

Nieuwsbrief SR Updates - Nummer 24, 2020

Nummer 24, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Annotatie

[Profijtontneming bij misdrijf met strafverhogende omstandigheden.](#)

[Commentaar bij Hoge Raad 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1182.](#)

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie

[Verzoek tot aanhouding. Commentaar bij Hoge Raad 7 juli 2020,](#)

[ECLI:NL:HR:2020:1158.](#)

mr. J.H.J. Verbaan

ANNOTATIE

Profijtontneming bij misdrijf met strafverhogende omstandigheden. Commentaar bij Hoge Raad 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1182.

mr. J.H.J. Verbaan

De verdediging klaagt namens de verdachte, ten aanzien van wie opzettelijk handelen in strijd met artikel 3 onder C Opiumwet (Opw), opzettelijk handelen in strijd met artikel 3 onder B Opw, meermalen gepleegd en diefstal is bewezen verklaard, dat het hof ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 36e lid 3 Sr.

Het hof heeft in de uitspraak op de vordering tot ontneming het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op € 221.371 en heeft daartoe – voor zover voor de beoordeling van de klacht van belang – overwogen dat het vooropstelt dat de bewezen verklaarde feiten gepleegd zijn na 1 juli 2011. Dit betekent dat artikel 36e (nieuw) Sr van toepassing is. Het hof zal het voordeel schatten op grond van het bepaalde in artikel 36^e lid 3 Sr. Voor ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op grond van artikel 36^e lid 3 Sr is vereist dat de betrokkene is veroordeeld wegens een misdrijf dat wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie en aannemelijk is dat of dat misdrijf of andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel heeft verkregen. In dat geval worden uitgaven die zijn gedaan door de betrokkene in de periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf vermoed wederrechtelijk verkregen voordeel te belichamen, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan uit een legale bron van inkomsten.

Het hof stelt vast dat aan de voorwaarde van artikel 36e lid 3 Sr in deze zaak is voldaan doordat de veroordeelde is veroordeeld wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd.

De Hoge Raad overweegt dat voor de beoordeling van de klacht artikel 36e lid 3 (oud) Sr, zoals dat luidde tot 1 juli 2011, artikel 36e lid 3 Sr zoals dat luidt na de inwerkingtreding op 1 juli 2011 van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en

enige andere wetten ter verbetering van de toepassing van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (verruiming mogelijkheden voordeelontneming) van 31 maart 2011, *Stb.* 2011, 171, van belang zijn. De Hoge Raad haalt de passage uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot voornoemde wet, omtrent de aanpassing van artikel 36e lid 3 Sr (*Kamerstukken II* 2009/10, 32194, nr. 3, p. 20) aan en overweegt dat het hof, aangezien de bewezen verklaarde feiten zijn gepleegd na 1 juli 2011, aan artikel 36e lid 3 Sr slechts toepassing kon geven indien sprake is van een veroordeling wegens 'een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie'.

De Hoge Raad oordeelt dat het kennelijke oordeel van het hof dat aan die eis steeds is voldaan als de betrokkene is veroordeeld voor een misdrijf waarvoor, in de bewoordingen van artikel 36e lid 3 (oud) Sr, een geldboete van de vijfde categorie 'kan worden opgelegd' onjuist is. Zoals ook blijkt uit de wetsgeschiedenis, sluit de na 1 juli 2011 geldende formulering van artikel 36e lid 3 Sr uit dat aan deze toepassingsvoorwaarde kan worden voldaan door eventuele bijzondere strafverhogende omstandigheden in aanmerking te nemen. De Hoge Raad oordeelt dat het hof nu de betrokkene in de strafzaak is veroordeeld voor misdrijven die op grond van artikel 11 lid 2 Opw en artikel 310 Sr worden bedreigd met een geldboete van de vierde categorie, ten onrechte toepassing gegeven aan artikel 36e lid 3 Sr.

ANNOTATIE

Verzoek tot aanhouding. Commentaar bij Hoge Raad 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1158.

mr. J.H.J. Verbaan

De verdediging klaagt namens de verdachte, die door het hof niet-ontvankelijk is verklaard in zijn hoger beroep tegen het vonnis van de politierechter waarin ten aanzien van verdachte diefstal met braak is bewezen verklaard, over de afwijzing door het hof van het verzoek tot aanhouding van de behandeling van de zaak. Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep houdt in:

‘De verdachte (...) is niet ter terechtzitting verschenen.

Als raadvrouw is ter terechtzitting aanwezig mr. M.E. Olthof, advocaat te Rotterdam. Zij voert het woord en deelt mede:

Ik ben niet gemachtigd. Ik ben het contact met cliënt verloren. Na eind 2018 heb ik geen contact meer met hem gehad. Ik verzoek u de behandeling van de zaak aan te houden, om mij in de gelegenheid te stellen weer contact te zoeken met cliënt. (...).

De raadvrouw deelt desgevraagd mede: Ik heb geprobeerd om cliënt te bellen, maar kennelijk is zijn telefoon buiten werking. Ik heb hem ook een brief naar een adres gestuurd. Uit het contact dat ik destijds met cliënt had, heb ik begrepen dat hij het hoger beroep wilde doorzetten.

Het hof onderbreekt het onderzoek voor beraad. Na beraad wordt het onderzoek hervat en deelt de voorzitter als beslissing van het hof mede dat het verzoek om aanhouding wordt afgewezen, nu het hof niet is gebleken van enige aanwijzing dat de verdachte van zijn aanwezigheidsrecht gebruik wil maken.’

De Hoge Raad overweegt dat met betrekking tot de beoordeling van verzoeken tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting wegens de verhindering van de verdachte of zijn raadsman bij de behandeling aanwezig te zijn, onder meer van belang is dat een verzoek tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting op de terechtzitting door de verdachte of zijn

raadsman die daartoe door de verdachte op grond van artikel 279 Sv is gemachtigd, kan worden gedaan. Ook de raadsman die niet is gemachtigd tot het voeren van de verdediging van de verdachte die op de terechtzitting niet is verschenen, kan daar een verzoek doen tot aanhouding van het onderzoek op de terechtzitting voor zover dat verzoek wordt gedaan met het oog op de effectuering van het aanwezigheidsrecht van de verdachte of ten behoeve van het alsnog verkrijgen van de in artikel 279 lid 1 Sv bedoelde machtiging.

Overeenkomstig artikel 329 en 330 Sv wordt beslist op het verzoek nadat het openbaar ministerie daaromtrent is gehoord. De verdachte of zijn raadsman moet concreet de omstandigheid aanvoeren die aan het verzoek tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting ten grondslag ligt. Indien zo'n omstandigheid niet wordt aangevoerd, mag de rechter het verzoek om die reden afwijzen. Nadat in voorkomende gevallen gelegenheid is geboden voor een nadere toelichting of het overleggen van bewijsstukken, kan de rechter het verzoek reeds – dat wil zeggen: zonder tot die afweging van belangen over te gaan – afwijzen op de grond dat de omstandigheid die aan het verzoek ten grondslag is gelegd, niet aannemelijk is.

Wanneer zich niet het geval voordoet dat de omstandigheid die aan het verzoek ten grondslag is gelegd, niet aannemelijk is geoordeeld, dient de rechter een afweging te maken tussen alle bij aanhouding van het onderzoek op de terechtzitting betrokken belangen. Het gaat daarbij om het belang van de verdachte bij het kunnen uitoefenen van zijn in artikel 6 lid 3 EVRM gewaarborgde aanwezigheidsrecht – waaronder het recht om zich in zijn afwezigheid op de terechtzitting door een daartoe uitdrukkelijk gemachtigde raadsman te doen verdedigen – en, kort gezegd, het belang dat niet alleen de verdachte maar ook de samenleving heeft bij een doeltreffende en spoedige berechting. Van deze afweging, waarbij de aan het verzoek tot aanhouding ten grondslag gelegde gronden moeten worden betrokken, dient de rechter in geval van afwijzing van het verzoek blijk te geven in de motivering van zijn beslissing (vgl. ECLI:NL:HR:2020:1172).

De Hoge Raad overweegt dat voor de beoordeling door de rechter van een aanhoudingsverzoek in het geval waarin de raadsman op de terechtzitting aangeeft dat hij niet weet waarom de verdachte niet is verschenen en dat hij het mogelijk acht dat de verdachte geen weet heeft van de zitting, en om die reden een aanhoudingsverzoek doet, nog van belang is dat de aan het verzoek tot aanhouding ten grondslag gelegde omstandigheid dat de verdachte (mogelijk) geen weet heeft van de zitting, zonder meer als 'niet aannemelijk' kan worden beoordeeld indien de dagvaarding of oproeping voor de terechtzitting in persoon is betekend. Dan kan de rechter, gelet op wat is weergegeven, het verzoek reeds op deze grond afwijzen. Indien de dagvaarding of de oproeping weliswaar niet in persoon is uitgereikt, maar wel op rechtsgeldige wijze – dat wil zeggen: in overeenstemming met de ter zake geldende

wettelijke voorschriften (art. 585-590 Sv) alsmede de in de rechtspraak van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regels (vgl. in het bijzonder ECLI:NL:HR:2002:AD5163) – is betekend, kan de rechter dat verzoek niet op die enkele grond afwijzen. Uit zo'n betekening volgt immers niet zonder meer dat de verdachte op de hoogte is van de zitting. In dat geval is een afwijzing van het verzoek tot aanhouding op de grond dat de aan dat verzoek ten grondslag gelegde omstandigheid niet aannemelijk is, alleen mogelijk indien op basis van andere omstandigheden kan worden vastgesteld dat de verdachte daadwerkelijk weet heeft van de zitting.

Indien niet kan worden vastgesteld dat de verdachte daadwerkelijk weet heeft van de zitting, dient de rechter een afweging te maken tussen alle bij aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting betrokken belangen. Bij die belangenafweging kan vervolgens wel betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de dagvaarding of de oproeping voor de terechtzitting in hoger beroep op rechtsgeldige wijze, zij het niet in persoon, is betekend. Zoals tot uitdrukking is gebracht in ECLI:NL:HR:2002:AD5163, r.o. 3.36-3.37, mag dan immers van de verdachte die hoger beroep instelt en prijs stelt op berechting op tegenspraak, worden verwacht dat hij de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke maatregelen neemt om te voorkomen dat de appeldagvaarding hem niet bereikt of de inhoud daarvan hem niet bekend wordt. Tot die maatregelen kan in elk geval worden gerekend dat de verdachte zich bereikbaar houdt voor zijn raadsman – die uit eigen hoofde een afschrift van de appeldagvaarding ontvangt indien hij zich in hoger beroep heeft gesteld – opdat de verdachte in voorkomende gevallen (ook) langs die weg van het tijdstip van behandeling van zijn zaak op de hoogte komt. Het kennelijk niet treffen door de verdachte van dergelijke in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke maatregelen kan de rechter in hoger beroep – naast andere factoren die daarvoor van belang kunnen zijn, zoals het procesverloop en het gewicht van de zaak – in de vereiste belangenafweging betrekken (vgl. ECLI:NL:HR:2019:1142).

De Hoge Raad overweegt dat het hof het verzoek tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting omdat de verdachte heeft aangegeven zijn hoger beroep te willen doorzetten en hij mogelijk geen weet heeft van de zitting, heeft afgewezen op de grond dat niet is gebleken van enige aanwijzing dat de verdachte van zijn aanwezigheidsrecht gebruik wil maken. Nu het hof niet heeft vastgesteld dat de oproeping in hoger beroep aan de verdachte in persoon is uitgereikt of dat de verdachte anderszins op de hoogte is geraakt van de datum van de zitting, had het hof de in ECLI:NL:HR:2002:AD5163 bedoelde afweging moeten maken tussen alle bij aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting betrokken belangen. De Hoge Raad oordeelt dat het hof er echter geen blijk van heeft gegeven die afweging te hebben gemaakt. Het hof heeft daarom de afwijzing van het verzoek tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting ontoereikend gemotiveerd.