

ANNOTATIE

Ontnemingsmaatregel zonder vaststelling duur gijzeling. Commentaar bij HR 26 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:109.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 26-01-2021, ECLI:NL:HR:2021:109 (SR-2021-0013)

De verdediging klaagt namens betrokkene, ten aanzien van wie een ontnemingsmaatregel is opgelegd in verband met een veroordeling voor diefstal en oplichting, over het niet bepaald zijn van de duur van de gijzeling die ten hoogste kan worden gevorderd.

De Hoge Raad overweegt dat de klacht op de opvatting berust dat als gevolg van de wijziging van artikel 36e Sr door de Wet USB (Wet van 22 februari 2017, *Stb.* 2017, 82) met ingang van 1 januari 2020, in deze zaak toepassing moet worden gegeven aan de voor de betrokkene gunstiger bepaling van artikel 36e lid 11 (nieuw) Sr, ook al is de bestreden uitspraak door het hof voor 1 januari 2020 geweest.

Het hof heeft in de bestreden uitspraak van 3 juli 2019 het wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op € 9.780 en aan de betrokkene de verplichting opgelegd tot betaling aan de Staat van dat bedrag.

De Hoge Raad haalt artikel 36e lid 11 Sr, zoals dat luidde tot 1 januari 2020 en de bepaling zoals die als gevolg van de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet USB op 1 januari 2020 luidt, aan en overweegt dat daarnaast met de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet USB op 1 januari 2020 artikel 577c Sv is komen te vervallen en artikel 6:6:25 Sv ingevoerd is. De Hoge Raad haalt die bepaling – voor zover voor de beoordeling van de klacht van belang – aan en overweegt dat door de gedeeltelijke inwerkingtreding op 1 januari 2020 van de Invoeringswet

herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (*Stb.* 2019, 504) artikel XLIVA is toegevoegd aan de Wet USB, luidende:

‘1. De wijzigingen van de artikelen 36e en 36f van het Wetboek van Strafrecht hebben geen gevolgen voor de toepassing van een lijfswang of vervangende hechtenis die door de rechter is bepaald voor het tijdstip waarop artikel II, onderdelen W en X, van deze wet in werking treden.

2. Een lijfswang of vervangende hechtenis, bedoeld in het eerste lid, wordt toegepast met inachtneming van de daarop betrekking hebbende artikelen zoals die luiden voor de inwerkingtreding van deze wet, met dien verstande dat de artikelen 6:4:20, vierde lid, tweede volzin en 6:6:25, zevende lid, tweede volzin, van het Wetboek van Strafvordering van overeenkomstige toepassing zijn.’

De Hoge Raad haalt de relevante passages uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2019/20, 35311, nr. 3, p. 16-17) aan en overweegt dat de wetswijzigingen, kort gezegd, hierop neerkomen dat als een veroordeelde de onherroepelijk aan hem opgelegde verplichting tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel niet voldoet en volledig verhaal niet mogelijk is gebleken, het openbaar ministerie geen verlot tot tenuitvoerlegging van lijfswang meer kan vorderen. In plaats daarvan kan het openbaar ministerie een vordering instellen om te worden gemachtigd gijzeling jegens de veroordeelde toe te passen. De regeling van de lijfswang en die van de gijzeling komen in hoofdlijnen overeen. Wat betreft het bepalen van de duur van de lijfswang respectievelijk gijzeling zijn er echter verschillen.

Met betrekking tot de *lijfswang* hield de wet in dat bij de toewijzing van de vordering tot het verlenen van verlot tot tenuitvoerlegging de raadkamer de duur van de lijfswang bepaalde, met een maximum van drie jaar (art. 577c lid 1 en 6 (oud) Sv). Bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel werd geen beslissing genomen met betrekking tot de lijfswang (vgl. art. 36e lid 11 (oud), Sr).

Op grond van artikel 36e lid 11 Sr zoals dat sinds 1 januari 2020 geldt, bepaalt de rechter bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel de duur van de *gijzeling* die ten hoogste kan worden gevorderd, met een maximum van drie jaar. Bij het bepalen van deze duur wordt voor elke volle € 25 van het opgelegde bedrag niet meer dan één dag gerekend. Anders dan in de toelichting op het cassatiemiddel wordt betoogd, houdt de rechter bij het bepalen van deze duur geen rekening met de huidige of de redelijkerwijs te verwachten toekomstige draagkracht van de betrokkene. Het uitgangspunt van de regeling van de gijzeling is immers dat de veroordeelde niet wordt onderworpen aan gijzeling indien sprake is van

betalingsonmacht. Artikel 6:6:25 lid 6 Sv bepaalt in verband daarmee dat geen gijzeling wordt toegepast als de veroordeelde – in de procedure waarin machtiging tot tenuitvoerlegging van gijzeling wordt gevorderd – aannemelijk maakt dat hij buiten staat is te voldoen aan de verplichting tot betaling.

Als de rechter de gevorderde machtiging tot tenuitvoerlegging van gijzeling toewijst, geldt op grond van artikel 6:6:25 lid 4 Sv dat de rechter de duur van de gijzeling bepaalt op ten hoogste de duur die op grond van artikel 36e lid 11 Sr bij het opleggen van de ontnemingsmaatregel is bepaald; voor elke volle € 25 van het bedrag waarvoor verhaal is gezocht, wordt niet meer dan één dag aan gijzeling gerekend.

De Hoge Raad overweegt dat met artikel XLIVA van de Wet USB in een overgangsbepaling is voorzien die betrekking heeft op de wijziging van artikel 36e lid 11 Sr en, daarmee verband houdend, het vervallen van artikel 577c Sv en de invoering van artikel 6:6:25 Sv. Artikel XLIVA brengt met zich dat sinds 1 januari 2020 alleen nog lijfswang kan worden toegepast in verband met een vóór 1 januari 2020 door de rechter verleend verlof tot tenuitvoerlegging van die lijfswang. In alle overige gevallen, ook als de ontnemingsmaatregel vóór 1 januari 2020 is opgelegd, geldt sinds 1 januari 2020 dat de nieuwe bepaling van artikel 6:6:25 Sv toepassing vindt en dat het openbaar ministerie uitsluitend nog op grond van die bepaling een vordering kan instellen om te worden gemachtigd gijzeling toe te passen.

In de situatie dat de ontnemingsmaatregel is opgelegd vóór 1 januari 2020 heeft de rechter bij die oplegging niet de duur van de gijzeling bepaald die met toepassing van artikel 6:6:25 Sv ten hoogste kan worden gevorderd. Een redelijke wetsuitleg brengt in zo'n geval met zich dat als het openbaar ministerie een vordering doet om te worden gemachtigd gijzeling toe te passen en de rechter die vordering toewijst, deze rechter de duur van de gijzeling bepaalt. Daarbij rekent hij, overeenkomstig de vierde volzin van artikel 6:6:25 lid 4 Sv, voor elke volle € 25 van het bedrag waarvoor verhaal is gezocht, niet meer dan één dag aan gijzeling. Voor zover in zo'n geval het bedrag waarvoor verhaal is gezocht, in verband met de kosten van verhaal hoger is dan het bedrag waarvoor de ontnemingsmaatregel is opgelegd, gaat de rechter bij de toepassing van de vierde volzin van artikel 6:6:25 lid 4 Sv uit van het bedrag waarvoor de ontnemingsmaatregel is opgelegd. In alle gevallen belooft, overeenkomstig de derde volzin van artikel 36e lid 11 Sr, de duur van de gijzeling ten hoogste drie jaar.

De Hoge Raad oordeelt dat, gelet op hetgeen is overwogen, de verdachte dus geen belang heeft bij zijn klacht dat in dit geval toepassing moet worden gegeven aan artikel 36e lid 11 Sr.