

## **Nieuwsbrief SR Updates - Nummer 13, 2018**

Nummer 13, 2018

*Redactie: prof. mr. J.S. Nan en mr. C.L. van der Vis.*

### INHOUDSOPGAVE

#### **Hoge Raad**

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:541](#) 10-04-2018

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:539](#) 10-04-2018

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:552](#) 10-04-2018

#### **Annotatie**

[Niet verlenen cautie bij douanecontrole. Annotatie bij Hoge Raad 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247.](#)

*prof. mr. J.H. Crijns*

RECHTSPRAAK

***Slagende klacht omtrent de afwijzing van het verzoek tot het horen van de verbalisant als getuige die ter terechtzitting was verschenen.***

Het middel klaagt dat het hof bij de ter terechtzitting in hoger beroep uitgesproken afwijzing van het verzoek tot het horen van de verbalisant [verbalisant], die ter terechtzitting was verschenen, als getuige een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, althans die beslissing onbegrijpelijk heeft gemotiveerd.

Ingevolge artikel 287 lid 2 Sv kan van het horen van ter terechtzitting verschenen getuigen slechts worden afgezien (i) met toestemming van de officier van justitie en de verdediging, of (ii) indien die procespartijen niet instemmen met het afzien van het horen, op de gronden die zijn genoemd in artikel 288 lid 1 onder b en c Sv, te weten dat het gegronde vermoeden bestaat dat de gezondheid of het welzijn van de getuige door het afleggen van een verklaring ter terechtzitting in gevaar wordt gebracht en het voorkomen van dit gevaar zwaarder weegt dan het belang om de getuige ter terechtzitting te kunnen ondervragen, dan wel dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat daardoor het Openbaar Ministerie niet in zijn vervolging of de verdachte in zijn verdediging wordt geschaad. Ingevolge artikel 415 Sv zijn artikel 287-288 Sv van overeenkomstige toepassing op het rechtsgeding voor het gerechtshof.

Het onder 2.2 weergegeven proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep houdt in dat aldaar als getuige was verschenen de verbalisant [verbalisant], dat de advocaat-generaal zich op het standpunt heeft gesteld dat de getuige diende te worden gehoord en dat hij hem een vraag wilde stellen. Aldus kan uit het proces-verbaal niet worden afgeleid dat de advocaat-generaal toestemming heeft gegeven af te zien van het horen van de getuige. Het hof heeft echter beslist dat de getuige niet behoefde te worden gehoord, zonder in de motivering van zijn beslissing kenbaar aandacht te besteden aan de in artikel 288 lid 1 onder b en c Sv genoemde gronden. Deze beslissing is, gelet op het voorgaande, niet begrijpelijk.

Het middel slaagt.

De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak en wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep

opnieuw wordt berecht en afgedaan.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 10-04-2018

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2018:552

**Zaaknummer:** 17/02872

**Rechters:** J. de Hullu, M.J. Borgers en A.E.M. Röttgering

**Wetsartikelen:** 288 Sv en 287 Sv

## RECHTSPRAAK

### ***Zijn de uitlatingen van de niet-politicus onnodig grievend in de zin van artikel 137c Sr?***

Het middel richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof dat geen sprake is van beledigende uitlatingen in de zin van artikel 137c Sr.

Het, onder meer in artikel 10 EVRM gegarandeerde, recht op vrijheid van meningsuiting staat aan een strafrechtelijke veroordeling ter zake van groepsbelediging in de zin van artikel 137c Sr niet in de weg indien zo een veroordeling een op grond van artikel 10 lid 2 EVRM toegelaten – te weten een bij de wet voorziene, een gerechtvaardigd doel dienende en daartoe een in een democratische samenleving noodzakelijke – beperking van de vrijheid van meningsuiting vormt.

Bij de beoordeling van een uitlating in verband met de strafbaarheid daarvan wegens groepsbelediging in de zin van voormelde wettelijke bepaling, dient acht te worden geslagen op de bewoordingen van die uitlating alsmede op de context waarin zij is gedaan. Daarbij dient onder ogen te worden gezien of de gewraakte uitlating een bijdrage kan leveren aan het publieke debat of een uiting is van artistieke expressie. Tevens dient onder ogen te worden gezien of de uitlating in dat verband niet onnodig grievend is.

Bij de beoordeling van de vraag of een uitlating onnodig grievend is, dient, indien het gaat om een uitlating door een politicus in het kader van het publieke debat – het politieke debat daaronder begrepen –, onder ogen te worden gezien enerzijds het belang dat de betreffende politicus daadwerkelijk in staat moet zijn zaken van algemeen belang aan de orde te stellen, ook als zijn uitlatingen kunnen kwetsen, choqueren of verontrusten, maar anderzijds ook de verantwoordelijkheid die de politicus in het publieke debat draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Daarbij gaat het niet uitsluitend om uitlatingen die aanzetten tot haat of geweld of discriminatie, maar ook om uitlatingen die aanzetten tot onverdraagzaamheid (vgl. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, NJ 2015/108).

Het oordeel van het hof kan als volgt worden samengevat.

Het hof heeft de ten laste gelegde uitlatingen, meer in het bijzonder voor zover daarin een relatie wordt gelegd tussen moslims en homoseksualiteit respectievelijk pedoseksualiteit, naar hun bewoordingen zonder meer als beledigend voor moslims aangemerkt. Het heeft vervolgens geoordeeld dat die uitlatingen geacht kunnen worden te zijn gedaan in het kader van het maatschappelijk debat. Het hof heeft voorts als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de door de verdachte gebezigde uitlatingen niet onnodig grievend zijn, nu zij niet ‘zodanig kwetsend [zijn] dat zij moeten worden beschouwd als aanzettend tot haat, geweld, discriminatie of onverdraagzaamheid’. Op grond van dit een en ander heeft het hof geoordeeld dat die uitlatingen niet als beledigend in de zin van artikel 137c Sr kunnen worden aangemerkt.

De onder 4.3 bedoelde context van de bewezenverklaarde uitlatingen is dat deze door de verdachte – die door het hof niet is aangemerkt als een politicus – zijn gedaan tijdens een gefilmd interview ten behoeve van een documentaire. Voor zover het hof met zijn onder 4.4 samengevatte oordeel tot uitdrukking heeft gebracht dat die uitlatingen van de verdachte, nu deze door hem zijn gedaan in het kader van het publieke debat, uitsluitend strafbaar zouden kunnen zijn indien deze ‘zodanig kwetsend [zijn] dat zij moeten worden beschouwd als aanzettend tot haat, geweld, discriminatie of onverdraagzaamheid’ en niet indien deze uitlatingen (anderszins) onnodig grievend zijn, geeft het blijk van een onjuiste uitleg van het onder 4.3 weergegeven beoordelingskader, in het bijzonder ook omdat het hof ten onrechte toepassing heeft gegeven aan de daarin op uitlatingen van politici toegesneden overwegingen. Voor zover het hof van oordeel was dat de uitlatingen van de verdachte niet onnodig grievend waren, is dat oordeel – mede gelet op de bewoordingen waarin de verdachte zich heeft uitgedrukt, waarbij onder meer sprake is van ‘kontenbonkers’ en van het ‘neuken [van] kleine jongetjes’ – niet zonder meer begrijpelijk.

Het middel klaagt daarover terecht.

De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak en wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 10-04-2018

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2018:539

**Zaaknummer:** 16/01810

**Rechters:** W.A.M. van Schendel, V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend, A.L.J. van Strien en M.T. Boerlage

**Wetsartikelen:** 137c Sr en 1o EVRM

RECHTSPRAAK

***Kunnen de uitlatingen van de politicus als onnodig grievend worden aangemerkt in de zin van artikel 266 Sr?***

Het middel klaagt dat het hof het beroep van de verdachte op het, onder meer in artikel 10 EVRM gegarandeerde, recht op vrijheid van meningsuiting onvoldoende gemotiveerd heeft verworpen.

Het, onder meer in artikel 10 EVRM gegarandeerde, recht op vrijheid van meningsuiting, dat voor een deel ook in artikel 266 lid 2 Sr tot uitdrukking is gebracht, staat aan een strafrechtelijke veroordeling ter zake van eenvoudige belediging in de zin van artikel 266 Sr niet in de weg indien zo een veroordeling een op grond van artikel 10 lid 2 EVRM toegelaten – te weten een bij de wet voorziene, een gerechtvaardigd doel dienende en daartoe een in een democratische samenleving noodzakelijke – beperking van de vrijheid van meningsuiting vormt.

Bij de beoordeling van een uitlating in verband met de strafbaarheid daarvan wegens eenvoudige belediging in de zin van voormelde wettelijke bepaling, dient acht te worden geslagen op de bewoordingen van die uitlating alsmede op de context waarin zij is gedaan. Daarbij dient onder ogen te worden gezien of de gewraakte uitlating een bijdrage kan leveren aan het publieke debat of een uiting is van artistieke expressie. Tevens dient onder ogen te worden gezien of de uitlating in dat verband niet onnodig grievend is.

Bij de beoordeling van de vraag of een uitlating onnodig grievend is, dient, indien het gaat om een uitlating door een politicus in het kader van het publieke debat – het politieke debat daaronder begrepen – onder ogen te worden gezien enerzijds het belang dat de betreffende politicus daadwerkelijk in staat moet zijn zaken van algemeen belang aan de orde te stellen, ook als zijn uitlatingen kunnen kwetsen, choqueren of verontrusten, maar anderzijds ook de verantwoordelijkheid die de politicus in het publieke debat draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Daarbij gaat het niet uitsluitend om uitlatingen die aanzetten tot haat of geweld of discriminatie, maar ook om uitlatingen die aanzetten tot onverdraagzaamheid (vgl. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, NJ 2015/108).

Het oordeel van het hof kan als volgt worden samengevat.

Het hof heeft de ten laste gelegde uitlatingen, meer in het bijzonder voor zover daarin [A] ‘racist’ wordt genoemd, zonder meer als beledigend van aard aangemerkt. Het heeft vervolgens geoordeeld dat die uitlatingen in het openbaar en in het maatschappelijk debat zijn gedaan. Het hof heeft voorts als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de door de verdachte gebezigde uitlatingen onnodig grievend zijn, nu de verdachte in zijn uitingen veel verder is gegaan dan geboden was door de aard en strekking van zijn kritiek en dat daarom die uitlatingen als beledigend in de zin van artikel 266 lid 1 Sr kunnen worden aangemerkt.

De onder 2.4 bedoelde context van de bewezenverklaarde uitlatingen is dat deze door de verdachte – gemeenteraadslid – zijn gedaan aansluitend aan een in de gemeenteraad gevoerd debat waarin hij [A] discriminatoir optreden verweet. Het oordeel van het hof dat de door de verdachte gebezigde uitlatingen onnodig grievend zijn, is, zonder nadere motivering die ontbreekt, niet begrijpelijk in het licht van hetgeen onder 2.4 is vooropgesteld en in aanmerking genomen enerzijds het politieke debat dat de aanleiding vormde voor de uitlatingen van de verdachte en anderzijds het hiervoor bedoelde belang van een politicus in het publieke debat zaken aan de orde te stellen, ook als zijn uitlatingen kunnen kwetsen.

Het middel slaagt.

De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak en wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 10-04-2018

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2018:541

**Zaaknummer:** 16/02932

**Rechters:** W.A.M. van Schendel, V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend, A.L.J. van Strien en M.T. Boerlage

**Advocaten:** F.L. Donders

**Wetsartikelen:** 266 Sr en 10 EVRM



ANNOTATIE

## **Niet verlenen cautie bij douanecontrole. Annotatie bij Hoge Raad 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247.**

***prof. mr. J.H. Crijns***

1. In de onderhavige zaak is door het hof bewezenverklaard dat verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan witwassen door op Schiphol tijdens zijn uitreis naar Panama € 44.000 aan contant geld voorhanden te hebben. Het belang van de zaak schuilt echter veeleer in de formeelrechtelijke kant daarvan, nu de vraag aan de orde was of de verklaring van de verdachte zoals afgelegd ten overstaan van de douaneambtenaren al dan niet voor het bewijs kon worden gebezigd nu hem voorafgaand aan het afleggen daarvan de cautie niet was verleend. Dat de cautie niet was verleend vormde in hoger beroep en cassatie geen punt van discussie. De vraag waar het om draaide, was of dit al dan niet had moeten gebeuren en, zo ja, wat de consequentie zou moeten zijn van het feit dat cautieverlening achterwege was gebleven. Het hof oordeelde eerder dat de cautie in het onderhavige geval niet behoefde te worden gegeven, nu de betreffende vragen werden gesteld in het kader van een controle op basis van de Algemene douanewet (ECLI:NL:GHAMS:2016:2719). De Hoge Raad oordeelt echter anders, nu het stellen van vragen in een dergelijke context geenszins uitsluit dat (tevens) sprake is van een verhoorsituatie in de zin van artikel 29 Sv. En indien daarvan inderdaad sprake is, moet een persoon die als verdachte wordt of kan worden aangemerkt ook in een dergelijke situatie aanspraak kunnen maken op de hem als zodanig toekomende waarborgen, waaronder niet in de laatste plaats het zwijgrecht.

2. De feitelijke gang van zaken in het onderhavige geval was blijkens het proces-verbaal van bevindingen van de betreffende douaneambtenaren – tevens opsporingsambtenaren – als volgt. De (latere) verdachte werd op 20 september 2011 op Schiphol tijdens zijn uitreis naar Panama onderworpen aan een gerichte douanecontrole, waarbij hem werd gevraagd of hij iets had aan te geven. Hierop verklaarde hij dat dit niet het geval was, waarna hij desgevraagd aangaf dat hij naar Panama ging om een partij garnalen te kopen voor een klant in Griekenland. Vervolgens verklaarde hij desgevraagd dat hij nog niet wist welk bedrijf hij daarvoor ging bezoeken, maar dat hij met één bedrijf een afspraak zou hebben in zijn hotel. Gevraagd met hoeveel geld hij reisde, antwoordde hij: ‘Een beetje euro’s en een beetje dollars.

Dit is al het geld wat ik heb.' Bij de controle van zijn handbagage stuitte de ambtenaren echter tussen de bladzijden van de agenda van de verdachte op verschillende stapeltjes biljetten van € 500. Gevraagd wat dit was, antwoordde de verdachte dat het € 5.000 betrof. Na enige malen de eerdere vraag te hebben herhaald, verklaarde de verdachte uiteindelijk dat het om € 40.000 ging. Vervolgens is verdachte – aangezien hij reisde met een bedrag van meer dan € 10.000 terwijl hij dit niet had aangegeven – onderworpen aan een zogenoemde diepgaande controle. Tijdens deze controle zijn hem diverse vragen gesteld over zijn achtergrond, zijn werkzaamheden, zijn inkomsten, zijn reisdoel en zijn plannen aldaar, de plaats en het moment waarop hij zijn ticket voor de vlucht naar Panama had gekocht alsmede over het betreffende geldbedrag (dat uiteindelijk € 44.000 bleek te zijn).

3. Blijkens de aanvulling op het verkorte arrest van het hof, is in hoger beroep vervolgens het verweer gevoerd dat de verklaringen van de verdachte die hij heeft afgelegd nadat het geld was aangetroffen, voor het bewijs dienden te worden uitgesloten, nu aan de verdachte na het aantreffen van het geld en voorafgaand aan het stellen van nadere vragen niet de cautie was gegeven en de verdachte ook het recht op consultatiebijstand was onthouden. Het hof verwierp dit verweer evenwel, omdat de door de douaneambtenaren gestelde vragen naar het oordeel van het hof onder de uit de Algemene douanewet voortvloeiende controlebevoegdheid vielen, waarna het hof vervolgde: 'De Douaneambtenaren behoeften de verdachte – op dat moment en in die fase – niet op zijn zwijgrecht te wijzen. Het hof voegt daaraan toe dat de handelingen en vragen van de Douaneambtenaren niet buiten het terrein van hun controlebevoegdheden zijn gekomen.' Aldus lijkt het hof zich op het standpunt te stellen dat de cautie niet aan de orde kan zijn indien en zolang wordt gehandeld uit hoofde van een controlebevoegdheid.

4. In de ogen van de Hoge Raad slaat het hof met deze redenering echter de plank mis. De omstandigheid dat de verbalisanten vragen hebben gesteld in het kader van een douanecontrole sluit immers niet uit dat (tevens) van een verhoor(situatie) als bedoeld in artikel 29 lid 2 Sv sprake kan zijn geweest. Zodra een persoon immers als verdachte wordt of kan worden aangemerkt, kwalificeert het stellen van vragen door een opsporingsambtenaar aan die persoon over diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit ten aanzien waarvan hij als verdachte wordt of kan worden aangemerkt immers als een verhoor, hetgeen betekent dat voorafgaand aan het stellen van (nadere) vragen ingevolge artikel 29 lid 2 Sv de cautie dient te worden gegeven (zie voor een verdere toelichting op en problematisering van het begrip 'verhoor(situatie)' de conclusie van A-G Hofstee, ECLI:NL:PHR:2017:1542). Het feit dat een en ander plaatsvindt binnen een context waarin een controlebevoegdheid wordt uitgeoefend, doet hieraan op zichzelf niet af. Met deze uitspraak sluit de Hoge Raad aan bij eerdere jurisprudentie, zoals ook blijkt uit de expliciete verwijzing in de overwegingen van de

Hoge Raad naar het *Dynamische verkeerscontrole*-arrest van 1 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2454, NJ 2017/84), waarin de Hoge Raad oordeelde dat ook jegens een verdachte wel degelijk controlebevoegdheden kunnen worden toegepast, maar dat dit niet ten koste mag gaan van de waarborgen die hem als verdachte toekomen (zie voor een vergelijkbaar oordeel ook reeds het zogenoemde *Zigeneurdames*-arrest van 21 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9670, NJ 2006/653). Met deze jurisprudentie brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat de sfeer van controle en de sfeer van opsporing elkaar in voorkomend geval best kunnen overlappen (sfeercumulatie), maar dat in een dergelijk geval het binnen de strafvorderlijke context leidende paradigma (*nemo tenetur*/zwijgrecht) prevaleert boven de binnen de context van controle vigerende medewerkingsverplichting (daarmee de verdachte behoedend voor het duivelse dilemma een keuze te maken tussen een beroep op het hem toekomende zwijgrecht of het naleven van diens medewerkingsverplichting). Daaraan kan worden toegevoegd dat in gevallen waarin een persoon wordt gevraagd om inlichtingen terwijl nog geen sprake is van een verdenking jegens hem, verklaringen die zijn afgelegd onder druk van de medewerkingsverplichting in een later stadium niet voor het bewijs mogen worden gebezigd in het kader van een strafvervolging of een andere punitieve procedure. Een dergelijk gebruik staat immers op gespannen voet met het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM (zie hierover ook de conclusie van A-G Hofstee onder 25, met verwijzing naar onder meer EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*) en de conclusie van staatsraad A-G Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, onder 4.3.8).

5. Gezien deze eerdere in de jurisprudentie uitgezette lijn behoeft het oordeel van de Hoge Raad in de onderhavige zaak geen verbazing te wekken. Tegelijkertijd laat het feit dat het hof in deze toch tamelijk overzichtelijke casus tot een diametraal ander oordeel kwam, zien dat het diffuse grensvlak tussen controle en opsporing tot op de dag van vandaag voor de nodige onduidelijkheid blijft zorgen. En wanneer zelfs hogere rechters achteraf oordelend de kluwen slechts met de nodige moeite kunnen ontwarren, rijst de vraag in hoeverre het onderscheid tussen controle en opsporing in de praktijk van alledag daadwerkelijke normerende werking toekomt. Veeleer lijkt sprake te zijn van een juridisch onderscheid aan de hand waarvan concrete casus achteraf kunnen worden beoordeeld. In dat licht is het dan ook goed dat de Hoge Raad vasthoudt aan zijn lijn dat op schending van de verplichting de cautie te geven (mede in het licht van het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM) in de regel bewijsuitsluiting van de daaropvolgende verklaring dient te volgen (zie onder meer HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706, NJ 2013/310), opdat het belang van het onderscheid tussen toezicht en controle – hoe moeilijk ook hanteerbaar in de praktijk – niettemin zo veel mogelijk bij alle betrokkenen wordt ingescherpt. Uiteindelijk is het immers het grote goed van de verklaringsvrijheid van de verdachte dat hier op het spel staat. De burger dient er

tegenwoordig nu eenmaal op bedacht te zijn dat hij in allerhande contexten aan de toepassing van controlebevoegdheden kan worden onderworpen, waaraan hij ook nog eens wordt geacht zijn medewerking te verlenen. Met verklaringsvrijheid heeft dit niet veel van doen, maar dit wordt gerechtvaardigd door het feit dat in een dergelijk geval geen sprake is van opsporing (althans wanneer men de klassieke definitie van opsporing tot uitgangspunt neemt, waarin het bestaan van enigerlei vorm van verdenking een voorwaarde is om van opsporing te kunnen spreken). In juridische zin moge dit zo zijn, de opsporing wordt er vanzelfsprekend wel door vergemakkelijkt (hetgeen in veel gevallen ook precies de doelstelling van de uitgeoefende controle is). Deze stand van zaken heeft de burger anno 2018 voor lief te nemen. Daar mag echter tegenover staan dat de burger wanneer hij – al dan niet als direct gevolg van de uitoefening van een controlebevoegdheid – in de omstandigheid komt te verkeren waarin hij als verdachte wordt of kan worden aangemerkt, ten volle van de hem als zodanig toekomende rechten gebruik kan maken. Wil hij dit echter daadwerkelijk kunnen doen, dan dient hij daarop ook opmerkzaam te worden gemaakt door hem (tijdig) de cautie te geven en hem op de hem overigens toekomende rechten te wijzen. Of dit in het onderhavige geval inderdaad te laat is gebeurd zoals de verdediging in hoger beroep heeft betoogd, betreft een feitelijk oordeel dat het hof waarnaar de zaak is teruggewezen mag vellen. Wat daar verder van zij, het is positief dat de Hoge Raad met deze uitspraak nog eens heeft onderstreept dat de burger zich (ook) in de sfeer van controle niet alles hoeft te laten welgevalen.