

Kroniek strafproces- recht



2011-2012
deel II

INHOUD deel II

Ontneming: *Formaliteiten* » *Verweren* » *Bewijs* » *Toerekening* » **Processtukken** » **Rechtsmiddelen:** *Rechtsmiddelenperikelen* » *Appelschriftuur* » *(Verschoonbare) termijnoverschrijding* » **Salduz** » **Verschoningsrecht** » *Verzoekschriften ex art. 89 Sv en art. 591a Sv: Verzoeken ex art. 89 Sv* » *Matiging of verhogen van de forfaitaire vergoeding?* » *Verzoeken ex art. 591a Sv* » **Wetgeving:** *In werking getreden* » *In werking te treden* » *Wetsvoorstellen*

Deze kroniek is gebaseerd op uitspraken gepubliceerd in diverse vakbladen, waaronder de *Nieuwsbrief Strafrecht (NbSr)*, de *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* en het *Nederlands Juristenblad (NJB)*. De Kroniek beslaat procesrechtelijke uitspraken en ziet niet op onderwerpen van materieel strafrecht. Zij behandelt de verschillende deelonderwerpen alfabetisch en eindigt met een overzicht van nieuwe wet- en regelgeving. De kroniek is vanwege de omvang in twee delen gesplitst. Deel I stond in *Advocatenblad 16*.

Tekst: C.W. Flokstra, D.N. de Jonge,
R. Malewicz en A. J. van der Velden¹

Ontneming

Formaliteiten

Per 1 juli 2011 is de Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming in werking getreden.² In deze nieuwe wet zijn geen overgangsbepalingen opgenomen zodat het algemene overgangsrecht van toepassing is.³ De toepassing van het algemene overgangsrecht leidt tot verschillende uitkomsten inzake het nieuwe art. 36e, zevende lid, Sr (nieuw) waarin de mogelijkheid tot hoofdelijke aansprakelijkheid staat opgenomen. In het arrest van 11 oktober 2011 van het Gerechtshof Amsterdam (LJN: BT7566) stelt het hof dat directe toepassing in de rede ligt nu art. 36e, zevende lid, Sr (nieuw) geen materiële extra sanctie betreft, maar een executiemodaliteit zodat het niet onder art. 1 Sr valt. Het Gerechtshof Leeuwarden neemt in het arrest van 18 oktober 2011 (LJN: BU1645) een tegenovergesteld standpunt in en overweegt dat art. 36e, zevende lid, Sr (nieuw) een nieuwe – voor de veroordeelde ongunstige – wettelijke regel van sanctierecht is en dat derhalve de meest gunstige bepaling dient te worden toegepast (zo ook Rechtbank Maastricht, 30 november 2012, LJN: BY4712).⁴ Zie voor

En daarvoor verwijzen we graag naar deel II, pagina 15 van de vernietigde stukken...



een voor de veroordeelde gunstige uitspraak in verband met het al dan niet toepassen van art. 36e, tweede lid, Sr (nieuw) het vonnis van de Rechtbank Middelburg van 15 maart 2012 (LJN: bv8698).

Art. 407, tweede lid, Sv (partieel hoger beroep) is niet van toepassing in ontnemingszaken, zo volgt uit HR 14 februari 2012 (NJ 2012/134, LJN: BU3987). Indien in de akte een beperking van het beroep is opgenomen dan leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van de partij die in beroep is gekomen, mits deze het verzuim niet herstelt voor afloop van de beroepstermijn

of ter zitting niet aangeeft dat het hoger beroep zonder de eerder aangebrachte beperking moet worden doorgezet.

Indien tussen het OM en de veroordeelde tijdens de ontnemingsprocedure een schikkingsovereenkomst is getroffen dan mag de veroordeelde er niet op vertrouwen dat de ontnemingsprocedure geëindigd is, indien de veroordeelde zich niet aan de voorwaarden van die schikkingsovereenkomst heeft gehouden. Het OM is in dat geval dan ook ontvankelijk in de opnieuw aangebrachte ontnemings-

1 Advocaten bij Cleerdin & Hamer Advocaten te Amsterdam en Haarlem; Malewicz is tevens redactielid van dit blad.

2 *Stb.* 2011, 171.

3 Zie daarvoor o.a. HR 12 juli 2011, *NJ* 2012/78, LJN: BP6878.

4 Zie ook C.J. Sweers & H.G. Punt, 'Overgangsrecht bij de wetwijziging per 1 juli 2011', *BOOM-Nieuws*, juli 2011, nr. 61, p. 7-12 en C. de Sitter & R. van Zijl, 'De verruiming van de ontnemingsmaatregel is een feit. Maar per wanneer?' *NJ* 2011, afl. 39, p. 2658-2661.

vordering, zo volgt uit HR 14 februari 2012 (NJ 2012/132, LJN: BT2520).

Verweren

De rechter in de ontnemingsprocedure is gebonden aan het oordeel van de rechter in de hoofdzaak, maar komt een zelfstandig oordeel toe met betrekking tot alle verweren die betrekking hebben op de vaststelling van het ontnemingsbedrag (vgl. HR 8 juni 1999, NJ 1999/589, LJN: ZD1501). In HR 28 februari 2012 (NJ 2012/161, LJN: BU7360) werd door de verdediging een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ingenomen ten aanzien van het aantal oogsten van een hennepkwekerij, op welk standpunt het hof naliet inhoudelijk te reageren met verwijzing naar het oordeel van de rechter in de hoofdzaak. Nu de stelling van de verdediging een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt betrof en gericht was op de schatting en vaststelling van het ontnemingsbedrag kon het hof gelet op art. 359, tweede lid tweede volzin, Sv daarmee niet volstaan, aldus de Hoge Raad.

Bewijs

De schatting van het voordeel kan slecht worden ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen, behoudens indien het gaat om feiten of omstandigheden van algemene bekendheid. In HR 12 juli 2011 (NJ 2011/378, LJN: BQ6555) had het hof als feit van algemene bekendheid gehanteerd dat met tien liter plantenvoeding ongeveer tweehonderd hennepplanten kunnen worden geteeld. De HR achtte die stelling niet zonder meer begrijpelijk. Zie voor een voor de veroordeelde gunstig arrest met betrekking tot de berekening van hennepoogsten op grond van geconstateerde kalkresten en algengroei het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 24 oktober 2012 (LJN: BY2956).

Art. 344a Sv staat het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen slechts onder voorwaarden toe. Uit HR 20 december 2011 (NJ 2012/412, LJN: BQ6002) volgt echter dat dit niet geldt voor ontnemingsprocedures, maar de ontnemingsrechter dient bij gebruik van een dergelijke verklaring in zijn uitspraak er wel blijk van hebben gegeven te hebben onderzocht of de verklaring betrouwbaar is en of aan de

verdedigingsrechten van de veroordeelde in voldoende mate is tegemoetgekomen.

Toerekening

Indien een bv wederrechtelijk verkregen voordeel heeft genoten en deze bv heeft één aandeelhouder/bestuurder dan kan dit enkele gegeven er niet toe leiden dat het door de bv genoten voordeel geheel aan de aandeelhouder/bestuurder wordt toegerekend, zo volgt uit HR 22 mei 2012 (NJ 2012/348, LJN: BW5645). De HR overweegt daarbij dat het vermogen van een bv zonder nadere motivering niet te vereenzelvigen valt met het vermogen van haar enig aandeelhouder.

In aansluiting op HR 8 juli 2008 (NJ 2008/495), HR 23 december 2008 (NJ 2009/31) en HR 21 april 2009 (NJ 2009/208) blijkt uit HR 12 juli 2011 (NJ 2011/538, LJN: BQ3683) dat in het verband van een criminele organisatie wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen ten aanzien van strafbare feiten waarop de criminele organisatie haar oogmerk heeft, terwijl de veroordeelde van deelname aan die criminele organisatie is vrijgesproken, indien de tenlastelegging niets inhoudt omtrent de concrete misdrijven waaruit de deelneming van veroordeelde aan de organisatie heeft bestaan.

Processtukken

Blijkens de arresten van de HR wordt (in cassatie maar ook via art. 552a Sv) nog zeer regelmatig geklaagd over het ontbreken van processtukken (o.a. HR 6 juni 2011, LJN: BQ3183; HR 6 maart 2012, LJN: bv3452). Het merendeel van deze klachten stuit af op de omstandigheid dat de raadsman of -vrouw op de voet van art. IV.3 van het Procesreglement van de Strafkamer van de Hoge Raad (Starr. 2008, 147) geen verzoek heeft gedaan om aanvulling van het procesdossier. Zo'n verzoek dient schriftelijk aan de rolraadsheer te geschieden, binnen de termijn genoemd in art. 447 lid 5 Sv. Vgl. HR 28 juni 2011, LJN: BO6704, NJ 2011, 495 waarin ook werd geklaagd over het ontbreken van stukken en in welk arrest de HR in voorafgaande beschouwingen uitgebreid ingaat

Ooit dacht ik dat
mijn privéleven een privékarakter had.
Toen kwam de buurman...

Toen dacht ik dat de gepleegde feiten
een privékarakter hadden.
Toen kwamen het OM, de pers en
de verdediging van de buurman...

Toen dacht ik nog dat mijn
bekentnissen in mijn dagboek
een privékarakter hadden...

U kunt begrijpen hoe verbaasd ik was
om te horen dat nou juist
de rest van mijn dagboek
een privékarakter heeft...



op de regeling uit art. IV.3 van het Procesreglement.

Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat er onduidelijkheid blijft ontstaan over de vraag of videobeelden processtukken zijn en of er een recht is op het bekijken van videobeelden. Relevant in dit verband is de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 31 januari 2012, LJN: BU4214, in welk arrest de afwijzing door het hof van het verzoek om de verdachte aanwezig te laten zijn bij het bekijken van de videobeelden van de verhoren van aangever en van de medeverdachte centraal staat. De HR herhaalt dat indien van een politieverhoor

niet alleen een proces-verbaal, maar ook een video-opname is gemaakt (hetgeen uit de processtukken dient te blijken), de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat aan de verdediging de kennisneming van die opname niet mag worden onthouden (vgl. HR 21 oktober 1997, LJN: ZD 0832, NJ 1998, 133). Dat betekent echter niet dat zowel de raadsman als de verdachte zonder meer aanspraak heeft op kennisneming van die opname. Bij afweging van de gerechtvaardigde belangen van de op de video-opname afgebeelde persoon enerzijds en de belangen van de verdediging bij kennisneming van die opname anderzijds, kunnen de eerstgenoemde belangen in zoverre zwaarder wegen dat wel de raadsman in de gelegenheid wordt gesteld van die opname kennis te nemen, maar dat dit aan de verdachte niet wordt toegestaan (vgl. HR 7 mei 1996, LJN: AB9820, NJ 1996/687). In casu heeft het hof het verzoek afgewezen nu kennisneming van de videobeelden door de verdachte inbreuk zou maken op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen op de beelden. Zonder nadere motivering is deze afwijzing ontoereikend zodat het arrest van het hof niet in stand kan blijven. De HR overweegt vervolgens ten aanzien van de vraag of camerabeelden als processtuk kunnen worden aangemerkt dat de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat aan de verdediging de kennisneming van video-opnamen niet mag worden onthouden, niet meebrengt dat die opnamen zonder meer als processtuk aan het procesdossier toegevoegd dienen te worden. Immers, aan het dossier moeten worden gevoegd stukken die redelijkerwijze van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende hetzij in voor hem ontlastende zin. Indien de verdediging de betrouwbaarheid of de rechtmatigheid van de verkrijging van ten overstaan van de politie afgelegde verklaringen betwist, behoren door de verdediging aan te duiden gedeelten van de opnamen die deze betwisting zouden kunnen ondersteunen, als redelijkerwijze van belang zijnde stukken in beginsel aan de processtukken te worden toegevoegd. Vgl. ook Rechtbank Haarlem, 20 augustus

2012, LJN BX7560 (met verwijzing naar HR 7 mei 1996 (NJ 1996, 687)).

Tot slot kort aandacht voor het arrest van de HR d.d. 2 oktober 2012, LJN: BX5001 welke zaak draaide om een verdenking ter zake van ontucht en waarbij de verdediging verweer voerde op de aard en omvang van de zaak nu uit de aangifte daarvan een ander beeld naar voren kwam dan uit de (bekenende) verklaring van de verdachte. Het hof oordeelde de verklaringen van de aangeefster betrouwbaar nu deze werden ondersteund door passages uit het dagboek van de aangeefster. De verdediging had verzocht om inzage in het volledige dagboek van de aangeefster teneinde onder meer de passages uit het dagboek te kunnen beoordelen tegen de achtergrond van het hele dagboek. Dit verzoek werd afgewezen. De HR stelt voorop dat indien de verdediging de betrouwbaarheid of rechtmatigheid van de verkrijging van enig bewijsmiddel aanvecht, de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat de verdediging in beginsel ook de kennisneming van voor de beoordeling daarvan van belang zijnde, niet tot de processtukken behorende, documenten niet mag worden onthouden. Dat betekent echter niet dat zowel de raadsman als de verdachte zonder meer aanspraak heeft op een afschrift of kennisneming van door hen verzochte stukken. Uit het arrest van het hof kan worden afgeleid dat het hof de door de politie geselecteerde pagina's uit het dagboek van de aangeefster relevant voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van de aangifte heeft geoordeeld en deze voor het bewijs heeft gebezigd. Gelet op het verzoek van de verdediging is de afwijzing van het hof op de grond dat 'verdachte op zichzelf niet betwist dat de pagina's afkomstig zijn uit het dagboek van aangeefster en ter terechtzitting niet aannemelijk is geworden dat in het dagboek nog meer pagina's zijn die betrekking hebben op het seksueel misbruik', zonder nadere, doch ontbrekende, motivering niet begrijpelijk. Voor zover het hof in zijn oordeel heeft betrokken dat de advocaat-generaal bij het hof heeft meegedeeld, 'de rest van het dagboek (...) een privé-karakter (heeft)', is de afwijzing van het verzoek niet toereikend gemotiveerd,

aangezien het hof in zijn overwegingen niet blijkt heeft gegeven de belangen van de aangeefster en die van de verdediging te hebben afgewogen.

Rechtsmiddelen

Rechtsmiddelenperikelen

Blijkens de jurisprudentie blijven er vragen bestaan over de Wet stroomlijnen hoger beroep en daaruit voortvloeiend de omvang van hetgeen in hoger beroep aan het oordeel van de rechter is onderworpen, alsmede onder meer vragen met betrekking tot de rechtsgeldigheid van de intrekking van het hoger beroep door de OvJ en/of door verdachte. Voor de HR (28 juni 2011, LJN: BP2709) is dit aanleiding op dit punt in enkele 'beschouwingen' duidelijkheid te verschaffen. Van belang is dat op grond van art. 453 Sv jo. art. 454 Sv de intrekking van een rechtsmiddel uiterlijk tot de aanvang van de behandeling van het beroep kan geschieden door een verklaring, af te leggen op de griffie van het gerecht door of bij hetwelk de beslissing is gegeven, dan wel, in het geval de AG bij het hof gebruikmaakt van zijn bevoegdheid tot intrekking krachtens art. 453.2 Sv, ter griffie van het gerechtshof. Uit art. 270 Sv volgt dat het onderzoek begint – en neemt dus de behandeling een aanvang – door het doen uitroepen van de zaak. Dat betekent dat de genoemde verklaring moet zijn afgelegd voordat de zaak is uitgeroepen. In de onderhavige zaak ving het hoger beroep aan op de pro-formazitting van 5 februari 2009 en kon het hof dus oordelen dat de intrekking van het hoger beroep door de OvJ op 16 maart 2009 en die door de verdachte op 21 april 2009 niet rechtsgeldig waren. Zie in dit kader ook HR 3 april 2012, LJN: bv7406. Opgemerkt wordt nog dat art. 416 Sv de appelrechter de mogelijkheid biedt om in geval een wens tot 'intrekking' van het hoger beroep wordt geuit na aanvang van de behandeling in hoger beroep, de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep uit te spreken.

In HR 1 november 2011, LJN: BR2337 was de vraag aan de orde of het hoger beroep rechtsgeldig was ingesteld nu de akte geen verklaring bevatte dat de advo-

caat door de verdachte bepaaldelijk was gevolmachtigd om het rechtsmiddels aan te wenden (ex. art. 450 lid 1 Sv). Het hof verklaarde de verdachte niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep, onder verwijzing naar HR LJN: BJ7810. Echter, het verschil is dat LJN: BJ7810 betrekking heeft op een door een advocaat schriftelijk ingesteld beroep terwijl in de onderhavige zaak (LJN: BR2337) de advocaat ter griffie was verschenen om hoger beroep in te stellen. De akte instellen hoger beroep is vervolgens door de griffier van de rechtbank opgesteld en ter ondertekening voorgelegd aan de advocaat. Hoewel de akte niet de verklaring ex art. 450 lid 1 Sv bevat, kon het hof niet tot een niet-ontvankelijkheid komen met verwijzing naar LJN: BJ7810 nu de akte is opgesteld en ter ondertekening is aangeboden door een justitiële autoriteit en de ondertekenaar – ook als hij advocaat is – erop mag vertrouwen dat het geen later fataal blijkende fouten of leemten bevat zodat door ondertekening en inlevering het rechtsmiddel rechtsgeldig wordt ingesteld (vgl. HR LJN: BL9116).

Ook in HR 4 september 2012, LJN: BX4153 werd de verdachte niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep. Echter ditmaal nu het hof van oordeel was dat er twijfel bestond over de identiteit van de ter zitting in hoger beroep verschenen verdachte. Het hof heeft deze situatie gelijkgesteld met het aanwenden van een rechtsmiddel door of namens een NN-verdachte en heeft verdachte met verwijzing naar HR 27 februari 2001, LJN: ABo259, NJ 2001/499 niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep. De HR meent dat het oordeel van het hof niet begrijpelijk is nu in LJN: ABo259 is geoordeeld dat een verdachte te wiens laste een rechterlijke beslissing is gewezen waarin hij op andere wijze dan bij name is aangeduid, geen rechtsmiddel tegen een einduitspraak kan aanwenden anders dan onder bekendmaking van zijn persoonsgegevens en gelet op de inhoud van de akte rechtsmiddel waarin in de onderhavige zaak wel degelijk enkele persoonsgegevens stonden opgenomen. Voorts merkt de HR op dat indien bij het onderzoek ter terechtzitting twijfel rijst over de vraag of de als verdachte ter terechtzitting verschenen persoon de in

de dagvaarding bedoelde verdachte is, de rechter kan overgaan tot het (doen) verrichten van een nader onderzoek naar diens identiteit (zoals omschreven in art. 273 jo. 27a en 29a Sv). In geval de rechter van oordeel is dat degene die is verschenen niet de verdachte is, kan hij overgaan tot het verlenen van verstek tegen de alsdan afwezige verdachte dan wel de ex art. 279 Sv gemachtigde raadsman in de gelegenheid stellen het woord te voeren. Voor de appelrechter geldt dat deze degene die als verdachte is gedagvaard moet vrijspreken indien komt vast te staan dat het vonnis in eerste aanleg te zijnen laste is geweest maar het daarin als bewezen aangenomene door een ander is begaan. Zie ook de conclusie AG voor HR 3 april 2012, LJN: bv7406 met betrekking tot persoonsverwisselingsproblematiek.

Appelschriftuur

Of in geval van verzoek tot horen van bij appelschriftuur opgegeven getuigen dit verzoek nu aan het verdedigingsbelang of aan het noodzaakcriterium moet worden getoetst, het blijft lastig; ook voor hoven. In de zaak die aan HR 7 februari 2012, LJN: BU7346 ten grondslag ligt, ging het om een dergelijk verzoek, welk verzoek door het hof werd afgewezen nu de noodzaak van het horen van deze getuigen het hof niet was gebleken. De HR vernietigt het arrest en herhaalt dat in een geval waarin in de appelschriftuur een opgave van getuigen wordt gedaan, de rechter, gelet op art. 418.1 Sv (behoudens de zich hier niet voordoende uitzondering van art. 418.2 Sv) de in art. 288.1 Sv voorziene maatstaf dient te hanteren. Dat betekent dat het hof had moeten bezien of redelijkerwijs valt aan te nemen dat door het afzien van de oproeping van de getuigen de verdachte niet in zijn verdediging wordt geschaad. Ten aanzien van de vraag of de opgave van getuigen in de appelschriftuur in voldoende mate stellig en duidelijk is (in het licht van art. 410 lid 3 Sv en art. 263 lid 2 Sv), geldt dat dit een oordeel van het hof is en dit oordeel slechts in beperkte mate (op zijn begrijpelijkheid) wordt getoetst in cassatie (zie HR 26 juni 2012, LJN: BW9036).

Dat een appelschriftuur niet ondertekend hoeft te zijn volgt uit HR 7 juni

2011, LJN: BO9834 (relevant voor de vraag of de appelschriftuur van de OvJ ondertekend moet zijn is art. 410.1 Sv, art. 126 RO, art. 2 Besluit reorganisatie Openbaar Ministerie en instelling landelijk parket). Het ontbreken van de handtekening van de OvJ op appelschriftuur leidt niet tot niet-ontvankelijkheid. In het licht van de toepasselijke regelgeving en wetsgeschiedenis moet wel worden aangenomen dat in het geval de OvJ hoger beroep instelt, de appelschriftuur door de OvJ dient te worden ingediend. In casu was aan die eis voldaan zodat het oordeel van het hof in stand bleef.

(Verschoonbare) termijnoverschrijding

Zie voor de vraag of termijnoverschrijding verontschuldigbaar is of niet HR 15 november 2011, LJN: BT2681 (met verwijzing naar HR 22 februari 2005, LJN: AR3700) waaruit volgt dat indien duidelijk en gemotiveerd het verweer is gevoerd dat een termijn voor het instellen van een rechtsmiddel verontschuldigbaar is overschreden, de rechter verplicht is bij verwerping daarvan die beslissing uitdrukkelijk en met redenen omkleed te nemen. Nu in de onderhavige zaak een dergelijk verweer was gevoerd maar het hof de verdachte zonder nadere motivering niet-ontvankelijk had verklaard in het hoger beroep, kon het arrest van het hof niet in stand blijven.

Salduz

In HR 9 november 2010 (LJN: BN7727) overwoog de HR reeds dat uit de rechtspraak van het EHRM niet zonder meer volgt dat het consultatierecht ook geldt voor de niet-aangehouden verdachte. Deze overweging laat enige ruimte voor uitzonderingen. In HR 7 februari 2012 (NJ 2012/115, LJN: BU6908) bestond het voorstellen om een verdachte van uitkeringsfraude buiten heterdaad aan te houden, echter, de verdachte ging vrijwillig mee naar het bureau en legde een verklaring af zonder dat voorafgaand consultatie met een advocaat had plaatsgevonden. Zowel het hof als de HR zag hierin geen uitzonderingsgeval. Een uitzondering

U moet dat zo zien; deze in
de lijst opgenomen klachten zijn
voor de Hoge Raad evident kansloos...

Maar niet alles wat voor de
Hoge Raad evident is, is ook
voor u evident...



Vandaar die lijst.

werd ook niet gezien in HR 12 juni 2012 (NJ 2012/464, LJN: BW7953) waarin een minderjarige verdachte vrijwillig en in het bijzijn van zijn moeder naar het politiebureau ging om een bekentenis af te leggen over een brandstichting. Indien een verdachte formeel niet is aangehouden ter zake het feit waarvoor hij wordt gehoord, maar wel uit andere hoofde van zijn vrijheid is beroofd, dan geldt het consultatierecht wel onverkort, zo volgt uit HR 3 juli 2012 (LJN: BW9264). Datzelfde geldt als de verdachte reeds geruime tijd op de hoogte is van het feit dat hij zal worden aangehouden en na zijn aanhouding voorafgaand aan het eerste verhoor niet wordt gewezen op zijn consultatierecht, aldus de HR in het arrest van 3 juli 2012 (LJN: BW9961). Inmiddels heeft het EHRM in de zaak Afanasyev vs. Oekraïne (EHRM 15 november 2012, nr. 48057/06) overwogen dat in die zaak sprake was van schending van art. 6, eerste lid, EVRM nu Afanasyev geen toegang tot een advocaat had gehad voordat hij voor de eerste keer werd verhoord door de politie, terwijl

deze Afanasyev tijdens dat eerste verhoor nog niet formeel was aangehouden. Het hof overweegt vervolgens onder meer: 'The Court reiterates that Article 6 § 1 of the Convention requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided from the first time a suspect is questioned by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right.' Het is afwachten of deze uitspraak van het EHRM leidt tot een andere opvatting bij de HR ten aanzien van het consultatierecht voor een niet-aangehouden verdachte die wel in verband met een verdenking van een strafbaar feit wordt gehoord.

In HR 12 juni 2012 (NJ 2012/463, LJN: BW6864) werd de verdachte aangehouden voor diefstal van een bromfiets en overhandigde deze in verband met de veiligheidsfouillering twee messen aan de verbalisant. Naar aanleiding daarvan vroeg de verbalisant waarom de verdachte deze messen bij zich had, waarna de verdachte een verklaring aflegde. Deze

verklaring werd door het hof niet uitgesloten, echter de HR overwoog dat het feit dat de verdachte niet ter zake het bezit van de messen was aangehouden geen beperking van het consultatierecht als gevolg heeft, terwijl daarnaast de vraag van de verbalisant niet anders kan worden gezien dan als een vraag ter zake een op dat moment bestaande verdenking van verboden wapenbezit, zodat vernietiging en terugverwijzing volgden. Dit lag anders in HR 15 mei 2012 (NJ 2012/398, LJN: BU8773) waar de verdachte werd aangehouden ter zake verboden wapenbezit en tijdens het transport uit eigen beweging verklaarde dat hij 'iets heel ergs had gedaan'. Op een vervolgvraag van de verbalisant bekende de verdachte vervolgens dat hij zijn vriend had doodgestoken. De HR stelde dat hier echter geen sprake was van vragen door de verbalisant betreffende de betrokkenheid van verdachte bij een op dat moment geconstateerd strafbaar feit.

De vraag of het recht op consultatie ook geldt bij *ad informandum* gevoegde feiten werd in HR 22 mei 2012 (NJ 2012/441, LJN: BW6174) beantwoord. In een overweging ten overvloede stelt de HR dat als de verdachte ter zitting bekent of daar niet verschijnt Salduz niet geldt, maar als de verdachte een gemachtigde raadsman heeft en deze bezwaar maakt op grond van Salduz dan dient de rechter de ad

info-gevoegde feiten buiten beschouwing te laten.

In de feitenrechtspraak is regelmatig terug te zien dat de verdediging, al dan niet met verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM, een beroep doet op derenwerking van de Salduz-rechtspraak. In HR 7 juni 2011 (NJ 2011/375, LJN: BP2740) stelt de HR met verwijzing naar het standaardarrest van 30 maart 2004 (NJ 2004/376, LJN: AM2533) echter nogmaals dat de *Schutznorm* als regel ook geldt ten aanzien van Salduz-verklaringen van medeverdachten.

Verschoningsrecht

Voor het verschoningsrecht van geheimhouders stond de afgelopen periode weer ter discussie. Interessant is HR 20 april 2010, LJN: BK3369, NJ 2011, 222. Wat was er aan de hand? Uitwerkingen van telefoongesprekken tussen de raadsman van de verdachte en de zus en zoon van de verdachte waren met machtiging van de rechter-commissaris aan het procesdossier toegevoegd (ex art. 126aa lid 2, tweede volzin Sv). Het ging echter onmiskenbaar om gesprekken waarop het verschoningsrecht van de raadsman wel van toepassing was, zodat art. 126aa lid 2 eerste volzin Sv gold en de uitwerkingen hadden moeten worden vernietigd. Het feit dat het niet ging om gesprekken met de verdachte zelf maakte dat niet anders, aldus de HR.⁵ De zittingsrechter moet ten volle toetsen of de uitwerkingen onder het verschoningsrecht vallen, indien hij daarop acht wil slaan in verband met enige te nemen beslissing. Daarbij is de zittingsrechter niet vrij het belang van het verschoningsrecht af te wegen tegen dat van de waarheidsvinding. Ook 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' kunnen in die zin de vernietigingsplicht niet opheffen (hetgeen wel zo kan zijn bij uitwerkingen van gesprekken van de advocaat die zelf verdachte is)⁶. Het Gerechtshof Arnhem had overwogen de uitwerkingen niet voor het bewijs te bezigen, maar had vervol-

gens toch verwezen naar de inhoud van die uitwerkingen in de bewijsoverwegingen. Die eerste overweging was juist, de verwijzing in de bewijsoverwegingen uiteraard niet.

De mogelijkheid van doorbreken van het verschoningsrecht in het belang van de waarheidsvinding werd al eerder genoemd. Daarover gaat Rechtbank Utrecht, 30 juli 2010, LJN: BN8673, NJ 2011, 443. Het betreft een beklagzaak tegen de inbeslagname van enkele stukken/data op een notaris-kantoor waarbij beide klagers (notaris en kandidaat-notaris) ervan werden verdacht in het kader van de uitvoering van hun ambt valsheid in geschrifte te hebben gepleegd. De toestemming die ex art. 98 Sv nodig is om over te gaan tot inbeslagname, gaven zij niet. Toch was door de rechter-commissaris overgegaan tot inbeslagname, wegens zeer uitzonderlijke omstandigheden die doorbreking van het verschoningsrecht in het belang van de waarheidsvinding rechtvaardigden. De rechtbank stelt voorop dat de enkele verdenking van een (ernstig) strafbaar feit voor doorbreking onvoldoende is. Er was slechts de mogelijkheid dat klagers valselijk een akte hadden opgemaakt en de in beslag genomen stukken konden daar mogelijk duidelijkheid over verschaffen, die enkele mogelijkheid acht de rechtbank echter onvoldoende.

Zeer uitzonderlijke omstandigheden waren voorts in HR 28 februari 2012, LJN: BU6088, NJ 2012, 537 wel aanwezig. Het ging om een klaagschrift (ex art. 552a lid 1 Sv) tegen kennismening door de OvJ van in beslag genomen enveloppen met medische informatie, waaronder een geluidsband met telefoongesprekken gevoerd tussen medewerk(st)ers van de huisartsenpost van klagster en twee personen die ervan werden verdacht hun driejarige zoontje te hebben gedood (door mishandeling). De gesprekken waren gevoerd op de dag van – en de dag voor – het overlijden van het slachtoffer. De rechtbank oordeelde dat sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden die meebrengen dat het belang dat de waarheid aan het licht komt, moet prevaleren boven het verschoningsrecht van klagster. Bij de beoordeling van het klaagschrift had de

Hij is gepakt,
Hij wordt veroordeeld
en hij moet het verkregen
voordeel inleveren...

Dat is toch ronduit
zielug?



rechtbank de volgende jurisprudentieel ontwikkelde maatstaven aangelegd: aard, omvang en context van de gevraagde gegevens, het belang van de betreffende strafzaak, of belanghebbenden toestemming voor verstrekking hebben gegeven, in hoeverre de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf betreffen, in hoeverre de gegevens op andere wijze kunnen worden verkregen en het belang van de betreffende gegevens (HR 26 mei 2009, LJN: BG5979, NJ 2009, 263). Het ging volgens de rechtbank om een gering aantal gegevens, die waarschijnlijk uitlatingen van de verdachte(n) behelsden over hetgeen kort voor het overlijden van het slachtoffer in medisch opzicht aan de hand zou zijn geweest, terwijl het aannemelijk was dat die gegevens niet op andere wijze konden worden verkregen. Dat oordeel acht de HR niet onbegrijpelijk en ook toereikend gemotiveerd.

5 HR 20 april 2010, LJN: BK3369, NJ 2011, 222, r.o. 3.14.3.

6 Zie de uitvoerige noot van Borgers bij dit arrest.

Verder over verschoningsrecht van een advocaat en het gevolg van schending daarvan: HR 30 maart 2010, LJN: BK4173, NJ 2011, 603.

Verzoekschriften ex art. 89 Sv en art. 591a Sv

Verzoeken ex art. 89 Sv

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 10 juni 2011, LJN: BT2768 lag de vraag voor of de buiten de driemaandentermijn ingediende vordering ontvankelijk was. De verdediging had gesteld dat de vrijgesproken verdachte, ondanks het optreden ter zitting van een gemachtigd raadsman, niet tijdig op de hoogte was geraakt en pas weer bereikbaar werd na afloop van de in art. 89, derde lid, Sv bedoelde termijn. Direct daarna was het verzoek ingediend. Het hof ging daarin volgens de al langer bestaande lijn in de rechtspraak niet mee: nu sprake was van berechting op tegenspraak waarbij de raadsman de verdediging met bepaalde volmacht had gevoerd en nu de uitspraakdatum bekend was, verklaarde het hof de vrijgesproken verdachte niet-ontvankelijk in haar verzoek. Daarbij werd nog overwogen dat het niet bereikbaar zijn van de gewezen verdachte voor haar risico moest worden gelaten.

Het Hof Amsterdam (24-11-2011, LJN: BU6985) verklaarde een gewezen verdachte niet-ontvankelijk in zijn verzoek omdat niet met zekerheid kon worden gezegd of sprake was van een beëindiging van de strafzaak nu het een herstelbare niet-ontvankelijkheid betrof. Het verzoek was daarom te vroeg ingediend.

Bijna een maand later werd de vraag of de in een kliniek doorgebrachte tijd moest worden gezien als voorlopige hechtenis, negatief beantwoord door de Rechtbank Roermond (14-12-2011, LJN: bvo458). Ter onderbouwing van dat oordeel overwoog de rechtbank: 'Voorts is art. 27 Sr van belang, zijnde de bepaling waarin de aftrek van voorlopige hechtenis wordt geregeld. Deze bepaling biedt geen mogelijkheid om in het kader van

aftrek van voorarrest vrijheidsbeperking in aanmerking te nemen. (...) De rechtbank neemt daarbij ook in aanmerking dat de opname in het belang van verzoeker is geweest en dat verzoeker alvorens opgenomen te worden volledig met de behandeling heeft ingestemd.'

Matiging of verhogen van de forfaitaire vergoeding?

Vergoedingen voor onterecht ondergane voorlopige hechtenis kunnen worden gematigd. Het Hof den Bosch (22-12-2011, LJN: BU9897) matigde de schadevergoeding omdat door de detentie geld was bespaard (geen huur/elektriciteitskosten et cetera). Het ging in deze zaak om een uitkeringsgerechtigde. Daarbij werd door het hof overwogen dat enige schadevergoeding moest worden toegekend maar dat matiging op zijn plaats was. Het hof maakte onderscheid tussen materiële en immateriële schade. Daarbij was van belang dat op grond van art. 31, lid 2, Wwb een uitkering wegens immateriële schade in beginsel ook door de bijstand niet mocht worden beschouwd als voor de uitkering in aanmerking te nemen financiële middelen. Het wel in aanmerking nemen daarvan zou betekenen dat een uitkeringsgerechtigde geen of minder compensatie voor toegebracht leed zou kunnen ontvangen. Voor de vermogensschade werd het algemene uitgangspunt gehanteerd dat de gewezen verdachte niet in een gunstiger financiële positie mocht worden gebracht dan in het geval de detentie niet zou hebben plaatsgevonden. Daarom matigde het hof op dat deel van de schadevergoeding de bespaarde kosten.

De rechter in Alkmaar (30 januari 2012, LJN: bv7757) matigde de schadevergoeding ex art. 89 Sv omdat er een redelijke verdenking was en omdat de vrijgesproken verdachte van meet af aan verklaringen had afgelegd die niet op de waarheid berustten. Daarmee had hij het onderzoek gefrustreerd. In Rotterdam (22 mei 2012, LJN: BX5766) werd het verzoek geheel verworpen vanwege een bekende eerste verklaring en uitermate verdachte omstandigheden bij de aanhouding. Daarmee was het aan de indiener van het verzoekschrift zelf te

wijten geweest dat een verdenking tegen hem was blijven bestaan en dat tegen hem vrijheidsbenemende dwangmiddelen moesten worden toegepast (vgl. Hof 's-Gravenhage 11 mei 2004, NS 2004/251).

De vrijgesproken verdachte in de zaak waarin het *shaken baby syndrome* centraal stond, vroeg om een hogere vergoeding. Het hof in Leeuwarden (17 oktober 2012, LJN: BY0441) ging daarin niet mee, maar hield het bij de standaardvergoeding. Daarbij werd overwogen dat het stempel dat de vrouw had opgedrukt gekregen niet was veroorzaakt door de detentie, maar door de zaak zelf, waarbij het bovendien onaannemelijk was dat een andere persoon dan moeder of vader de baby met fataal gevolg heen en weer had geschud.

Verzoeken ex art. 591a Sv

Indien kosten voor verleende rechtsbijstand niet door de verdachte zelf zijn betaald, levert dat problemen op indien vergoeding van die kosten ex art. 591a Sv wordt gevraagd. Zo ook in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam (27 juli 2011, LJN: bv6134). De kosten voor verleende rechtsbijstand in die zaak waren steeds betaald door een bv. Dat verzoeker zelf aandeelhouder was van de bv maakte het oordeel om het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren niet anders. Het deed niets af aan het feit dat verzoeker zelf geen kosten had gemaakt met betrekking tot zijn rechtsbijstand. Vergelijkbaar met deze uitspraak (die in lijn is met de heersende leer) is de uitspraak van het Hof Arnhem, 16 juni 2011, LJN: BU3099. Daarbij ging het om een politieagent wiens kosten voor rechtsbijstand werden betaald door de politiebond in plaats van door hemzelf.

De kosten gemaakt door een gemachtigde in een kantonprocedure kwamen voor vergoeding ex art. 591a Sv in aanmerking, mits de juridische bijstand noodzakelijk was (Rechtbank Alkmaar, 7 november 2011, LJN: BU3530).

Volgens vaste rechtspraak worden kosten ex art. 591a Sv ook niet vergoed indien een last tot toevoeging is afgegeven. Dat geldt ook indien die last aan een andere advocaat is afgegeven (een kantoorgenoot in het geval van de Rechtbank Rotterdam, 24 januari 2012, LJN: bv2591, een andere

advocaat, niet zijnde een kantoorgenoot, in de zaak bij de Rechtbank Amsterdam, 9 september 2011, LJN: BS8948).

Wetgeving⁷

In werking getreden

Sinds 2 januari 2012 kan de rechter, door inwerkingtreding van de Wet beperking oplegging taakstraffen (17 november 2011, *Stb.* 2012, 1), in de gevallen genoemd in het nieuwe art. 22b Sr geen 'kale' taakstraf meer opleggen.

De Wet DNA-verwantschapsonderzoek (24 november 2011, *Stb.* 2011, 555) trad op 1 april 2012 in werking. De wet introduceert een opsporingsmiddel waardoor kan worden vastgesteld of een bloedverwant van degene die aan (grootschalig) DNA-onderzoek heeft meegewerkt de dader van een misdrijf zou kunnen zijn en is er uiteraard op gericht die mogelijke dader dan via de bloedverwant op te sporen.

Ook op 1 april 2012 trad de Wet herziening voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidstelling (17 november 2011, *Stb.* 2011, 545) in werking. Door deze wet wordt een lijst aan bijzondere voorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling in het Wetboek van Strafrecht vastgelegd. Doel is om de rechter meer maatwerk te laten leveren bij het voorwaardelijk veroordelen. De wet introduceert voorts het elektronisch toezicht op het naleven van de voorwaarden. Ook kan de rechter bevelen dat de voorwaarden en het toezicht op de naleving dadelijk uitvoerbaar zijn. Zie in aansluiting hierop ook de Wet rechterlijk gebieds- of contactverbod (17 november 2011, *Stb.* 2011, 546). En zie met betrekking tot de gronden voor het vorderen van uitstel of achterwege laten van de voorwaardelijke invrijheidstelling de Aanwijzing voorwaardelijke invrijheidstelling (21 maart 2012, 2012A007, *Stb.* 2012, 5379). De VI-regeling is niet van toepassing op jeugdigen veroordeeld tot jeugddetentie



en vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland. Die laatste categorie heeft vanaf 1 april 2012 de mogelijkheid van strafonderbreking (art. 40a Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting).

Op 1 juli 2012 is door de Wet versterking cassatierechtspraak (15 maart 2012, *Stb.* 2012, 116) art. 80a RO ingevoerd. Een cassatieberoep kan nu door de HR niet-ontvankelijk worden verklaard bij klaarblijkelijk onvoldoende belang of bij klachten die klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden.⁸ In de Memorie van Toelichting wordt dat 'onvoldoende belang' uitgelegd als: 'zaken waarbij de insteller van het beroep uit het oogpunt van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming klaarblijkelijk

onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep om behandeling door de Hoge Raad te kunnen rechtvaardigen.⁹ De HR heeft over de reikwijdte van art. 80a RO op 11 september 2012 arrest gewezen (LJN-nummers BX0129, BX0146, BX7004 en BX0132, *NJB* 2012, 2044). In r.o. 2.2.3. geeft de HR een lijst van (vorm)verzuimen die voorheen grond vormen voor vernietiging, maar zich nu lenen voor toepassing van art. 80a RO. Van onvoldoende belang is ook sprake indien enkel wordt geklaagd over overschrijding van de redelijke termijn (als gevolg van het instellen van het cassatieberoep, ook wel de 'inzendtermijn'). Dat verzuim heeft namelijk geen invloed gehad op de bestreden beslissing en zal in die zin

⁷ Opgemerkt wordt dat wegens de omvang van de kroniek het wetgevingsoverzicht niet volledig is.

⁸ Verwezen wordt naar *Lexplicatie*, commentaar op artikel 80a RO door mr. J. A.P.N. Antonis.

⁹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 576, nr. 3 p. 1.

bij vernietiging en terugwijzing ook niet tot een andere uitspraak leiden. De HR overweegt daarbij dat door de insteller tot op zekere hoogte zelf is gekozen om langer onder dreiging van strafvervolging te moeten leven door cassatieberoep in te stellen.¹⁰ Kritische kanttekening hierbij is (onder andere) dat vooral het belang van rechtsbescherming (art. 6 EVRM) door de HR wel erg restrictief wordt uitgelegd.¹¹ Vaste lijn van de HR is dat overschrijding van de inzendtermijn door de HR zelf (als feitenrechter) wordt gecompenseerd door strafvermindering. En de veroordeelde heeft nu eenmaal het recht ervoor te kiezen zijn zaak door een advocaat aan ons hoogste rechtscollege voor te laten leggen. Het uitwerken van het procesverbaal van de terechtzitting(en) van het gerechtshof en het complementeren van het arrest en de bewijsmiddelen zal in de regel pas na het instellen van het cassatieberoep plaatsvinden. Dit alles neemt enige tijd in beslag. Pas nadat het complete cassatiedossier naar de HR is gestuurd en is doorgestuurd aan de cassatieadvocaat, kan die advocaat voldoende in staat worden geacht zich een oordeel te kunnen vormen over eventuele cassatiemogelijkheden.¹² Ziet hij die mogelijkheden uiteindelijk niet, dan kan dus wel degeleijk de inzendtermijn overschreden zijn en daarop heeft de verdachte zelf geen enkele invloed gehad. Hiertegen wordt de verdachte nu niet meer beschermd.¹³

Vervolgens geeft de HR in r.o. 2.3.2. nog een lijst van 'evident kansloze' klachten die dus klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden (de tweede toepassingsgrond voor art. 80a RO). Mocht u toch nog gemotiveerd zijn cassatiezaken te behandelen, let dan even op de tip van de HR in r.o. 2.6.2. Als het belang van uw cliënt niet evident is, licht dan in de schriftuur toe

10 HR, 11 september 2012, LJN: BX0129, BX0146, BX7004 en BX0132, r.o. 2.2.4.

11 Ook Knigge acht in zijn conclusie vóór LJN: BX0146 (5.5.10.) de invloed van de fout op de beslissing als enige criterium te beperkt.

12 Cruciaal voor het (mogelijk) succesvol klagen, is bijvoorbeeld of er op het punt waarop geklaagd wordt in hoger beroep wel verweer is gevoerd (en zo ja, is dat dan een u.o.s.?), hetgeen alleen uit het proces-verbaal van de terechtzitting is af te leiden.

13 In tegenstelling tot in HR 22 oktober 2002, LJN: AE7659, NJ 2003, 155, r.o. 3.

wat het rechtens de respecteren belang bij het cassatieberoep, vernietiging en terugwijzing is.

Sinds 1 september 2012 is de kring van spreekgerechtigden uitgebreid door de Wet uitbreiding spreekrecht (12 juli 2012, *Stb.* 2012, 345). Het spreekrecht bij een overleden slachtoffer kan door maximaal drie nabestaanden worden uitgeoefend. Wettelijke vertegenwoordigers hebben een zelfstandig spreekrecht en ook kunnen ouders en voogden van minderjarigen namens die minderjarige het spreekrecht uitoefenen als de minderjarige dat wegens zijn/haar jeugdige leeftijd zelf niet kan.

In werking te treden

Op 1 januari 2013 treden de Wet versterking positie rechter-commissaris (1 december 2011, *Stb.* 2011, 600) en de Wet herziening regeling processtukken in strafzaken (1 december 2011, *Stb.* 2011, 601) in werking. Eerstgenoemde wet introduceert de rechter-commissaris als toezichthouder op het door de OvJ geleide vooronderzoek. De onderzoekskaders van het GVO en de mini-instructie verdwijnen en in plaats daarvan kan de rechter-commissaris op verzoek van de OvJ of van de verdediging onderzoekshandelingen (doen) verrichten. Door de

Wet herziening regeling processtukken in strafzaken wordt de verbaliseringsplicht gepreciseerd, de positie van de verdediging bij de samenstelling van de processtukken versterkt, de positie van de OvJ als verantwoordelijke voor het samenstellen van het dossier verankerd en de omschrijving van het begrip 'processtukken' neergelegd in de wet. Ook worden er bevoegdheden gegeven om bepaalde stukken uit het dossier te houden en het verstrekken van afschriften aan de verdediging te beperken. Zie ook het Besluit processtukken in strafzaken (19 december 2011, *Stb.* 2011, 602).

Wetsvoorstellen

Aanhangig is nog het Wetsvoorstel uitbreiding gronden voorlopige hechtenis (Kamerstukken II, vergaderjaar 2011-2012, 33 360). Het laatste aanvullende rapport is daarover op 6 september 2012 verschenen. Het wetsvoorstel beoogt voor een aantal strafbare feiten als extra grond voor voorlopige hechtenis toe te voegen: het toepassen van snelrecht. Het gaat dan om die gevallen waarbij berechting binnen de termijn van in verzekeringstelling niet mogelijk/wenselijk is, maar wel een directe (vrijheidsbenemende) reactie tot aan de snelrechtzitting aangewezen wordt geacht.

(advertentie)

Mr. Rob Buisman, oud-notaris

- internationaal erfrecht
- testamenten & second opinions
- afwikkeling nalatenschappen
- huwelijksvermogensrecht
- vastgoedrecht

grensoverschrijdend notarieel-juridisch advies voor
Nederlanders met bezittingen in België en/of Spanje.

MR. BUISMAN c.s.

T 06 20 554 672 • OFFICE@MRBUISMAN.COM • WWW.MRBUISMAN.COM
BEZOEKADRES: OOSTERLAAN 5 • 8011 GA ZWOLLE