

ANNOTATIE

Motivering geschatte ontnemingsbedrag.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 11-12-2018, ECLI:NL:HR:2018:2287 (SR-2018-0440)

De verdediging klaagt namens betrokkene, ten aanzien van wie maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk voordeel is opgelegd, dat de schatting door het hof van het verkregen voordeel, in het licht van het gevoerde verweer, onbegrijpelijk is, dan wel ontoereikend gemotiveerd is.

Het hof heeft het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op € 175.730,75. Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman van de betrokkene aldaar het woord gevoerd overeenkomstig de bij het proces-verbaal gevoegde pleitnota. Deze pleitnota houdt onder meer in dat de advocaat-generaal (A-G) bij conclusie van repliek in hoger beroep zich respectievelijk op het standpunt heeft gesteld, kort zakelijk samengevat, dat het opnieuw berekende wederrechtelijk verkregen voordeel van betrokkene op een bedrag van € 172.517 dient te worden vastgesteld, alsmede een nog nader te berekenen bedrag aan zogenoemd vervolgprofijt. Aan die herberekening van gesteld voordeel ligt mede ten grondslag dat betrokkene dagelijks 5 gram heroïne per dag zou hebben gebruikt en dat altijd de gewone marktprijs van € 45 per gram zou zijn betaald, aldus de A-G. Dit standpunt dient echter om meerdere redenen gepasseerd te worden. (...) Weliswaar heeft betrokkene op de vorige zitting gemotiveerd erkend, ongeveer een jaar aan heroïne en cocaïne verslaafd te zijn geweest, doch dat brengt echter niet mee, dat de hiervoor genoemde onbegrijpelijke berekening van het Openbaar Ministerie (OM) zijn werkelijk gebruik en werkelijke kosten weergeeft. Integendeel. Om te beginnen heeft de A-G niet gemotiveerd betwist, dat in genoemd jaar betrokkene soms een paar weken is gestopt en dat

hij meestal minder heroïne per dag heeft gebruikt dan genoemde 5 gram per dag: slechts in het ergste geval 3 tot 4 gram per dag, soms ook maar 1 gram per dag. Zijn werkelijke drugsgebruik en werkelijke voordeel is dus veel lager dan de A-G zonder meer stelt. Voor het standpunt van betrokkene over diens werkelijke drugsgebruik (en tegen het standpunt van het OM) pleit ook dat volgens de deskundigen van het NFI 4 tot 5 gram heroïnegebruik per dag amper met leven verenigbaar is. Laat staan, dat vijf gram per dag gedurende een vol jaar lang met leven verenigbaar is. Aangezien er voorts geen wettig bewijs (en ook geen taps gedurende een jaar) in de stukken zich bevindt, waaruit volgt dat betrokkene een jaar lang elke dag die hoeveelheid van 5 gram gebruikt zou hebben, diens vrouw geen redenen van wetenschap bij haar subjectieve stelling heeft aangegeven en betrokkene dat bewuste telefoongesprek heeft uitgelegd en de uitleg door het OM betwist, is het standpunt van betrokkene meer aannemelijk dan het onvoldoende deugdelijke onderbouwde verhaal van het OM.

Ter zitting van het hof heeft het hof betrokkene de vraag gesteld, van welk geld hij verdovende middelen kocht. Het antwoord is simpel en volgt ook grotendeels uit de stukken. Niet alleen door van zijn familie c.q. zus geleend geld, maar ook uit casino winsten, en door derden – i.c. van een betrokkene, geleend geld, zo blijkt uit CIE/TCI-informatie (...) De A-G heeft verder onvoldoende gemotiveerd betwist, dat betrokkene grote hoeveelheden harddrugs inkocht. Dus niet altijd als junk op straat in kleine hoeveelheden tegen de gewone marktprijs van € 45. Als Turkse Amsterdammer was hij niet onbekend in de heroïnewereld, terwijl het liquidatiegevaar er kennelijk niet voor niets is. De CIE-informatie, ook inhoudende dat betrokkene afgenomen drugs nog niet aan genoemde betrokkene had betaald, zijn antecedenten en de inhoud van de stukken in zowel de straf- als ontnemingzaak wijzen daar ook op. Zijn standpunt op dit punt is genoegzaam aannemelijk en dient gevolgd te worden. De berekening van het OM dient ook om deze redenen dus gepasseerd te worden. De berekeningen door en namens betrokkene zijn begrijpelijk en liggen veel meer voor de hand dan de al te uitbundige schattingen en berekeningen van het OM. Het door het OM gestelde door betrokkene genoten ‘vervolgprofijt’ (rente verkregen op (na) in beslag genomen gelden) dient eveneens gepasseerd te worden. Het betreft immers géén door betrokkene daadwerkelijk behaald rendement, mede gelet op het feit dat dit geld betrof verkregen uit de lening van zijn zus (€ 6.000) en van genoemde betrokkene, zoals bij conclusie uiteengezet.

De Hoge Raad overweegt dat het bestreden arrest, voor zover in cassatie van belang, met betrekking tot de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel inhoudt dat de advocaat-generaal ter terechtzitting in hoger beroep heeft gesteld dat het Openbaar Ministerie uitgaat van een drugsgebruik in de jaren 2012-2013 van 5 gram per dag à € 45 euro per gram welk totaalbedrag zal worden afgetrokken van het onverklaarbaar vermogen. Voorts is het vervolgprofijt ter terechtzitting van 8 januari 2016 tot die datum vastgesteld op € 1.422,98. Ter

terechtzinging in hoger beroep heeft de advocaat-generaal aangevoerd dat voor het vervolprofijs geen nieuwe berekening zal worden gemaakt na voornoemde datum. De advocaat-generaal heeft gevorderd dat aan de veroordeelde de verplichting wordt opgelegd tot betaling aan de Staat van € 174.191 ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De raadsman van de veroordeelde heeft bepleit dat ten aanzien van het drugsgebruik van de veroordeelde in de jaren 2012-2013 uitgegaan dient te worden van een veel lager gebruik dan het Openbaar Ministerie stelt. Ook heeft de veroordeelde de drugs ingekocht tegen groothandelprijzen. Ten slotte dient het vervolprofijs gepasseerd te worden, nu het geleende geldbedragen betreft.

Het hof zal het wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen aan de hand van de eenvoudige kasopstelling. Hierbij worden over de periode van 1 januari 2012 tot en met 19 maart 2013 de totale contante uitgaven afgezet tegen de legale contante inkomsten. Indien het verschil negatief is, is sprake van contante ontvangsten met een onbekende (illegale) herkomst. Een negatieve kas is immers niet mogelijk: men kan niet meer contant uitgeven dan men fysiek aan kasgeld beschikbaar heeft. Het kan in die situatie niet anders zijn dan dat door de veroordeelde en/of door (een) ander(en) gepleegd(e) strafba(a)r(e) feit(en) (wederrechtelijk) voordeel is verkregen ten minste ten belope van deze (illegale) inkomsten. Blijkens een kasopstelling heeft de veroordeelde € 516.091,23 contant uitgegeven. Onder de veroordeelde is een bedrag van € 18.360,96 in beslag genomen. Voorts heeft de veroordeelde met stukken onderbouwd dat hij een lening van € 6.000 van zijn zus heeft ontvangen. Omtrent het drugsgebruik in de periode 2012-2013, met een totaal van 442 dagen, is het hof van oordeel dat een dagelijks gebruik van 3,5 gram à € 30 per gram redelijk is. Het hof heeft de prijs van de drugs gebaseerd op gegevens uit de Nationale Drugs Monitor over de jaren 2012-2013 en heeft in het voordeel van de verdachte rekening gehouden met het feit dat hij als veelgebruiker de drugs tegen een lagere prijs dan de gemiddelde gebruiker kon aanschaffen. Het totaalbedrag voor de contante uitgaven voor drugsgebruik voor de periode in 2012-2013 komt daarmee op: $(3,5 \text{ gram} \times € 30) \times 442 \text{ dagen} = € 46.410$. Het hof is van oordeel dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel, geschat op een bedrag van € 174.307,77, heeft verkregen. Het hof ontleent deze schatting aan de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat en gaat uit van de volgende berekening:

- I. Contante uitgaven € 516.091,23
- II. Contante uitgaven drugsgebruik 2010-2011 € 271.012,50
- III. In beslag genomen geldbedrag € 18.360,96
- IV. Geldlening € 6.000

IV. Contante uitgaven drugsgebruik 2012-2013 € 46.410

Wederrechtelijk verkregen vermogen: € 174.307,77

Het vervolgprofijs bedraagt volgens opgave van de advocaat-generaal aan rente-inkomsten vanaf de datum van inbeslagneming tot 8 januari 2016 € 1.422,98. Het wederrechtelijk verkregen voordeel komt hiermee op: € 174.307,77 + € 1.422,98 = € 175.730,75.

De Hoge Raad overweegt na het aanhalen van de aanvulling van het hof op het verkorte arrest, als bedoeld in artikel 365a Sv, dat het hof de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft gebaseerd op de resultaten van een kasopstelling, waarin onder meer de door de betrokkene gedane uitgaven voor drugsgebruik in de jaren 2012 en 2013 zijn betrokken. Bij de vaststelling van de uitgaven voor drugsgebruik over de jaren 2012-2013 is het hof uitgegaan van een hoeveelheid van 3,5 gram drugs per dag terwijl het hof voorts de 'groothandelsprijs', zoals ook door de raadsman was bepleit, heeft gehanteerd. De Hoge Raad oordeelt dat het hierop gebaseerde oordeel van het hof dat over de jaren 2012 en 2013 uitgaven zijn gedaan voor drugsgebruik ter hoogte van € 46.410 niet onbegrijpelijk is en toereikend gemotiveerd is.

De Hoge Raad overweegt voorts dat in de overwegingen van het hof als zijn oordeel besloten ligt dat niet aannemelijk is geworden dat een door genoemde betrokkene verstrekte lening ten grondslag heeft gelegen aan de aanschaf van verdovende middelen. De Hoge Raad oordeelt dat dat oordeel niet onbegrijpelijk is en, in aanmerking genomen dat namens de betrokkene slechts is aangevoerd dat blijkens CIE/TCI-informatie de betrokkene een schuld had bij genoemde betrokkene, geen nadere motivering behoeft.

De Hoge Raad overweegt dat nog opmerking verdient dat de advocaat-generaal in zijn conclusie onder 12-14 heeft aangegeven dat het hof door een kennelijke rekenfout het met betrekking tot de post 'Contante uitgaven drugsgebruik 2012-2013' vastgestelde bedrag op zodanige wijze in de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft betrokken dat die schatting hoger is uitgevallen dan door het hof klaarblijkelijk is bedoeld. De Hoge Raad overweegt dat een dergelijke misslag – voor zover de rechters die op de zaak hebben gezeten oordelen dat daarvan sprake is – zich voor herstel door het hof zelf leent (vgl.

ECLI:NL:HR:2010:BJ7243 en ECLI:NL:HR:2012:BW1478).