

# Ontneming: goede verdediging loont

1-10-2024 |

Ontnemingsmaatregelen

Mr. drs. E.G. Engwirda

**In fraudezaken gaat de strafrechtelijke vervolging vrijwel altijd gepaard met een ontneming: de winst die de fraude heeft opgeleverd wordt afgepakt. Misdaad mag niet lonen. De ontneming leidt voor de verdachte nog wel eens tot een nare verrassing want ook voordeel voor feiten waarvoor de verdachte *niet* is veroordeeld kan worden afgepakt. En dat het voordeel misschien al lang is uitgegeven doet er niet toe. Hoe werkt de ontneming en wat kan de verdediging doen?**

## Wederrechtelijk verkregen voordeel

Een ontneming is niet bedoeld als straf – al voelt dat natuurlijk wel zo. De ontneming is een maatregel die de veroordeelde financieel gezien in de situatie brengt voordat het strafbare feit werd gepleegd. Daarvoor wordt in kaart gebracht wat het ‘wederrechtelijk verkregen voordeel’ is, de criminele winst zogezegd. Wat dat precies is ligt niet altijd voor de hand. Wanneer mensen worden opgelicht en betalen voor producten die ze nooit krijgen, zijn die betalingen het wederrechtelijk verkregen voordeel. Maar wat te denken van de volgende casus? Een bouwbedrijf heeft enkele valse dienstverbanden met mensen die hun eigen salaris contant betalen (vermoedelijk met zwart geld) en dat dan wit op hun bankrekening ontvangen.

Ze betalen ook een commissie voor deze ‘dienst’. Het bouwbedrijf heeft verder normale dienstverbanden en omzet. Is dan alle omzet wederrechtelijk verkregen voordeel, want deels verkregen via mensen met een vals dienstverband? Of slechts een deel van de omzet, namelijk dat toe te rekenen is aan de valse dienstverbanden? Of alleen de commissie op de valse dienstverbanden? Bij elke ontneming moet daarom eerst zorgvuldig worden gekeken wat de criminele activiteit daadwerkelijk aan voordeel heeft opgeleverd.

## Voordeel kan ook anders worden ingevuld

Meestal is het wederrechtelijk verkregen voordeel een opbrengst in geld. Het kan echter ook bestaan uit een kostenbesparing. Bij iemand die handelt in verdovende middelen of illegaal vuurwerk om zo het eigen gebruik te financieren wordt ook dat deel dat voor eigen gebruik was gezien als voordeel. Wie een lening afbetaalt heeft niet alleen de lening als wederrechtelijk verkregen voordeel, maar ook de bespaarde rente. Een vergunning die niet wordt aangevraagd kan ook als een kostenbesparing gelden. Een ander voorbeeld van kostenbesparing die wederrechtelijk voordeel opleverde is te lezen in een uitspraak van [Rechtbank Amsterdam in 2021](#)<sup>1</sup>.

Er kan niet alleen worden ontnomen voor de strafbare feiten waarvoor iemand is veroordeeld, maar ook voor *andere feiten*

Een bedrijf loosde meer vervuild water in het riool dan haar vergunning toestond. Het wederrechtelijk verkregen voordeel bestond uit kosten die waren bespaard doordat het teveel aan vervuild water niet op een andere (duurdere) manier was afgevoerd. Als met het voordeel uit een strafbaar feit is geïnvesteerd of een woning is aangekocht zal de waardestijging ook worden ontnomen, dat wordt vervolprofijs genoemd. Dergelijke investeringen kunnen overigens ook worden verbeurdverklaard, zie over [de samenloop van ontneming en verbeurdverklaring de blog van mijn collega Vincent Leenders](#)<sup>2</sup>.

#### **Ontneming kan over meer gaan dan de veroordeling**

Er kan niet alleen worden ontnomen voor de strafbare feiten waarvoor iemand is veroordeeld, maar ook voor *andere feiten* waarvan voldoende aanwijzingen bestaan dat die zijn gepleegd. Die andere feiten hoeven geen relatie te hebben met het feit waarvoor veroordeeld is. Dat geeft de officier van justitie bijvoorbeeld de mogelijkheid om niet alle feiten in het strafdossier te vervolgen, maar wel voor al die feiten te ontnemen. Dat wringt met het rechtvaardigheidsgevoel: de officier van justitie kan strategisch te werk gaan en ervoor kiezen om feiten waarvan niet helemaal zeker is dat er voldoende bewijs is voor veroordeling niet in de tenlastelegging op te nemen, maar wel het (vermeende) voordeel te ontnemen. Dat is strategisch omdat bij een feit waarvan een verdachte wordt vrijgesproken niet kan worden ontnomen, zo bepaalde het [Europese Hof in het Geerings arrest](#)<sup>3</sup>. Wordt iemand niet vervolgd en zijn er wel voldoende aanwijzingen dat een delict is gepleegd, dan kan wél worden ontnomen. In de praktijk vult de rechter het criterium 'voldoende aanwijzingen' zodanig in dat 'niet buiten redelijke twijfel kan worden vastgesteld dat andere strafbare feiten door de betrokkene zijn begaan', zie bijvoorbeeld [deze zaak van Rechtbank Midden-Nederland uit 2023](#)<sup>4</sup>. Bovendien moet de verdachte de gelegenheid krijgen om dat te bestrijden.

Vaak gaat het in zo'n geval over ontneming over een langere periode dan de periode die is bewezen in de strafzaak. Maar het kan ook gaan om een kleiner strafbaar feit dat niet is vervolgd, bijvoorbeeld een winkeldiefstal.

#### **Berekening wederrechtelijk verkregen voordeel:**

Er zijn grofweg twee methodes om het voordeel te berekenen: de transactiemethode en de kasopstelling. Bij de transactiemethode wordt vastgesteld wat het strafbare feit heeft opgeleverd en welke kosten direct toe te rekenen zijn aan het delict. Een voorbeeld daarvan is een [recente zaak uit mijn praktijk](#)<sup>5</sup>. Hierin had het Hof vastgesteld dat de verdachte een bekende bij een GGZ-instelling had omgekocht om een grote opdracht binnen te halen. Omdat de opdracht voortkwam uit omkoping werd de omzet van de opdracht beschouwd als wederrechtelijk verkregen voordeel. Daar gingen wel allerlei directe kosten vanaf, te beginnen met het omkopingsbedrag dat was betaald aan een van de werknemers van de GGZ-instelling. Daaruit blijkt dat het bij de berekening echt alleen gaat om wat iemand daadwerkelijk heeft overgehouden aan het strafbare feit. Ook de kosten van de consultants die de opdracht uitvoerden, de betaalde vennootschapsbelasting en advocaatkosten die zijn besteed aan een conflict met de GGZ-instelling over de hoogte van de factuur werden als kosten afgetrokken.

#### **Voer verweer**

De aftrap voor de berekening ligt bij het Openbaar Ministerie: die levert een rapport aan waarin de opbrengst en in aanmerking genomen kosten worden vastgesteld. Anders dan in de strafzaak hoeft het OM dit niet te bewijzen maar slechts aannemelijk te maken. Ook de normale bewijsregels uit het strafrecht - zoals dat er minimaal twee bewijsmiddelen moeten zijn - gelden niet. Bij de ontneming wordt de bewijslast op redelijke en billijke wijze verdeeld tussen de partijen. Voor de verdediging is het

## Het is ook mogelijk om een vergelijking te maken tussen iemands legale inkomsten en het aanwezige vermogen

daarom zaak om concreet op onderdelen aan te geven waarom bijvoorbeeld de opbrengst lager was, de kosten hoger, welke kosten zijn vergeten en welke eventuele besparingen niet kloppen. Om succes te hebben zal de verdediging haar punten moeten onderbouwen. Terug naar de [eerdergenoemde zaak](#)<sup>6</sup> van het bedrijf dat teveel vervuild water loosde in het riool. Het Openbaar Ministerie had drie scenario's geschetst wat het bedrijf had kunnen doen met het overschot aan vervuild water en daar de kosten bij berekend. Daarbij was gekozen voor het goedkoopste scenario, namelijk dat het bedrijf het vervuilde water zou vervoeren naar een rioolwaterzuiveringsinstallatie van Waternet. Dat zou transportkosten en analysekosten opleveren. Het bedrijf kwam echter zelf met een vierde scenario dat beduidend goedkoper was, namelijk dat het overschot zou worden geleverd aan een partner die nog wel ruimte had binnen de vergunning om in het riool te lozen. Aangezien de rechtbank dat aannemelijk vond is dit nieuwe scenario gebruikt voor de berekening, waardoor het te betalen bedrag veel lager werd.

### Kasopstelling

Het is ook mogelijk om een vergelijking te maken tussen iemands legale inkomsten en het aanwezige vermogen. Hierbij wordt gekeken naar de contante geldstromen binnen een onderneming of bij een persoon. De kasopstelling vergelijkt de geregistreerde inkomsten en uitgaven met de werkelijke situatie. Als er meer geld is – en is uitgegeven – dan verantwoord kan worden door legale inkomsten, dan kan dit verschil worden aangemerkt als wederrechtelijk verkregen voordeel. Het is dan aan de verdachte/veroordeelde om aan te geven en te onderbouwen waar de overige inkomsten vandaan zijn gekomen. De verklaring is dan veelal een lening, gokken of een erfenis, en zal met stukken onderbouwd moeten worden.

### Betalingsverplichting

De rechter schat het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel en legt een betalingsverplichting op.

Die betalingsverplichting kan lager liggen dan de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Zo kan de rechter rekening houden met de draagkracht van de betrokkene als direct al duidelijk is dat die naar redelijke verwachting nu en in de toekomst niet in staat is het bedrag te betalen. In de praktijk slaagt dit zelden en moet de betrokkene achteraf een nieuwe procedure voeren bij de rechtbank en vragen om vermindering van het te betalen bedrag. Andere argumenten die wel een rol spelen bij de vaststelling van de betalingsverplichting of bij een later verminderingsverzoek zijn: [gedoogbeleid ten aanzien van coffeeshops](#)<sup>7</sup>, ['dubbel afpakken' door een combinatie van ontneming en naheffing of navordering van belasting](#)<sup>8</sup>, of door een combinatie van ontneming en verbeurdverklaring. Maar ook kan eventueel aan de orde worden gesteld dat er ook al een schadevergoeding is betaald waardoor eigenlijk twee keer betaald wordt.

### Procedure en termijn

Bij eenvoudige strafzaken wordt de ontnemingsprocedure direct volgend op de strafzaak gevoerd. Bij ingewikkelde strafzaken wordt de ontnemingsprocedure apart en (een stuk) later behandeld. De officier van justitie moet dan wel uiterlijk tijdens de strafzaak bij de rechtbank aankondigen dat een ontnemingsprocedure volgt.

De ontnemingsvordering moet binnen twee jaar worden uitgebracht. Uiteindelijk zijn de officier van justitie en de rechter niet gebonden aan die vordering en kan op zitting een ander bedrag worden bepaald. Bij de behandeling op zitting is de rechter wel gebonden aan de beslissing van de rechter in de strafzaak. Dat wil zeggen dat als in de strafzaak veroordeeld is voor een bepaald feit, in de ontnemingszaak vast staat dat dat feit is gepleegd.

# Tot slot

## Bronnen

- 1 | <https://uitspraken.rechtspraak.nl/detail?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:4767&showbutton=true>
- 2 | <https://www.jaeger.nl/ontnemingsmaatregel-en-verbeurdverklaring-niet-onderling-vervangbaar/>
- 3 | <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-79657>
- 4 | <https://uitspraken.rechtspraak.nl/detail?id=ECLI:NL:RBMNE:2023:6280>
- 5 | [https://uitspraken.rechtspraak.nl/detail?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:2944&showbutton=true&keyword=omkoping,ggz&id\\_x=1](https://uitspraken.rechtspraak.nl/detail?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:2944&showbutton=true&keyword=omkoping,ggz&id_x=1)
- 6 | <https://uitspraken.rechtspraak.nl/detail?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:4767&showbutton=true>
- 7 | <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2022:67>
- 8 | <https://www.jaeger.nl/plukken-via-een-omweg-leidt-tot-dubbel-gepakt/>
- 9 | <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2023-16878.html>
- 10 | <https://www.jaeger.nl/expertise/ontnemingsmaatregelen-pluk-ze/>

In complexe zaken levert dat soms een schizofrene situatie op: in de ontnemingsprocedure wordt een jaar na de veroordeling door de rechtbank bij diezelfde rechtbank getwist over de omvang en kosten die gepaard gingen met een bepaald strafbaar feit, terwijl in hoger beroep in diezelfde periode vrijspraak voor dat feit wordt bepleit. Volgt in hoger beroep toch vrijspraak, dan vervalt ook de ontneming, zij het dat dit niet automatisch gebeurt: er moet dan nog wel een hoger beroep tegen de ontneming lopen of een verminderingsverzoek aanhangig worden gemaakt.

### Dubbel betalen: fiscaliteit

Ontneming en belastingheffing kunnen naast elkaar kunnen bestaan. Dit betekent dat een ondernemer niet alleen geconfronteerd kan worden met een ontnemingsvordering, maar ook nog eens extra belastingaanslagen kan krijgen opgelegd over datzelfde wederrechtelijke voordeel. Dan wordt er dus dubbel betaald. [Om dat te voorkomen is in het AAFD protocol vastgelegd dat de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie dit afstemmen](#)<sup>9</sup>. Dat werkt in vele gevallen niet, bijvoorbeeld als over de (achteraf gezien criminele) inkomsten al belasting was afgedragen. Over deze kwestie volgt later een separaat blog.

Wordt u geconfronteerd met een ontneming? Neem contact op met onze [specialisten](#)<sup>10</sup> voor een advies, een second opinion of om u in de ontnemingszaak bij te laten staan.

## Meer informatie of advies?

Kijk op [www.jaeger.nl/kennisbank](http://www.jaeger.nl/kennisbank) voor meer informatie over diverse onderwerpen en thema's. Als u vragen heeft, advies nodig heeft of een probleem wilt oplossen, kunt u contact opnemen met ons. Wij staan voor u klaar. U kunt ons bereiken op 020 - 676 04 81 of mail ons op [info@jaeger.nl](mailto:info@jaeger.nl)