

## Nieuwsbrief SR Updates

Nummer 1, 2021

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1](#) 12-01-2021

Moet bij ontneming rekening worden gehouden met belastingheffing?

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:2](#) 12-01-2021

Slagende klacht ondervragingsrecht, steunbewijs (Vidgen).

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:41](#) 12-01-2021

Heeft verdachte elektriciteit 'weggenomen'?

#### Annotatie

[Diefstal wegnemen elektriciteit. Commentaar bij HR 12 januari 2021,](#)

[ECLI:NL:HR:2021:41.](#)

mr. J.H.J. Verbaan

#### Annotatie

[Ontnemingsmaatregel en belastingheffing. Commentaar bij HR 12 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:1.](#)

mr. J.H.J. Verbaan

#### Annotatie

[Rechter in quarantaine mag via videoverbinding deelnemen aan zitting.](#)

mr. dr. S.M.A. Lestrade

ANNOTATIE

## **Diefstal wegnemen elektriciteit. Commentaar bij HR 12 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:41.**

***mr. J.H.J. Verbaan***

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie diefstal van elektriciteit is bewezen verklaard, dat de bewezenverklaring van het in de zaak onder 2 ten laste gelegde niet uit de gebruikte bewijsvoering kan worden afgeleid.

Het hof heeft de bewezenverklaring van dit feit doen steunen op de bewijsmiddelen die als volgt luiden:

‘1. Een proces-verbaal van bevindingen van 21 april 2016, in de wettelijke vorm opgemaakt door de bevoegde opsporingsambtenaar S097, inclusief bijlagen. Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van de verbalisant:

Op 14 maart 2016 werd de woning te Amsterdam betreden. Vervolgens werd in de woning een in werking zijnde hennepplantage aangetroffen. Bij binnenkomst van een kamer zag ik dat ik tegen een zwartkleurige tent aanliep. Ik hoorde een sterk mechanisch geluid van een afzuiger. Ik zag dat de ramen van de bewuste kamer volledig afgedekt waren. Na het openen van de tent zag ik planten staan welke ik ambtshalve aan de groene kleur, bladvorm, knoppen en herkenbare penetrante geur herkende als zijnde hennepplanten. In de groeitent werden 162 hennepplanten geteld. In de tussengang werd een schakelbord aangetroffen, welke de elektriciteit binnen de woning verdeelt. Dit betreft niet de originele elektriciteitsvoorziening van de woning, welke zich in de meterkast bevindt. Aan de rechterzijde van de voorraadkast bevindt zich een deur welke toegang verschaft tot slaapkamer 4. In deze kamer werden 140 hennepplanten aangetroffen. Op het aanrechtblad werd een blok aangetroffen, dat vermoedelijk een hoeveelheid verdovende middelen bevatte. Na forensisch onderzoek bleek het blok 997 gram hasjiesj bevatte.

2. Een proces-verbaal van 15 maart 2016, in de wettelijke vorm opgemaakt door de bevoegde opsporingsambtenaren S-157 en S-091. Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, de op 15 maart 2015 (het hof begrijpt: 2016) afgelegde verklaring van de

verdachte:

Wat zijn je adresgegevens?

Kloppen die nog?

Ja.

Woon je daar alleen?

Ik ben woningbewaarder. Ik woon daar alleen sinds 2013.

6. Een geschrift zijnde een aangifte van Liander N.V., inclusief bijlagen. Dit geschrift houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als verklaring van betrokkene:

Ik ben in dienstbetrekking als medewerker fraude bij Liander N.V., afdeling Energiefraude, uit hoofde van mijn functie bevoegd om aangifte te doen bij de politie. Liander heeft vanaf 28 mei 2013 met de verdachte een overeenkomst betreffende aansluiting en transport van elektriciteit naar bovengenoemde perceel. Op verzoek van de politie te Amsterdam is op 14 maart 2016 door fraudespecialist Mog van Liander N.V., een onderzoek ingesteld naar de aansluiting die zich bevindt in bovengenoemd perceel. De fraudespecialist Mog trof op 14 maart 2016 het volgende aan:

Hij zag dat de zegels van de hoofdaansluitkast vals waren. Nadat hij het deksel van de aansluitkast had verwijderd, zag hij dat aan de bovenzijde van de zekeringhouders een illegale elektriciteitsaansluiting was gemaakt en dat deze aansluiting buiten de elektriciteitsmeter om liep naar de hennepplantage en deze voorzag van elektriciteit. Hij zag dat de hoofdbeveiliging ten behoeve van de elektrische installatie verzwaaard was van 1 X 35 A naar 3 x 35 A. Door de manipulatie werd de afgenomen elektriciteit ten behoeve van de hennepplantage niet via de elektriciteitsmeter geregistreerd. De hiervoor genoemde fraudespecialist en politieambtenaar hebben aan de hand van indicatoren vastgesteld dat vermoedelijk sprake is geweest van tenminste 3 eerdere teelten. De aangetroffen teelt was tenminste 9 weken oud. Naar aanleiding van deze inventarisatie en het door Liander N.V. ingestelde onderzoek is door mij een berekening gemaakt waaruit blijkt dat er minimaal 62.353 kWh illegaal is afgenomen (weggenomen) ten behoeve van de hennepplantage. Niemand had het recht of de toestemming van Liander N.V. om het zegel te verbreken of wijziging in de bedrading aan te brengen. Niemand is gerechtigd de elektra, zijnde eigendom van Liander N.V. op deze wijze weg te nemen en zich toe te eigenen.

Bijlage Opnameformulier Energiefraude, Aangetroffen feiten en omstandigheden die wijzen op meerdere oogsten:

Dit geschrift houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

Kwekerij in bedrijf sinds 11 juni 2015.

7. De verklaring van de verdachte, afgelegd ter terechtzitting in eerste aanleg van 19 oktober 2017.

Deze verklaring houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven: Ik heb twee mensen zien sleutelen met de elektriciteit. Een persoon heette Loek en een elektricien.'

De Hoge Raad overweegt dat blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep de raadsman van de verdachte het woord heeft gevoerd overeenkomstig de pleitnota die bij het proces-verbaal is gevoegd. De pleitnota houdt onder meer in:

'Feit I. Hennep

1. Ter terechtzitting in eerste aanleg heeft cliënt verklaard dat hij wist dat er een hennepplantage in de woning stond en dat er één oogst is gedraaid. Cliënt stelt zich verder op het standpunt dat hij niet degene is geweest de hennepkwekerij heeft opgezet en heeft onderhouden.
2. Kijken we naar de stempels in de paspoort van cliënt, dan zien we dat cliënt zo nu en dan in het buitenland verbleef. Cliënt heeft dat zelf ook eerder verklaard. Wat de verdediging betreft, een indicatie dat cliënt niet degene is geweest die de kwekerij heeft onderhouden enzovoorts.
3. Desalniettemin kan het aanwezig hebben van ongeveer 300 planten hennep en een hoeveelheid hasj bewezen worden verklaard, nu het gaat om een woning waar cliënt naar eigen zeggen heeft verbleven.

Feit II. diefstal elektriciteit

4. Ten aanzien van de diefstal van elektriciteit verzoekt de verdediging om vrijspraak. Het enkele feit dat cliënt wetenschap had van de hennepkwekerij is, bij het ontbreken van andere bewijsmiddelen die op uitvoeringshandelingen van de verdachte bij het wegnemen van elektriciteit duiden, onvoldoende om vast te kunnen stellen dat cliënt bemoeienis heeft gehad met het wegnemen van de elektriciteit. Zie in dit kader eveneens ECLI:NL:GHAMS:2016:2821: De omstandigheid dat de verdachte betrokken is geweest bij de hennepkwekerij, is onvoldoende om alleen op basis daarvan de verdachte als (mede)pleger van de diefstal van elektriciteit aan te merken.) De enkele opmerking van cliënt, dat hij gezien heeft dat iemand met de meter bezig was, maakt het niet anders. Hieruit volgt niet dat cliënt een bijdrage heeft geleverd. Redenen waarom de verdediging verzoekt om vrijspraak ten aanzien van dit feit.'

De Hoge Raad oordeelt dat de bewezenverklaring onder meer inhoudt dat de verdachte elektriciteit heeft 'weggenomen'. Dit onderdeel van de bewezenverklaring kan echter, mede gelet op wat namens de verdachte is aangevoerd, niet zonder meer worden afgeleid uit de bewijsvoering. De uitspraak van het hof is ten aanzien daarvan dus ontoereikend gemotiveerd.

ANNOTATIE

## **Ontnemingsmaatregel en belastingheffing. Commentaar bij HR 12 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:1.**

***mr. J.H.J. Verbaan***

De verdediging klaagt namens betrokkene, ten aanzien van wie wegens medeplegen van witwassen en passieve ambtelijke omkoping een ontnemingsmaatregel is opgelegd, dat de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel ontoereikend is gemotiveerd.

Het hof heeft het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op € 357.355. De bestreden uitspraak houdt met betrekking tot die schatting onder meer in dat de veroordeelde bij onherroepelijk arrest van het gerechtshof Amsterdam van 27 februari 2015 – voor zover hier van belang – veroordeeld is ter zake van het medeplegen van witwassen in de periode van 15 februari 2002 tot en met 17 september 2003 en het als ambtenaar aannemen van een gift, wetende dat deze hem gedaan wordt teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen, in de periode van 1 januari 1999 tot en met 20 april 2005. Het hof is van oordeel dat de veroordeelde door middel van en uit bate van deze bewezen verklaarde feiten voordeel heeft genoten.

In de strafzaak is bewezen verklaard onder 1, dat de veroordeelde – destijds notaris bij [A] notarissen – als medepleger drie geldbedragen uit bouwprojecten heeft witgewassen door die geldbedragen te laten storten op zijn derdengeldrekening. Daarnaast heeft het hof vastgesteld dat ook een vierde geldbedrag van 8.812.639,00 gulden afkomstig van [E] in een ander project op de derdengeldenrekening is gestort. Daarbij heeft het hof vastgesteld dat de veroordeelde voor het ter beschikking stellen van ‘zijn derdengeldrekening’ bij aanvang een vergoeding van 1 miljoen gulden heeft afgesproken met de medeveroordeelde en dat de veroordeelde deze met gebruikmaking van valse facturen heeft gedeclareerd. Dit bedrag van 1 miljoen gulden is in het onder 2 bewezen verklaarde aangemerkt als gift waarmee de veroordeelde is omgekocht. Uit onderzoek door de FIOD is gebleken dat uiteindelijk voor in totaal 1,1 miljoen gulden (€ 499.158,00) is gefactureerd. Deze facturen zijn afkomstig van [A] Notarissen.

*Kosten*

Met betrekking tot de vennootschaps- en dividendbelasting overweegt het hof dat bij een wijziging van artikel 36e Sr is opgemerkt dat de fiscus de eigen heffings- en invorderingsbevoegdheden behoudt die geheel onafhankelijk van strafvorderlijke procedures, met inbegrip van strafrechtelijk financieel onderzoek en ontnemingsprocedures, worden uitgeoefend (*Kamerstukken II* 1989/90, 21504, nr. 3). Daarbij is ook opgemerkt dat het openbaar ministerie en de strafrechter zich niet hoeven te verdiepen in de fiscale consequenties van de toepassing van de ontnemingsmaatregel en kunnen zij verweren dat over het vastgestelde bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel reeds belasting is betaald of nog belasting zal worden betaald passeren. Dit betekent dat de strafrechter bij de bepaling van het aan voordeel in aanmerking te nemen bedrag geen rekening zal hoeven te houden met de belastingheffing (vgl. ook: ECLI:NL:HR:1998:ZD0947). Gelet hierop zal het hof geen rekening houden met de belastingheffing over het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

#### *Toerekenen van voordeel*

In casu bestond de maatschap [A] Notarissen uit twee maten, te weten [B] B.V., de vennootschap van de veroordeelde, en [C] B.V., de vennootschap van betrokkene. De afspraken over de winstverdeling van de maatschap [A] Notarissen zijn vastgesteld in een overeenkomst. Uit de verklaring van de getuige volgt dat het resultaat is verdeeld zoals dat in de overeenkomst was afgesproken. Uit het dossier kan niet worden afgeleid dat de veroordeelde zonder meer over en tot het volledige, door [A] gefactureerde bedrag, van 1,1 miljoen gulden kon beschikken, dat als resultaat van de bedrijfsvoering in het vermogen van de maatschap was gevloeid. Het hof is dan ook van oordeel dat pas op het moment dat geld op de rekening van [B] B.V. werd bijgeboekt als gevolg van de verdeling van het resultaat van de maatschap, de veroordeelde vrijelijk over dat geld kon beschikken. Er zijn geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden waaruit volgt dat de veroordeelde niet vrijelijk kon beschikken over het geld dat op de rekening van [B] B.V. stond. Het hof zal het bedrag van 1,1 miljoen gulden (€ 499.158) toerekenen aan de veroordeelde conform het overeengekomen (maatschaps)contract. Op grond van de voornoemde uitgangspunten komt het hof tot de volgende schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel: € 293.822,69 + € 63.533 = (afgerond) € 357.355.

De raadsman van de betrokkene heeft volgens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep het woord gevoerd overeenkomstig de pleitnota die aan het procesverbaal is gehecht. Deze pleitnota houdt onder meer in dat het voordeel in [B] B.V. is gevallen. Betrokkene nam nu eenmaal deel aan de maatschap door middel van die B.V. zodat hij ook in dat opzicht geen keuze had het voordeel daar te laten vallen. Betrokkene was beter gezegd geen IB-ondernemer. [B] B.V. heeft ook (logischerwijs) over de door haar gegenereerde winst

Vpb moeten afdragen aan de fiscus. Feitelijk is het voordeel dus het bedrag dat [B] B.V. heeft ontvangen minus de afgedragen Vpb. [B] B.V. doet nu helemaal niets meer en heeft ook niets meer om het lijf. De maatschap waarin de notarispraktijk werd gedreven bestaat namelijk niet meer en dat geldt ook voor de notarispraktijk. Betrokkene is immers door de Kamer van Toezicht uit zijn ambt gezet. Het hoger beroep tegen deze beslissing heeft hij ingetrokken. Het voordeel wordt nu bij de betrokkene als natuurlijk persoon ontnomen.

'Ik zie niet in hoe de belastingheffing bij de B.V. (Vpb) ongedaan kan worden door een betalingsverplichting die aan de betrokkene als natuurlijk persoon wordt opgelegd. Bovendien heeft de betrokkene nauwelijks inkomsten en kan dus vrijwel niet een eventuele betalingsverplichting (als negatief inkomen) met zijn huidige inkomen compenseren. Dat zou vervolgens tot gevolg hebben dat hij nog eens extra gestraft wordt. Immers, in de jaren waarop de in deze zaak besproken facturen door het notariškantoor zijn opgemaakt (en dus de winst is gevallen voor de maatschap) heeft zijn B.V. Vpb moeten betalen, maar die door de B.V. betaalde belasting kan op geen op geen enkele wijze terug worden gehaald.

(...)

Rekening houdend met de verdeling volgens het contract, het Vpb tarief in de jaren waarover we het hebben (die van algemene bekendheid is) en de dividendbelasting, dan is het gevolg van geen rekening houden met eventuele fiscale verplichtingen dan wel effecten dat de betrokkene uiteindelijk 4 maal zo veel zou betalen als het voordeel dat hij daadwerkelijk heeft genoten ter zake van de in de berekening betrokken facturen, (waarbij kosten nog buiten beschouwing zijn gelaten).

(...)

Eerst na de verdeling tussen de maten, dus na toerekening aan de maat, [B] B.V., heeft betrokkene wellicht iets ontvangen. Het vermogen van de B.V. kan zonder meer niet worden vereenzelvigd met het vermogen van betrokkene. [B] B.V. heeft bovendien over de winst (omzet minus kosten) die zij maakte door haar participatie in de maatschap vennootschapsbelasting moeten betalen. Vennootschapsbelasting is niet een belasting die betrokkene verschuldigd is en die hij ook niet kan terug vragen. De door [B] B.V. ter zake van de gerealiseerde winst op de in de berekening betrokken facturen betaalde Vpb moeten dan ook in mindering worden gebracht op het door de betrokkene wederrechtelijk genoten voordeel. De Vpb in de jaren 2000 t/m 2002 bedroeg 35%. Zie met betrekking tot het niet mogen vereenzelvigen van het vermogen van een B.V. en het vermogen van de oprichter enig aandeelhouder ECLI:NL:HR:2012:BW5645. De betaalde Vpb moet dus ook nog van het bedrag afgetrokken worden om een zo veel als mogelijk aan de werkelijkheid rechtdoende

voordeelberekening te realiseren. Een andersluidend oordeel heeft als gevolg dat de betrokkene uiteindelijk meer betaalt dan het voordeel dat gelet op alle concrete omstandigheden van het geval aan hem is toegefallen.’

De Hoge Raad overweegt dat hij in het door het hof aangehaalde ECLI:NL:HR:1998:ZD0947 – onder verwijzing naar de in dat arrest weergegeven wetsgeschiedenis – heeft overwogen:

‘(...) het fiscale mechanisme dat, voorzover belasting verschuldigd is over wederrechtelijk verkregen voordeel, die belastingheffing weer wordt ongedaan gemaakt indien en voorzover dat voordeel weer wordt ontnomen, [leidt] naar het oordeel van de wetgever zowel in strafrechtelijke als fiscaalrechtelijke zin tot een evenwichtig resultaat, terwijl daarentegen een rekening houden met de reeds geheven of nog te heffen belasting bij de bepaling van het te ontnemen voordeel naar het oordeel van de minister tot een onevenwichtig en onbedoeld resultaat zou leiden. De keuze voor vorenomschreven fiscaal systeem brengt volgens de wetgever mee dat de strafrechter bij de bepaling van het aan voordeel in aanmerking te nemen bedrag geen rekening zal dienen te houden met de belastingheffing.’

De Hoge Raad overweegt dat het in deze overweging bedoelde fiscale mechanisme – dat meebrengt dat de rechter bij de bepaling van het als wederrechtelijk verkregen voordeel in aanmerking te nemen bedrag geen rekening houdt met de belastingheffing – op de veronderstelling berust dat het bedrag dat de betrokkene als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen ook bij die betrokkene in de belastingheffing is, of kan worden, betrokken. Zoals weergegeven, is namens de betrokkene echter aangevoerd dat niet de betrokkene maar [B] B.V. vennootschapsbelasting verschuldigd is geworden. De Hoge Raad oordeelt dat het op voornoemd fiscaal mechanisme gebaseerde oordeel van het hof dat die bij [B] B.V. ontstane belastingschuld niet in aanmerking hoeft te worden genomen bij de schatting van het door de betrokkene verkregen wederrechtelijk voordeel daarom zonder nadere motivering niet begrijpelijk is.

RECHTSPRAAK

## **Heeft verdachte elektriciteit ‘weggenomen’?**

### ***Heeft verdachte elektriciteit ‘weggenomen’?***

Het cassatiemiddel klaagt dat de bewezenverklaring van het in de zaak met parketnummer 13-728043-16 onder 2 ten laste gelegde niet uit de gebruikte bewijsvoering kan worden afgeleid.

Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman van de verdachte het woord gevoerd overeenkomstig de pleitnota die bij het proces-verbaal is gevoegd. De pleitnota houdt onder meer in:

‘Feit II. diefstal elektriciteit

4. Ten aanzien van de diefstal van elektriciteit verzoekt de verdediging om vrijspraak. Het enkele feit dat cliënt wetenschap had van de hennepkwekerij is, bij het ontbreken van andere bewijsmiddelen die op uitvoeringshandelingen van de verdachte bij het wegnemen van elektriciteit duiden, onvoldoende om vast te kunnen stellen dat cliënt bemoeienis heeft gehad met het wegnemen van de elektriciteit. Zie in dit kader eveneens een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam uit 2016. (voetnoot:ECLI:NL:GHAMS:2016:2821: De omstandigheid dat de verdachte betrokken is geweest bij de hennepkwekerij, is onvoldoende om alleen op basis daarvan de verdachte als (mede)pleger van de diefstal van elektriciteit aan te merken.) De enkele opmerking van cliënt, dat hij gezien heeft dat iemand met de meter bezig was, maakt het niet anders. Hieruit volgt niet dat cliënt een bijdrage heeft geleverd. Redenen waarom de verdediging verzoekt om vrijspraak ten aanzien van dit feit.’

De bewezenverklaring van het in de zaak met parketnummer 13-728043-16 onder 2 ten laste gelegde houdt onder meer in dat de verdachte elektriciteit heeft ‘weggenomen’. Dit onderdeel van de bewezenverklaring kan echter, mede gelet op wat namens de verdachte is aangevoerd, niet zonder meer worden afgeleid uit de bewijsvoering. De uitspraak van het hof is ten aanzien daarvan dus ontoereikend gemotiveerd.

Het cassatiemiddel is terecht voorgesteld.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de beslissingen

over het in de zaak met parketnummer 13-728043-16 onder 2 ten laste gelegde en de strafoplegging, wijst de zaak terug naar het gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak ten aanzien daarvan opnieuw wordt berecht en afgedaan en verwerpt het beroep voor het overige.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 12-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2021:41

**Zaaknummer:** 19/03397

**Rechters:** J. de Hullu, E.S.G.N.A.I. van de Griend en C. Caminada

**Advocaten:** C. Crince Le Roy

**Wetsartikelen:** 310 Sr en 359 Sv

RECHTSPRAAK

## **Slagende klacht ondervragingsrecht, steunbewijs (Vidgen).**

### ***Slagende klacht ondervragingsrecht, steunbewijs (Vidgen).***

Het cassatiemiddel klaagt over het gebruik van de verklaringen van de getuigen [medeverdachte 2] en [betrokkene 1] voor het bewijs van het bewezen verklaarde, terwijl de verdediging onvoldoende in de gelegenheid is geweest deze getuigen te ondervragen en de betrokkenheid van de verdachte bij het hem ten laste gelegde niet in voldoende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen. Het voert daartoe onder meer aan dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het bewijs niet in beslissende mate steunt op de verklaring van een getuige die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen omdat het 'twee zelfstandige, belastende verklaringen' betreft 'die elkaar over en weer ondersteunen'.

In de situatie dat een getuige zich van het geven van een getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen verschoont op grond van een daartoe door de wet gegeven bevoegdheid en de getuige dientengevolge weigert antwoord te geven op de vragen die de verdediging hem stelt of doet stellen, ontbreekt een behoorlijke en effectieve mogelijkheid tot ondervraging (vgl. HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1017). Voor dergelijke situaties heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1016, met het oog op artikel 6 EVRM onder meer het volgende overwogen:

'3.2.1. (...) De omstandigheid dat de verdediging, ondanks het nodige initiatief daartoe, geen gebruik heeft kunnen maken van die mogelijkheid [tot ondervraging], staat niet eraan in de weg dat een door een getuige afgelegde verklaring voor het bewijs wordt gebezigd, mits is voldaan aan de eisen van een eerlijk proces, in het bijzonder doordat de bewezenverklaring niet in beslissende mate op die verklaring wordt gebaseerd dan wel – indien de bewezenverklaring wel in beslissende mate op die verklaring wordt gebaseerd – het ontbreken van een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om de desbetreffende getuige te ondervragen in voldoende mate wordt gecompenseerd.

Voor de beantwoording van de vraag of de bewezenverklaring in beslissende mate steunt op de verklaring van – kort gezegd – een, ondanks het nodige initiatief daartoe, niet door de verdediging ondervraagde getuige, is van belang in hoeverre die verklaring steun vindt in

andere bewijsmiddelen. Het benodigde steunbewijs moet betrekking hebben op die onderdelen van de hem belastende verklaring die de verdachte betwist. Of dat steunbewijs aanwezig is, wordt mede bepaald door het gewicht van de verklaring van deze getuige in het licht van de bewijsvoering als geheel.

Voor de in cassatie aan te leggen toets of de bewijsvoering voldoet aan het hiervoor overwogene, kan van belang zijn of de feitenrechter zijn oordeel hieromtrent nader heeft gemotiveerd. In het algemeen geldt dat voor de beoordeling van de vraag of het benodigde steunbewijs aanwezig is, niet kan worden volstaan met een op de betrouwbaarheid van de verklaring van de desbetreffende getuige toegesneden overweging.'

In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde of het hiervoor bedoelde steunbewijs voor zo een verklaring van een getuige die door de verdediging niet kon worden ondervraagd, (mede) kan worden gevonden in een verklaring van een andere getuige die door de verdediging evenmin kon worden ondervraagd. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Indien de bewezenverklaring (mede) berust op verklaringen van meerdere getuigen die door de verdediging niet konden worden ondervraagd, dient het hiervoor bedoelde steunbewijs te worden gevonden in andere bewijsmiddelen dan die verklaringen (vgl. EHRM 15 december 2015, 9154/10, r.o. 114 (*Schatschaschwili/Duitsland*)).

Het hof heeft vastgesteld dat de verdediging ten aanzien van de getuigen [medeverdachte 2] en [betrokkene 1] geen behoorlijke en effectieve mogelijkheid heeft gehad om hen te ondervragen. Het hof heeft de verklaringen van deze getuigen echter wel gebruikt voor het bewijs, en in dat verband geoordeeld dat de bewezenverklaring niet in een beslissende mate steunt op de verklaring van een getuige die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen. Daartoe heeft het hof met betrekking tot de verklaringen van [medeverdachte 2] en [betrokkene 1] onder meer overwogen dat het 'niet één, maar twee zelfstandige, belastende verklaringen [betreft], die elkaar over en weer ondersteunen'. Gelet op het voorgaande, geeft die overweging blijk van een onjuiste rechtsopvatting, nu daarin besloten ligt het oordeel van het hof dat het hiervoor bedoelde steunbewijs voor een verklaring van een getuige die door de verdediging niet kon worden ondervraagd, (mede) kan worden gevonden in een verklaring van een andere getuige die door de verdediging evenmin kon worden ondervraagd. Het cassatiemiddel is in zoverre terecht voorgesteld.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 12-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2021:2

**Zaaknummer:** 19/01856

**Rechters:** V. van den Brink, A.L.J. van Strien en A.E.M. Röttgering

**Advocaten:** R.J. Baumgardt, P. van Dongen en S. van den Akker

**Wetsartikelen:** 342 Sv en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

## **Moet bij ontneming rekening worden gehouden met belastingheffing?**

### ***Moet bij ontneming rekening worden gehouden met belastingheffing?***

Het cassatiemiddel klaagt dat de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel ontoereikend is gemotiveerd.

In het door het hof aangehaalde arrest van 17 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0947, heeft de Hoge Raad – onder verwijzing naar de in dat arrest weergegeven wetsgeschiedenis – het volgende overwogen:

‘(...) het fiscale mechanisme dat, voorzover belasting verschuldigd is over wederrechtelijk verkregen voordeel, die belastingheffing weer wordt ongedaan gemaakt indien en voorzover dat voordeel weer wordt ontnomen, [leidt] naar het oordeel van de wetgever zowel in strafrechtelijke als fiscaalrechtelijke zin tot een evenwichtig resultaat, terwijl daarentegen een rekening houden met de reeds geheven of nog te heffen belasting bij de bepaling van het te ontnemen voordeel naar het oordeel van de minister tot een onevenwichtig en onbedoeld resultaat zou leiden. De keuze voor vorenomschreven fiscaal systeem brengt volgens de wetgever mee dat de strafrechter bij de bepaling van het aan voordeel in aanmerking te nemen bedrag geen rekening zal dienen te houden met de belastingheffing.’

Het in deze overweging bedoelde fiscale mechanisme – dat meebrengt dat de rechter bij de bepaling van het als wederrechtelijk verkregen voordeel in aanmerking te nemen bedrag geen rekening houdt met de belastingheffing – berust op de veronderstelling dat het bedrag dat de betrokkene als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen ook bij die betrokkene in de belastingheffing is, of kan worden, betrokken. Zoals hiervoor is weergegeven, is namens de betrokkene echter aangevoerd dat niet de betrokkene maar [B] B.V. vennootschapsbelasting verschuldigd is geworden. Het op voornoemd fiscaal mechanisme gebaseerde oordeel van het hof dat die bij [B] B.V. ontstane belastingschuld niet in aanmerking hoeft te worden genomen bij de schatting van het door de betrokkene verkregen wederrechtelijk voordeel is daarom zonder nadere motivering niet begrijpelijk.

Het cassatiemiddel is terecht voorgesteld.

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof en wijst de zaak terug naar het gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 12-01-2021

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2021:1

**Zaaknummer:** 19/01486

**Rechters:** V. van den Brink, Y. Buruma en J. Wortel

**Advocaten:** D.W.H.M. Wolters

**Wetsartikelen:** 36e Sr

ANNOTATIE

## **Rechter in quarantaine mag via videoverbinding deelnemen aan zitting.**

***mr. dr. S.M.A. Lestrade***

### ***Annotatie bij Hoge Raad 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2037.***

1. Onderhavige zaak betreft een cassatie in het belang der wet omtrent de vraag of een rechter in quarantaine via videoverbinding mag deelnemen aan de zitting. Het ging in casu om een strafzitting jegens een minderjarige waarbij uitgangspunt is dat de behandeling achter gesloten deuren plaatsvindt. De Hoge Raad laat zich echter ook uit over de situatie waarin het onderzoek ter terechtzitting in het openbaar geschiedt.

2. In de rechtspraak vond in september 2020 al voor het eerst een meervoudige-kamerzitting plaats waarbij de derde rechter vanwege corona via Skype aan de inhoudelijke behandeling deelnam.<sup>[1]</sup> Weliswaar zijn met het Besluit videoconferentie van 20 maart 2020 (*Stb.* 2020, 101) en de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (*Stb.* 2020, 124) de mogelijkheden van de inzet van videoconferentie verruimd, maar onder andere bij de inhoudelijke behandeling blijft een fysieke zitting verplicht.<sup>[2]</sup> In de memorie van toelichting bij de tijdelijke COVID-19-wet staat dat bij een fysieke zitting in ieder geval de rechters, de griffier en de officier van justitie in de zittingszaal aanwezig zijn.<sup>[3]</sup> Er was onduidelijkheid over de kwestie of het niet in lijve aanwezig zijn van één van de rechters in strijd is met de eis van een fysieke zitting. De Hoge Raad oordeelt nu dat een strafzitting mag worden gehouden terwijl één van de rechters zich in quarantaine bevindt wegens de coronamaatregelen en deze rechter via een tweezijdig elektronisch medium met de rechters en de procespartijen in de zittingszaal kan communiceren. Hij geeft daarmee zijn zegen aan wat heel letterlijk gelezen strijdig lijkt met de wet, maar in de feitenrechtspraak al gebezigd gebruik is.

3. 's Lands hoogste rechtscollege volgt daarin procureur-generaal Silvis. Volgens hem zou het uitstellen van de behandeling om letterlijk aan de zittingsvoorschriften te voldoen ook als die geen redelijk doel dienen, getuigen van excessief formalisme. Het zou bovendien strijdig zijn met het beginsel van voortvarendheid. Nu er in onderhavige casus tussen de procespartijen overeenstemming is over de gang van zaken, het belang van openbaarheid niet speelt omdat

de zaak achter gesloten deuren moet plaatsvinden, er geen belangen van derden in het geding zijn en evenmin fundamentele rechten worden geschonden door de wijze van berechting, is de procureur-generaal van oordeel dat het aan de zittingsvoorzitter is om te bepalen of de gang van zaken past in de orde van de zitting. Om de Hoge Raad evenwel in de gelegenheid te stellen zich over de wijze van behandeling van deze zaak uit te laten heeft hij in zijn vordering als rechtsmiddel geformuleerd dat in de onderhavige zaak geen sprake is geweest van een onderzoek ter terechtzitting in de zin van het Wetboek van Strafvordering naar aanleiding waarvan arrest kan worden gewezen.

4. Bij zijn overweging neemt de Hoge Raad eveneens de continuïteit van het rechtsverkeer en het beperken van de vertraging van de behandeling van strafzaken als gevolg van de uitbraak van de epidemie van COVID-19 in aanmerking. Voorts is van belang dat het beginsel van openbaarheid en de mogelijkheid van een optimale communicatie tussen alle bij de zitting betrokken personen en de mogelijkheid van waarneming van non-verbale uitingen bij het (ver)horen en ondervragen van personen zich in beginsel niet verzetten tegen deelname van één van de rechters aan het onderzoek ter terechtzitting door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel.

5. De deelname met een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel dient beperkt te blijven tot één van de rechters. En de reden voor de fysieke afwezigheid van deze rechter moet rechtstreeks samenhangen met de epidemie van COVID-19. De videoverbinding moet voorts goed functioneren in de zin van zichtbaarheid en hoorbaarheid. Het dient geen belemmering te vormen in de communicatie tussen de procesdeelnemers en de aanwezigen in de rechtszaal. De rechter die deelneemt door middel van een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel mag niet als voorzitter zijn belast met de leiding over (een deel van) het onderzoek ter terechtzitting.

6. Op grond van deze voorwaarden en gelet op de aard van de zaak beslist de voorzitter of de zaak inhoudelijk kan worden behandeld. Voordat de voorzitter daarover een beslissing neemt, stelt deze de verdediging en de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie in de gelegenheid hun zienswijze kenbaar te maken over deze wijze van de behandeling van de zaak. Als tijdens de zitting blijkt dat de audiovisuele communicatie niet naar behoren verloopt, onderbreekt de voorzitter het onderzoek ter terechtzitting en vindt zo nodig aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting plaats. Tegen de beslissing van de voorzitter om de zaak inhoudelijk te behandelen terwijl één van de andere rechters aan het onderzoek ter terechtzitting deelneemt door middel van een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel, staat geen hoger beroep of cassatieberoep open. Wel kan de verdachte of officier van justitie een verzoek of vordering tot aanhouding van het onderzoek ter terechtzitting doen. Tegen de beslissing op zo'n verzoek of vordering kan wel worden opgekomen.

7. Hoewel het arrest van de Hoge Raad specifiek betrekking heeft op de COVID-19-toestand, kan de uitspraak in een breder perspectief worden geplaatst waarbij wordt geëxperimenteerd met digitaal rechtspreken. Het gebruik van een directe beeld- en geluidsverbinding tussen de betrokken personen in het strafproces wordt steeds meer als redelijk alternatief beschouwd voor de fysieke aanwezigheid.[4] De toepassing van de ondervraging per videoconferentie neemt verder toe binnen de internationale en Europese strafrechtelijke samenwerking. Ook de wetgever zet in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering in op een uitbreiding van het toepassingsbereik van videoconferentie. De verwachting bestaat dat het belang van videoconferentie in het strafproces de komende decennia alleen maar groeit.[5]

8. Baart de digitale vlucht in de rechtspraak zorgen of is deze juist toe te juichen? Gedurende deze coronapandemie zorgt onderhavige uitspraak van de Hoge Raad er in elk geval voor dat strafzaken kunnen worden afgedaan zonder vertraging en zonder afbreuk te doen aan het openbaarheidsbeginsel. Meer in het algemeen maakt videoconferentie het mogelijk om verdachten, getuigen, slachtoffers en deskundigen zowel binnenlands als in het buitenland op een efficiënte manier te horen. Het scheelt vervoersbewegingen en daarmee mogelijk ook veiligheidsproblemen. Het maakt internationale samenwerking eenvoudiger. Hierdoor worden kosten en tijd bespaard. Maar het gebruik van audiovisuele technologie en dan in het bijzonder ten aanzien van het videohoren van de verdachte kent ook nadelen die raken aan artikel 6 EVRM. Het beginsel van processuele gelijkheid en tegenspraak en het recht op rechtsbijstand kunnen onder druk komen te staan. In hun WODC-onderzoek naar het gebruik van videoconferentie in het strafproces concluderen De Hoon, Hirsch Ballin en Bollen dat een verbeterslag moet worden gemaakt in de kwaliteit van de techniek, apparatuur, verbinding, de inrichting van de locatie van de verdachte, protocollen en training van personeel om de rechten van de verdachte te kunnen waarborgen.[6] Mommers en Francot constateren dat de technische haalbaarheid, de snelheid en de efficiëntie op dit moment de boventoon voeren, maar dat het recht op een eerlijk proces een veel centralere plaats moet innemen in de discussie omtrent digitale rechtspraak, nu en in de toekomst.[7] De roep om aandacht voor de rechten van de verdachte is ook breder terug te zien in de rechtspraak en bij non-profitorganisaties.[8] Dat de digitale mogelijkheden beter worden benut, dat de audiovisuele techniek wordt verbeterd, en dat dit tegelijkertijd gepaard gaat met een aanwakkerende discussie over versterkte aandacht voor de rechten van de verdachte is een ontwikkeling die zeker toe te juichen is.

[1] Zie het Twitterbericht van mr. S. Milani op 17 september 2020. Zie ook S.M.A. Lestrade, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2020/2396.

[2] Art. 28 Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid.

[3] Memorie van toelichting bij Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, p. 13.

[4] Zie ook A.M. de Hoon, M.F.H. Hirsch Ballin & S.G.M.J. Bollen, *De verdachte in beeld. Eisen en waarborgen voor het gebruik van videoconferentie ten aanzien van verdachte in het Nederlandse strafproces in rechtsvergelijkend perspectief*, WODC 2020, p. 1-3.

[5] Ambtelijke versie juli 2020 memorie van toelichting bij nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 217.

[6] Zie ook A.M. de Hoon, M.F.H. Hirsch Ballin & S.G.M.J. Bollen, *De verdachte in beeld. Eisen en waarborgen voor het gebruik van videoconferentie ten aanzien van verdachte in het Nederlandse strafproces in rechtsvergelijkend perspectief*, WODC 2020, p. 1-3.

[7] S. Mommers & L. Francot, 'Artikel 6 EVRM en het plexiglazen huis van de strafrechtketen. De ondergrens van het recht op een eerlijk proces komt in zicht', *DD* 2020/61, par. 8.

[8] Zie <https://njcm.nl/actueel/njcm-uit-zorgen-over-de-mensenrechtelijke-gevolgen-van-corona-maatregelen-voor-de-strafrechtspleging/>. Ook de Fundamental Rights Agency (FRA) stelt dat het COVID-19 'nieuwe normaal' ook fundamentele grondrechten dient te beschermen. Zie FRA 30 juli 2020, <https://fra.europa.eu/en/news/2020/covid-19-new-normal-should-also-safeguard-fundamental-rights>. Zie voorts K. van Teeffelen & I. Baneke, 'Advocaten: rechten van verdachten worden geschonden', *Trouw* 12 mei 2020.