ontnomen indien de betrokkene voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van het feit waarvoor hij is veroordeeld *of* andere strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan.[176] Onder ´andere feiten` kunnen alle strafbare feiten worden gezien, ongeacht de bedreiging met een geldboete van de vijfde categorie. Bij toepassing van het huidige tweede lid moet het echter gaan om soortgelijke feiten en ten aanzien van niet-soortgelijke feiten geldt een vijfde categorie-eis. Volgens de minister van justitie biedt het tweede artikellid, als voorheen, een basis voor ontneming, waarbij het voordeel per afzonderlijk feit kan worden vastgesteld. Dat laat onverlet, zoals ook in de rechtspraak is erkend, dat bij de berekening van dit voordeel ook gebruik kan worden gemaakt van methoden die het vermogen van de veroordeelde als uitgangspunt nemen, zoals de methode van kasopstelling of vermogensvergelijking. Het wetsvoorstel brengt hierin geen verandering. Anders dan het voorgestelde artikel 36e, derde lid, Sr kan hier echter niet tot zes jaren in tijd worden teruggegaan. De bewijsvermoedens zijn niet van toepassing, volgens

[176] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 7.

de minister van justitie. Dat zou een rol kunnen spelen bij de vraag of het openbaar ministerie een vordering zal baseren op art. 36e, tweede of derde lid, Sr.[177]
De beredenering van de minister van justitie is mijns inziens onjuist. De vermogensvergelijking kan zien op een periode langer dan zes jaar. Een langere periode zal praktisch veelal niet haalbaar zijn, maar is niet uitgesloten. Voorts wordt bij de methode van de vermogensvergelijking al gebruik gemaakt van bewijsvermoedens. Voordat ontneming op grond van het voorgestelde derde lid van art. 36e Sr kan plaatsvinden, moet aan een aantal voorwaarden voldaan zijn. De betrokkene moet zijn veroordeeld wegens een feit dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie. Voorts moet aannemelijk zijn dat behalve dat misdrijf ook het plegen van andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe heeft geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. Het tweede lid kent alleen de eis dat de betrokkene voordeel moet hebben verkregen uit het feit waarvoor hij is veroordeeld *of* er moeten voldoende aanwijzingen zijn dat de betrokkene andere strafbare feiten heeft begaan. De vijfde categorie-eis geldt ten aanzien van het tweede lid niet en doordat het woordje *of* wordt gebruikt is het in principe alleen vereist dat de betrokkene voordeel heeft behaald uit het feit waarvoor hij is veroordeeld *of* uit een ander feit.
Ontneming op grond van het tweede lid is dan ook aan minder eisen verbonden dan ontneming op grond van het derde lid, terwijl de consequenties voor de betrokkene ongeveer gelijk zijn. Hij is in beide gevallen aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat zijn vermogen legaal is verkregen. Door het ruime toepassingsbereik van het voorgestelde tweede lid van art. 36e Sr heeft het voorgestelde, maar ook het huidige derde lid mijns inziens in zijn geheel geen toegevoegde waarde. De voorwaarden die gesteld zijn bij het derde lid kunnen door de officier van justitie omzeild worden door ontneming te vorderen op grond van het tweede lid en dat terwijl mijns inziens de voorwaarden die gesteld worden bij het derde lid de rechtspositie van de betrokkene al niet voldoende waarborgen. Er worden mijns inziens immers te lage eisen gesteld voor de toepassing van het voorgestelde derde lid. Het dwingende karakter van de wettelijke regeling brengt met zich mee dat de rechter de bewijsvermoedens *moet* hanteren. Dit heeft voor de betrokkene vergaande consequenties, omdat een periode van zes jaar het uitgangspunt zal zijn. Het wetsvoorstel is om die reden mijns inziens niet toereikend als het gaat om de rechtspositie van de betrokkene. Dit kan mogelijk anders komen te liggen als het dwingende karakter van de wettelijke regeling wordt losgelaten.

9.8 Het wetsvoorstel in Europees perspectief

De minister van justitie gaat in de Memorie van Toelichting na of het gebruik van het voorgestelde bewijsvermoeden verenigbaar is het met de onschuldpresumptie neergelegd in art. 6 EVRM.[178] Daarbij wordt gekeken naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Phillips, waarin het gebruik van een

[177] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 8.
[178] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3, p. 6-7.

wettelijk bewijsvermoeden verenigbaar werd gevonden met art. 6 EVRM.[179] Het EHRM is niet tegen de toepassing van wettelijke bewijsvermoedens, mits er voldoende procedurele waarborgen zijn. Hierbij wijst het EHRM op de volgende 'safgeguards': 'the assessment was carried out by a court with a judicial procedure including a public hearing, advance disclosure of the prosecution case and the opportunity for the applicant to adduce documentary and oral evidence'.[180]
De minister van justitie wijst vervolgens op de reeds bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de methode van de vermogensvergelijking.[181] Bij deze methode wordt namelijk ook gebruik gemaakt van een verdeling van de bewijslast. Aan de betrokkene wordt de gelegenheid gegeven, zo nodig door bescheiden gestaafd, tegenover de rechter aannemelijk te maken dat de vermogensstijging niet of niet geheel haar oorsprong vindt in feiten als bedoeld in art. 36e Sr. Het gebruik van het wettelijk bewijsvermoeden is hiermee geheel in lijn, volgens de minister van justitie.
De voorgestelde regeling verschilt echter van de Engelse regeling *en* van de huidige Nederlandse regeling. Het voorgestelde tweede lid heeft een ruimer toepassingsbereik dan het huidige tweede lid en heeft zelfs een ruimer toepassingsbereik dan het voorgestelde derde lid van art. 36e Sr. Voorts verschillende de eisen die in de voorgestelde regeling gesteld worden ten opzichte van de Engelse regeling. De vijfde categorie-eis is mijns inziens niet gelijk aan de eis dat een betrokkene een 'criminal lifestyle' moet hebben. Voorts wordt in Engeland rekening gehouden met een mogelijke 'serious risk of injustice'. De verkorting van de periode op grond van art. 36e lid 4 Sr volstaat mijns inziens niet. In Engeland wordt de betrokkene verder beschermd door de 'rule against self-incrimination'. In Nederland bestaat een dergelijke regeling in het huidige ontnemingsrecht niet en komt die regeling ook niet terug in het wetsvoorstel.
Het is niet mogelijk om te concluderen dat een combinatie van deze factoren strijd zal opleveren met het EVRM. Mijn inziens is het echter ook lastig om te zeggen dat de voorgestelde regeling geheel in lijn is met de jurisprudentie van het ERHM, gelet op de verschillen. Mijns inziens wordt de rechtspositie van de betrokkene in mindere mate gewaarborgd.
Het risico van dubbeltellingen behoeft mijns inziens in ieder geval aandacht. Naar mijn mening mag de informatie die een betrokkene verstrekt niet als bewijs gebruikt worden in een strafrechtelijke procedure.

[179] EHRM 5 juli 2001, appl. nr. 41087/98 (Phillips vs. United Kingdom)
[180] EHRM 5 juli 2001, appl. nr. 41087/98 (Phillips vs. United Kingdom)
[181] Hoge Raad 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 en Hoge Raad 24 april 2007, NJ 2007, 265

Conclusie

Dit onderzoek heeft getracht onderstaande onderzoeksvraag te beantwoorden:

Onder welke voorwaarden kan, gelet op de onschuldpresumptie vervat in art. 6 lid 2 EVRM en het nemo tenetur-beginsel, de methode van de 'omkering van de bewijslast' in het Nederlandse ontnemingsrecht gehanteerd worden en levert deze methode een meerwaarde op in vergelijking met het huidige Nederlandse ontnemingsrecht?

Mijns inziens schiet het wetsvoorstel op een aantal punten tekort. Ten eerste ben ik van mening dat de voorgestelde periode van zes jaar geen wettelijke grondslag behoeft. Het wetsvoorstel sluit aan bij de in Engeland gehanteerde periode van zes jaar zonder dat daar een reden voor is genoemd. Mijns inziens zou dan beter bij de vijfs-jaars termijn bij een civiele vordering kunnen worden aangesloten. De ratio van de vijf-jaars termijn bij een civiele vordering is gelegen in de rechtszekerheid en de billijkheid. Tevens spelen praktische argumenten een rol. Indien een vordering niet zou verjaren, dan zou men gedwongen worden om een hele lange tijd stukken en betalingsbewijzen te bewaren. Bovendien wordt de bewijslevering na verloop van tijd steeds moeilijker en onbetrouwbaarder. Dergelijke argumenten zijn ook van toepassing op het ontnemingsrecht. Ook in Engeland wordt het niet redelijk gevonden om van een betrokkene te verwachten dat hij zijn documenten langer dan zes jaar bewaart. Een langere periode zou de bewijslast die op de verdediging ligt onacceptabel maken, omdat veel betrokkenen na vele jaren niet meer de beschikking hebben over de juiste documenten om aan te tonen dat het bezit een legale herkomst heeft. In Engeland is gekozen voor een periode van zes jaar, omdat reeds in de Finance Act een wettelijke bewaarplicht van zes jaar was opgenomen. Nederland kent geen wettelijke bewaarplicht van zes jaar en daarom zou de periode van vijf jaar een beter uitgangspunt zijn, gelet op de verjaringstermijn van civiele vorderingen. Door de huidige technologische ontwikkelen wordt echter afbreuk gedaan aan het argument, dat het voor een betrokkene onredelijk zou zijn om zijn documenten langer dan vijf jaar te moeten bewaren. Veel documenten worden digitaal opgeslagen en zijn vele jaren later nog raad te plegen. Mogelijk zou op basis van dat argument een langere periode gehanteerd kunnen worden. Het blijft echter problematisch om een periode van een wettelijke grondslag te voorzien, aangezien de periode op meerdere momenten betrekking kan hebben, namelijk de periode voorafgaande aan het begaan van het feit en de periode voorafgaande aan de procedure in de hoofdzaak. Bij beide opties kunnen de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Een wettelijke grondslag zorgt ervoor dat er geen rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval en dat is mijns inziens voor de vaststelling van de periode heel belangrijk. Het is mijns inziens dan ook niet noodzakelijk om een bepaalde periode in de wet op te nemen. Gelet op de bewezenverklaring en de feiten en aanwijzingen in het concrete geval moet de omvang van de periode bepaald worden.

Ten tweede ben ik van mening dat het wetsvoorstel te lage eisen stelt aan het hanteren van wettelijke bewijsvermoedens. In Engeland is vereist dat sprake is van een 'criminal lifestyle'. De minister van justitie is van mening dat deze eis vertaling vindt in de vijfde categorie-eis. De vijfde categorie-eis volstaat mijns inziens niet, aangezien vrijwel alle vermogensdelicten worden bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie. In Engeland worden, behoudens in geval van een klein groepje zware misdrijven, nadere eisen gesteld, zoals de eis dat het voordeel ten minste 5000 pond moet bedragen. Het wetsvoorstel kent die eisen niet dan wel beperkt. Het huidige derde lid van art. 36e Sr kent dergelijke eisen ook niet, maar bij de methode van de vermogensvergelijking wordt veelal geen periode van zes jaar gehanteerd en is het aan de rechter om te bepalen of er aanleiding bestaat om de bewijslast te verdelen.
Voorts ben ik van mening dat de Engelse rechter meer vrijheid heeft om specifieke vermogensbestanddelen buiten beschouwing te laten doordat sprake kan zijn van een 'serious risk of injustice'. De enige mogelijkheid die de rechter op basis van het wetsvoorstel krijgt is de mogelijkheid om de periode te verkorten. Op die manier wordt het lastiger om specifieke vermogensbestanddelen buiten beschouwing te laten. De rechter kan bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat een dubbeltelling heeft plaatsgevonden. Mijns inziens moet de rechter in een dergelijk geval de mogelijkheid hebben om een bedrag of percentage op het berekende voordeel in mindering te brengen. Hierdoor wordt de rechtspositie van de betrokkene, naast zijn gelegenheid om verweer te voeren, beter gewaarborgd. De verkorting van de termijn volstaat naar mijn mening niet.
In Engeland is een 'rule against self-incrimination' in de wet opgenomen. De informatie die een betrokkene verstrekt mag niet worden gebruikt in een strafrechtelijke procedure. Hierdoor wordt mijns inziens de problematiek met betrekking tot (de onschuldpresumptie en) het nemo tenetur-beginsel opgelost. De betrokkene heeft geen reden meer om terughoudend zijn en kan vrijuit verweer voeren tegen mogelijke dubbeltellingen, mits uitgesloten is dat de verstrekte informatie als startinformatie mag worden gebruikt. Mijns inziens dient een dergelijke regeling in het huidige ontnemingsrecht te worden opgenomen.
Het wetsvoorstel, behoeft mijns inziens op bovenstaande punten aanpassing. Het wetsvoorstel moet echter ook meerwaarde hebben ten opzichte van de huidige regeling. Mijns inziens heeft een aanpassing van het huidige bewijsregime geen meerwaarde.
Het wetsvoorstel komt op een aantal belangrijke punten overeen met de huidige regeling. De huidige regeling maakt het immers al mogelijk om de bewijslast te verdelen en gebruik te maken van bewijsvermoedens. Ik zie geen reden om de bewijsvermoedens van een wettelijke grondslag te voorzien. In de jurisprudentie wordt immers al geruime tijd gebruik gemaakt van de vermoedens.
Voorts betreft het geen exclusieve grondslag, aangezien de mogelijkheid om gebruik te maken van de vermogensvergelijking blijft bestaan en kan de periode waarover de strafbare feiten zich hebben uitgestrekt nog steeds als uitgangspunt kan worden genomen. Tevens hoeft geen begin- en

eindvermogen meer te worden vastgesteld, maar dat neemt niet weg dat het nog steeds lastig zal zijn om het vermogen van de betrokkene te achterhalen.
Verder heeft art. 36e lid 3 Sr van het wetsvoorstel geen enkele meerwaarde ten opzichte van het tweede lid van dat artikel. Het tweede lid heeft immers een zeer ruim toepassingsbereik. Het hoeft niet meer te gaan om soortgelijke feiten en ten aanzien van niet-soortgelijke feiten is de vijfde categorie-eis komen te vervallen. In principe is alleen vereist dat de betrokkene voordeel heeft verkregen uit het feit waarvoor hij is veroordeeld *of* uit andere feiten. De methode van de vermogensvergelijking kan ook in het kader van het tweede lid worden gebruikt en omdat deze methode ook een verdeling van de bewijslast en het gebruik van bewijsvermoedens mogelijk maakt, heeft het mijns inziens geen toegevoegde waarde om het derde lid in het wetsvoorstel op te nemen.
Mijns inziens zal het wetsvoorstel niets toevoegen ten opzichte van de huidige regeling, waardoor moet worden afgezien van invoering van het wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Op enkele punten zal de rechtspositie van de betrokkene achteruit gaan door invoering van het wetsvoorstel en dat is mijns inziens niet juist.

Tevens kan het Nederlandse ontnemingsrecht op een bepaald punt beter. Het Nederlandse ontnemingsrecht dient een ‘rule against self-incrimination’ op te nemen. Niet alle bewijsproblemen kunnen mijns inziens worden opgelost. Het zal naar mijn mening altijd lastig blijven om de totale omvang van het vermogen van een betrokkene in kaart te brengen. De betrokkene zal echter door een dergelijke regel makkelijker verweer kunnen voeren tegen mogelijke dubbeltellingen, ook al brengt het verweer met zich mee dat de betrokkene schuld moet bekennen aan feiten die niet aan de ontnemingsvordering ten grondslag hebben gelegen. De verstrekte informatie mag immers niet als startinformatie of als bewijs in een strafrechtelijke procedure worden gebruikt. Het risico van dubbeltelling kan hierdoor in ieder geval zoveel mogelijk worden beperkt.

Literatuurlijst:

Boeken en tijdschriften:

- **Borgers 2001**
  M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001.
- **Borgers & Kooijmans 2010**
  M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'verruiming of verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelsontneming', *DD* 2010, 16.
- **Bullock 2009**
  K. Bullock e.a.,*Examining attrition in confiscating the proceeds of crime,* The Research, Development and Statistics Directorate 2009.
- **Corstens 2005**
  G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht,* Deventer: Kluwer 2005.
- **Diggelen & Punt 2005**
  M.R. van Diggelen en H.G. Punt, 'Vrije bewijsleer in ontnemingszaken', *BOOM-nieuws* mei 2005, nr. 39.
- **Fortson 2002**
  R. Fortson, *Misuse of drugs and Drug Trafficking Offences*, London: Sweet & Maxwell 2002.
- **Fortson 2005**
  R. Fortson, *Misuse of drugs*, London: Sweet & Maxwell 2005.
- **Kempen 2003**
  M.A.H. Kempen, *Bewijs in ontnemingsprocedures,* Deventer: Kluwer 2003.
- **Kooijmans 2002**
  T. Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002
- **Millington & Sutherland Williams 2007**
  T. Millington & M. Sutherland Williams, *The proceeds of crime,* Oxford: Oxford University press 2007.
- **Punt 2006**
  H.G. Punt, *Praktijkboek Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, Den Haag: Sdu 2006.
- **Spier 2006**
  J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer Kluwer: 2006.
- **Vettori 2006**
  B. Vettori, *Though on criminal welth*, Dordrecht: Springer 2006.
- **Winch 2006**
  D. Winch, Confiscation and 'criminal lifestyle', Accounting evidence Ltd 2006.

Kamerstukken:

- *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 5.
- *Kamerstukken I* 1992/93, 21 504 en 22 083, nr. 53a.
- *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3.
- Explanatory Notes to Proceeds of Crime Act 2002
- *Hansard*, February 18, 1986; col. 207,208.
- MvA II w.o. 22 599, nr. 5 (uitbreiding van de verjaring).

Staatscourant:

- Aanwijzing ontneming (2009A003), *Stcrt* 2009, nr. 40.

Internetbronnen:

- **Telegraaf 2008**
  Telegraaf, '*crimineel moet bezit verklaren'*, 15 september 2008, <http://www.telegraaf.nl/binnenland/1920994/__Crimineel_moet_bezit_verklaren__.html?cid=rss>
- **Fortson 2008**
  R. Fortson, '*Confiscation Orders and the Proceeds of Crime Act 2002'*, 14 juni 2008 <*www.rudifortson4law.co.uk/.../Confiscation_orders_and_POCA2002_Rudi_Fortson_handout_v6.pdf*>
- **Computable 1997**
  Computable, *Internet-bankieren met de Rabo*, 3 oktober 1997.
  < http://www.computable.nl/artikel/ict_topics/internet/1316830/1282763/internetbankieren-met-de-rabo.html>

Jurisprudentie:

Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

- EHRM 9 februari 1995, *NJ* 1996, 606 (Welch v. United Kingdom)
- EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders v. United Kingdom)
- EHRM 1 maart 2007, *NJ* 2007, 349 (Geerings)
- EHRM 12 december 2002, *Application no. 41087/98 (*Phillips v. United Kingdom).
- EHRM 23 september 2008, *Applications nos. 19955/05 and 15085/06 (*Grayson and Barnham v. Kingdom).

- EHRM 5 juli 2005, *Application no. 19581/04* (Van Offeren v The Netherlands)

Hoge Raad:

- HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 411.
- HR 6 mei 1997, *NJ* 1997, 655.
- HR 9 september 1997, *NJ* 1998, 90.
- HR 9 juli 1998, *NJ* 1998, 841.
- HR 13 april 1999, *NJ* 1999, 483.
- HR 22 mei 2001, *NJ* 2001, 575.
- HR 26 februari 2002, *JOW* 2002, 22.
- HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96.
- HR 28 mei 2002, *JOW* 2002/23
- HR 25 juni 2002, *NJ* 2003, 97.
- HR 17 september 2002, *JOW* 2002, 43.
- HR 19 september 2002, *JOW* 2002, 43.
- HR 18 maart 2003, *NJ* 2003, 528.
- HR 1 april 2003, *NJ* 2003, 497.
- HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.
- HR 21 december 2004, *NbSr* 2005, 13.
- HR 10 mei 2005, *LJN* AS3767.
- HR 7 maart 2006, *LJN* AV0361.
- HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 265
- HR 23 januari 2008, *LJN* BA7648.

Gerechtshof:

- Hof ’s-Hertogenbosch 28 april 2004, nr. 20-001777.

- Hof 's-Gravenhage 07 september 2005, *LJN* AU2178.
- Hof Amsterdam 14 maart 2008, *LJN* BC8612.

Rechtbank:

- Rb 's-Hertogenbosch 24 maart 1997, *JOW* 1998, 39.
- Rb Amsterdam 17 februari 2000, *LJN* AA4869.
- Rb Amsterdam 10 februari 2009, *LJN* BH 6018.

Engelse jurisprudentie:

- *R v Cuthbertson* [1981] A.C. 470.
- *Ayensu and Ayensu* [1982] 4 Cr.App.R. (S) 248.
- *Re A Defandant* The Times, 7 April 1987.
- *Dickens* [1990] 91 Cr.App.R. 164.
- *R v Dickens* [1990] 93 Cr.App.R. 233.
- *Johnson* [1991] 2, Q.B. 249.
- *Re O* [1991] 1 All ER 330.
- *Chrastny* No.2 (1991) 93 Cr.App.R.406.
- *Callan* [1994] 98 Cr. App.R. 467.
- *Simons* [1994] 98 Cr.App.R.100.
- *Welch* (1995) 20 E.H.R.R. 247.
- *R v Dore* (1997) 2 Cr App R (S) 152.
- *Bentham and Clarke* (1997) 2 Cr.App.R.(S.) 99.
- *Brett, The Times*, October 13, 1997.
- *R v Martin and White* (1998) 2 Cr App R 385.
- *Delaney and Hanrahan* (May 14, 1999).

- *Simpson* [1998] 2 Cr.App.R.(S) 111.
- *R. v Benjafield and others* (2000) UKHL 2.
- *Re C (QBD, 4 September 2000.*
- *R. v. Barwick* ([2001] 1 Cr.App. R. (S) 129).
- *Chugh* [2003] EWCA Crim 363.
- *R v Levin* The Times, 20 February 2004.
- *R v De Prince* The Times, 16 March 2004.
- *Rezvi*, Re [2004] EWHC Admin.
- *Barnham* [2005] EWCA Crim 1049.
- *R v Jones* The Times, 8 august 2006
- *R. v Wright* [2006] EWCA Crim 1257.
- *R v X* [2007] EWCA Crim 2498.