

ANNOTATIE

Profijtontneming; horen getuigen met het oog op vaststelling omvang.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 30-10-2018, ECLI:NL:HR:2018:2023 (SR-2018-0402)

De verdediging klaagt onder meer dat het hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, de verklaringen van de getuige heeft betrokken bij het oordeel dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen door middel van of uit baten van een soortgelijk strafbaar feit, nu de verdediging niet in staat is geweest deze getuige te ondervragen. Het hof heeft het voordeel dat de betrokkene door middel van of uit de baten van een soortgelijk strafbaar feit als bedoeld in artikel 36e lid 2 (oud) Sr heeft verkregen, geschat op een bedrag van € 1.763.856. Het hof heeft een door de verdediging gevoerd verweer omtrent het gebruik van de verklaringen van de getuige als volgt samengevat en verworpen.

Primair heeft de verdediging zich ten aanzien van het zaakdossier op het standpunt gesteld dat de advocaat-generaal daarin niet-ontvankelijk is in de ontnemingsvordering. Aan dit verweer is ten grondslag gelegd dat door het lange tijdsverloop aan de verdediging de gelegenheid is ontnomen de getuige te bevragen waardoor van een eerlijk proces geen sprake meer is. Subsidiair zou de onmogelijkheid tot het bevragen van getuige tot bewijsuitsluiting van diens verklaring dienen te leiden.

Het hof overweegt ten aanzien van deze verweren dat ten eerste de stelling dat de verdediging het ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen feitelijk onjuist is en de raadvrouw het ondervragingsrecht jegens getuige wel heeft kunnen uitoefenen en wel op 23 juni 2004 tijdens een rogatoire commissie naar Turkije, in het kader van de ontnemingsprocedure van de rechtbank en relatief kort na de gebeurtenissen. Gedurende dit verhoor is haar slechts één vraag belet te stellen. De rechter-commissaris heeft in een proces-verbaal van bevindingen

daarover opgemerkt dat ‘ten aanzien van het verloop van het verhoor opgemerkt wordt dat, nadat de officier van justitie en ik, rechter-commissaris, in de gelegenheid zijn gesteld vragen te stellen aan de getuige, de raadvrouw in de gelegenheid is gesteld vragen te stellen aan de getuige. Eén van de eerste door de raadvrouw gestelde vragen, die betrekking had op de waarde van de appartementen in kwestie, werd door de waarnemend Hoofdofficier van Justitie niet toegestaan omdat de relevantie van die vraag niet werd ingezien aangezien, zakelijk weergegeven, het een Turkse civielrechtelijke kwestie betrof. Nadat door de raadvrouw nog herhaaldelijk was gewezen op het belang van de vraag in kwestie, is door de Hoofdofficier van Justitie aangegeven dat het verhoor beëindigd zou worden. De raadvrouw heeft zich vervolgens tot mij, rechter-commissaris, gewend met het verzoek te bewerkstelligen dat haar de gelegenheid zou worden geboden verdere vragen te stellen. Ik, rechter-commissaris, heb de raadvrouw medegedeeld dat ik het, gelet op de stellige en een aantal malen herhaalde afwijzende reactie van de waarnemend Hoofdofficier van Justitie op de verzoeken van de raadvrouw om deze en nog andere vragen te mogen stellen, niet opportuun achtte me met een gelijkkluidend verzoek tot de Hoofdofficier van Justitie te wenden. Op verzoek van de raadvrouw is de getuige vervolgens nog een schrijven voorgehouden en zijn hem daaromtrent nog enige vragen gesteld, hetgeen in het proces-verbaal van verhoor is gerelateerd, waarna het verhoor van de getuige is beëindigd.’

Het hof oordeelt dat de vraag naar de waarde van de appartementen uiteraard een belangrijke vraag is in het kader van deze ontnemingszaak. De waarde van de appartementen is echter geen vraag die van de zijde van deze getuige beantwoord hoeft te worden, maar aan de hand van andere bronnen en informatie kan worden vastgesteld. Het is ook geen vraag die betrekking heeft op de eigen waarneming en ondervinding van de getuige. Het feit dat een enkele vraag is belet op dit punt, rechtvaardigt niet de conclusie dat het ondervragingsrecht niet uitgeoefend is kunnen worden. Daarnaast merkt het hof nog op dat – even uitgaande van de juistheid van de stelling dat het ondervragingsrecht niet is uitgeoefend – het feit dat de verdediging de getuige niet (dan wel onvoldoende) heeft kunnen bevragen in het onderhavige geval zou moeten leiden tot uitsluiten van het bewijs van de verklaring, geen doel treft. De verdediging miskent dat uit de zogenoemde *Vidgen*-jurisprudentie (ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306) voortvloeiende regels (dat het gebruik van een in het vooronderzoek afgelegde verklaring afkomstig van een niet-ondervraagde getuige onverenigbaar is met artikel 6 lid 3 EVRM indien die verklaring niet wordt bevestigd door ander bewijsmateriaal dat betrekking heeft op de door verdachte betwiste onderdelen van de belastende verklaring) niet van toepassing zijn in de ontnemingsprocedure (vgl. ECLI:NL:HR:2010:BK3424 en ECLI:NL:HR:2015:898). Maar ook wanneer uitgegaan wordt van de geldigheid van deze uit de *Vidgen*-jurisprudentie volgende regels in de ontnemingsprocedure behoeft in het onderhavige geval niet tot bewijsuitsluiting van de

verklaring van getuige te worden gekomen. De verklaring van getuige is immers geen ‘*sole or decisive*’-bewijs, maar vindt steun in ander bewijsmateriaal waaronder de eveneens als bewijsmiddel opgenomen telefoongesprekken, de verklaringen van een betrokkene, de akten die omtrent de overdracht zijn opgemaakt en de kopieën van cheques die in de woning van veroordeelde zijn aangetroffen. In het kader van de hogerberoepsprocedure is de getuige wederom als getuige gehoord in Turkije door middel van een rogatoir verhoor. Tijdens dit verhoor heeft hij te kennen gegeven zich weinig meer te herinneren. De raadvrouw heeft voor dit verhoor schriftelijke vragen ingezonden. Dit wil echter niet zeggen dat niet meer gezegd kan worden dat het ondervragingsrecht niet meer kan worden uitgeoefend. In het Vidgen II-arrest (ECLI:NL:HR:2017:1017) bevestigt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat de enkele omstandigheid dat de getuige pas na vijftien jaar is bevraagd en op veel vragen heeft geantwoord dat hij zich niets meer daarover kan herinneren, geen inbreuk op het ondervragingsrecht van de verdediging inhoudt. Dit oordeel komt ook tot uitdrukking in eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad waar is geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een getuige de aan hem gestelde vragen niet (volledig) beantwoordt omdat hij – al dan niet vanwege tijdsverloop – onvoldoende concrete herinneringen heeft aan wat hij met betrekking tot wat aan de verdachte is tenlastegelegd, heeft waargenomen of ondervonden, niet meebrengt dat een effectieve en behoorlijke ondervragingsmogelijkheid heeft ontbroken (vgl.ECLI:NL:HR:2016:679).

Nu in casu naar het oordeel van het hof geen inbreuk is gemaakt op het ondervragingsrecht, behoeft geen uitsluiting van de verklaring van getuige als bewijsmiddel plaats te vinden, laat staan de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

De Hoge Raad overweegt, na het aanhalen van artikel 36e lid 1 en 2 Sr zoals dat luidde tot de inwerkingtreding van de Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming op 1 juli 2011, *Stb.* 2011, 171, dat artikel 6 lid 1 EVRM op de ontnemingsprocedure van toepassing is (vgl. ECLI:CE:ECHR:2001:0705JUD004108798, par. 39). In die procedure moet derhalve zijn gewaarborgd dat aan de verdedigingsrechten van de betrokkene wordt tegemoetgekomen. In de strafprocedure geldt dat de verdediging op grond van artikel 6 lid 3 aanhef en onder d EVRM het recht heeft op een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om getuigen in enig stadium van het geding daadwerkelijk te (doen) ondervragen. Indien voor de verdediging geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft bestaan om een getuige te (doen) ondervragen, kan het gebruik van een door die getuige afgelegde verklaring in de strafzaak in strijd komen met artikel 6 EVRM (vgl. ECLI:NL:HR:2017:1015). De ontnemingsprocedure heeft een ander karakter dan de strafprocedure. Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, kan ingevolge artikel 338 Sv door de rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de

overtuiging heeft bekomen. In de ontnemingsprocedure is de rechter voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel gebonden aan artikel 511f Sv waarin is bepaald dat de rechter die schatting slechts kan ontleen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. In verband daarmee gelden in de ontnemingsprocedure andere regels van procesrecht dan in de strafprocedure (vgl. ECLI:NL:HR:2010:BK3424).

De Hoge Raad overweegt dat, gelet op het karakter van de ontnemingsprocedure zijn de uit de zogenoemde *Vidgen*-jurisprudentie – ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306 – voortvloeiende regels niet onverkort van toepassing in die ontnemingsprocedure (vgl. ECLI:NL:HR:2015:898). Die regels hebben echter wel betekenis indien en voor zover een in het verband van de ontnemingsprocedure te nemen beslissing inhoudt dat de betrokkene zelf een concreet aangeduid strafbaar feit heeft begaan. De Hoge Raad overweegt dat het hof geoordeeld heeft dat voldoende aanwijzingen bestaan dat door de betrokkene 'bedreigingen en intimidaties' zijn begaan die een soortgelijk strafbaar feit als bedoeld in artikel 36e lid 2 (oud) Sr vormen, en dat door die bedreigingen en intimidaties getuige is gedwongen tot het afstaan van appartementen in aanbouw, waardoor de betrokkene een wederrechtelijk voordeel ter hoogte van een bedrag van € 1.763.856 heeft verkregen. De Hoge Raad overweegt dat het hof, blijkens zijn overwegingen, aanwijzingen heeft ontleend aan verklaringen van getuige en in dat verband vastgesteld dat de verdediging getuige zowel mondeling als schriftelijk daadwerkelijk vragen heeft kunnen stellen en ook heeft gesteld. De Hoge Raad oordeelt dat het daarop gebaseerde oordeel van het hof dat een behoorlijke en effectieve mogelijkheid tot ondervraging van de getuige niet heeft ontbroken en dat de verklaringen van getuige, zonder schending van de aan de betrokkene op grond van artikel 6 EVRM toekomstige verdedigingsrechten, kunnen worden betrokken bij de vaststelling van een door de betrokkene begaan soortgelijk strafbaar feit als bedoeld in artikel 36e lid 2 (oud) Sr en de schatting van het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel, gelet op hetgeen is vooropgesteld, niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en toereikend gemotiveerd is.