SR STRAFRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Gebruik getuigenverklaringen bij profijtontneming. Commentaar bij Hoge Raad 9 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1026.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 09-06-2020, ECLI:NL:HR:2020:1026 (SR-2020-0204)

De verdediging klaagt namens de betrokkene, ten aanzien van wie medeplegen passieve ambtelijke omkoping is bewezen verklaard, dat het hof in strijd met artikel 6 EVRM de bij de politie afgelegde verklaringen van enkele voormalige marktmeesters, tevens medeveroordeelden, voor de schatting van het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel heeft gebruikt.

Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van de klacht van belang, overwogen dat de advocaat-generaal ter terechtzitting in hoger beroep gevorderd heeft dat aan de veroordeelde de verplichting wordt opgelegd tot betaling aan de staat van € 93.500 ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De verdediging heeft verschillende verweren gevoerd ten aanzien van de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De raadsvrouw heeft aangevoerd dat de rechtbank bij de schatting van de weekopbrengst en het wederrechtelijk verkregen voordeel is uitgegaan van de bij de politie afgelegde verklaringen van de voormalige marktmeesters. Deze verklaringen dienen wegens schending van artikel 6 EVRM van het bewijs te worden uitgesloten, nu de marktmeesters zijn gehoord zonder dat zij voorafgaand aan het verhoor consultatiebijstand hebben ontvangen. Bovendien verkeerden zij onder grote stress en hebben zij verklaringen afgelegd om zo snel mogelijk weer naar huis te kunnen.

Bij de beoordeling van het verweer stelt het hof voorop dat schending van het recht op

rechtsbijstand van een verdachte ten aanzien van een medeverdachte in de regel geen gevolg heeft, tenzij door dat vormverzuim bij de totstandkoming van de verklaring van een medeverdachte de betrouwbaarheid van die verklaring wezenlijk is beïnvloed. Door het hof is in de strafzaak reeds overwogen dat de door de medeverdachten bij de politie afgelegde verklaringen voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Ook is door het hof geoordeeld dat niet is gebleken van ontoelaatbare druk van de kant van de politie of van concrete aanwijzingen dat de verklaringen van de marktmeesters niet in vrijheid zijn afgelegd. Het hof verenigt zich met dit oordeel en ziet geen aanleiding voor een andere afweging in de ontnemingszaak.

De raadsvrouw heeft aangevoerd dat het openbaar ministerie in de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel onvoldoende rekening heeft gehouden met fooien waar geen tegenprestatie tegenover stond of werd verwacht. De veroordeelde heeft vanaf het eerste verhoor bij de politie bestreden dat hij steekpenningen heeft aangenomen. Hij kreeg wel eens kleine bedragen, maar hierbij was geen sprake van een tegenprestatie of de verwachting daarvan. De strafzaak is nog in behandeling bij het EHRM. Het hof overweegt dat de veroordeelde in de strafzaak veroordeeld is voor het aannemen van giften, wetende dat deze hem werden gedaan of aangeboden teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten. Het hof heeft in de strafzaak bovendien uitgebreid overwogen waarom deze betalingen niet aangemerkt kunnen worden als fooien of tipgeld. Dit onherroepelijke oordeel van het hof geldt in deze ontnemingszaak als uitgangspunt. Het verweer van de raadsvrouw wordt verworpen.

De raadsvrouw heeft aangevoerd dat het openbaar ministerie en de rechtbank bij de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel zijn uitgegaan van een systeem waarbij fooien centraal werden verzameld en door zeven marktmeesters werden gedeeld. De veroordeelde bestrijdt dat hij aan dit systeem heeft deelgenomen. De fooien die hij zelf ontving deelde hij niet met anderen. De veroordeelde kent ook niet de vijf enveloppen waarop de berekening van de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel is gebaseerd. Ook ten aanzien van dit verweer geldt dat het hof de onherroepelijke veroordeling in de strafzaak als uitgangspunt neemt. Het hof heeft de veroordeelde in de strafzaak veroordeeld voor – kort gezegd – het medeplegen van het aannemen van steekpenningen. Het hof heeft daarbij overwogen dat uit verschillende verklaringen van voormalige marktmeesters volgt dat alle marktmeesters, inclusief de veroordeelde, een gelijk bedrag kregen na verdeling van de opbrengsten via de enveloppen. Ook uit het proces-verbaal berekening wederrechtelijk verkregen voordeel volgt dat verschillende marktmeesters hebben verklaard over de verdeling van de opbrengsten tussen de marktmeesters via het systeem van de enveloppen. Dit blijkt onder andere uit de verklaringen van betrokkenen. Bij de rechter-commissaris heeft een andere betrokkene verklaard dat hij de fooien evenredig verdeelde over de zeven marktmeesters.Het hof zal

daarom ook in de ontnemingszaak uitgaan van een gelijke verdeling van de opbrengsten tussen de zeven marktmeesters, waaronder de veroordeelde. De schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel door het hof zal niet gebaseerd worden op de door de raadsvrouw genoemde vijf enveloppen.

De raadsvrouw heeft aangevoerd dat nu de marktmeesters die verklaren via het systeem van enveloppen geld te hebben ontvangen, hebben aangegeven dat dit systeem is ingevoerd na de invoering van de marktpasjes, de periode voor de invoering van de marktpasjes niet kan worden meegenomen in de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het openbaar ministerie en de rechtbank hebben geen rekening gehouden met een zogenaamde inwerkperiode, zoals wel is gedaan met betrekking tot de andere betrokkene en betrokkene [2]. Het hof overweegt dat uit het proces-verbaal berekening wederrechtelijk verkregen voordeel volgt dat het geven van steekpenningen door marktkooplieden aan marktmeesters al geruime tijd voor 2010 plaatsvond. Mede gelet op de bewezenverklaring van het hof in de strafzaak, die ziet op de periode van 1 april 2001 tot 11 januari 2010, zal het hof daarom 1 april 2001 als startpunt hanteren voor de periode waarover het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt berekend. Uit de verklaringen van de andere betrokkene en betrokkene [4] bij de rechter-commissaris kan worden afgeleid dat de invoering van het pasjessysteem geen invloed had op de wijze van verdeling van de fooien. De genoemde andere betrokkene heeft verklaard dat na de invoering van het pasjessysteem, het inzamelen van de fooien op dezelfde wijze ging als voorheen: het werd meegenomen naar kantoor op het Waterlooplein en daar in de kast gedaan. Hij heeft ook verklaard dat de fooien werden verdeeld over de marktmeesters en dat het geld voor iedere marktmeester in een aparte enveloppe werd gedaan. Betrokkene [4] heeft verklaard dat hij aan het einde van de week een enveloppe in zijn hand kreeg. Ook heeft hij verklaard dat de overgang van contante betalingen naar het pasjessysteem geen invloed heeft gehad op het fooiensysteem. Hierbij acht het hof mede van belang dat uit de bewezenverklaring in de strafzaak volgt dat de steekpenningen niet alleen werden gegeven voor het scannen van marktpasjes van marktkooplieden, maar ook voor het voorrang verlenen aan marktkooplieden bij toewijzing van een plaats op de markt. Ten aanzien van de inwerkperiode overweegt het hof dat de veroordeelde heeft verklaard dat hij al negentien jaar werkzaam was als marktmeester, waarvan negen jaar in het centrum van Amsterdam. Hoewel hij pas op 1 januari 2001 als marktmeester begon in het centrum van Amsterdam, had hij daarvoor kennelijk al veel ervaring als marktmeester. Het hof zal echter wel – gelet op de nieuwe functie – een inwerkperiode van drie maanden hanteren, waarin de veroordeelde nog niet deelde in de opbrengsten. Vanaf 1 april 2001 tot en met 30 juni 2001 zal het hof in de berekening ervan uitgaan dat de veroordeelde beperkt deelde in de opbrengsten, te weten een bedrag van € 50. Het hof zal voorts in de berekening rekening houden met het ziekteverzuim van de veroordeelde, zoals dit naar voren is gekomen tijdens de behandeling van de zaak in

eerste aanleg.

De raadsvrouw heeft aangevoerd dat de veroordeelde vanaf medio 2007 fooien heeft ontvangen en dat deze per week (tot 11 januari 2010) ongeveer € 20 tot € 30 bedroegen. Op grond van de verklaringen van de marktmeesters bij zowel de politie als de rechter-commissaris kan niet tot een gemiddeld bedrag van € 250 of € 210 per persoon per week over een periode van negen jaar worden gekomen. De verklaringen van de marktlieden komen vermoedelijk voort uit rancune en dienen niet voor het bewijs gebruikt te worden. Voorts blijkt uit de financiële situatie van de veroordeelde dat er geen sprake was van een systeem van fooien. Door middel van financiële overzichten kan hij het vermogen dat zijn vrouw en hij hebben opgebouwd volledig verantwoorden. De veroordeelde en zijn vrouw hebben bovendien geen buitensporig leven geleid, aldus de raadsvrouw. Het hof volgt de verdediging daarin niet. De volgende verklaringen van de marktmeesters die zijn afgelegd bij de politie over de hoogte van de opbrengsten zullen gebruikt worden. Dit betreft de volgende verklaringen:

- Betrokkene [1] heeft verklaard dat hij elke week een envelop ontving met een bedrag tussen € 200 en € 250. Er zaten soms betere weken tussen, alsmede mindere weken. Betrokkene [1] verklaarde dat het zou kunnen kloppen dat hij gemiddeld € 250 per week had ontvangen.

- Betrokkene [2] heeft verklaard gemiddeld ongeveer € 180 per week te hebben overgehouden, maar er waren ook weken waarin de marktmeesters € 250 per week overhielden. Betrokkene [2] verklaarde dat hij ongeveer € 1.000 per maand aan steekpenningen had ontvangen.

- Betrokkene [3] heeft per week ongeveer € 250 ontvangen.

Op basis van deze verklaringen schat het hof, evenals de rechtbank, de opbrengst per week per persoon op € 210 voor de periode van 1 juli 2001 tot 11 januari 2010. Een aantal marktmeesters is op onderdelen van hun verklaring bij de politie teruggekomen op het moment dat zij een verklaring aflegden bij de rechter-commissaris in het kader van de ontnemingsprocedure. Het hof ziet in deze nadere verklaringen bij de rechter-commissaris geen aanleiding voor twijfel aan de inhoud van de hiervoor weergegeven verklaringen die deze personen bij de politie hebben afgelegd. Het hof acht daarbij van belang dat deze verklaringen zijn afgelegd door meerdere personen en op hoofdlijnen overeenkomen. Ook heeft het hof in aanmerking genomen dat de betreffende personen een belang hadden bij de vaststelling van een lagere weekopbrengst. Het hof zal rekening houden met de schommelingen van de weekopbrengsten, al dan niet als gevolg van verschillen rondom zomer- en winteropbrengsten. Het hof zal in het voordeel van de veroordeelde uitgaan van een gemiddelde opbrengst van € 210 per week. In hetgeen door de raadsvrouw is aangevoerd, ziet

het hof geen aanleiding om de weekopbrengst nog lager vast te stellen.

Het te ontnemen voordeel is verkregen door middel van of uit baten van het strafbare feit waarvoor de veroordeelde bij het hof Amsterdam van 17 juli 2015 is veroordeeld. Voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt aangesloten bij de bewezen verklaarde periode in de strafzaak door het hof. Dit betreft de periode van 1 april 2001 tot 11 januari 2010. Bij de berekening zal het ziekteverzuim van de veroordeelde, zoals in eerste aanleg naar voren is gekomen, in acht worden genomen door dit af te trekken van de bewezen verklaarde periode. In de periode van 1 juli 2001 tot en met 31 december 2001 betreft dit ziekteverzuim een periode van 1 maand. In de periode van 1 januari 2002 tot en met 11 januari 2010 betreft het ziekteverzuim een periode van 8 maanden in totaal. Op grond van het voorgaande komt het hof tot de volgende schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel:

Periode van 1 april 2001 tot en met 30 juni 2001: 12 weken x € 50 = € 600.

Periode van 1 juli 2001 tot en met 31 december 2001: (6 maanden - 1 maand ziekte =) 5 maanden x 4 weken x € 210 = € 4.200.

Periode van 1 januari 2002 tot 11 januari 2010: (96 maanden - 8 maanden ziekte =) 88 maanden x 4 weken x € 210 = € 73.920.

Het totaalbedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel komt hiermee op € 78.720.

De Hoge Raad overweegt dat het arrest van het hof in de hoofdzaak van 17 juli 2015, dat als gevolg van ECLI:NL:HR:2017:327 onherroepelijk is geworden, onder meer inhoudt dat door de verdediging het verweer gevoerd is dat in het licht van de *Salduz*-jurisprudentie van het EHRM een schending heeft plaatsgevonden van de rechten ex artikel 6 lid 1 en lid 3 EVRM, nu door de diverse medeverdachten van de verdachte belastende verklaringen zijn afgelegd terwijl er geen raadsman bij deze verhoren aanwezig was. Deze jurisprudentie verzet zich volgens de verdediging ook tegen het gebruik voor het bewijs van deze verklaringen in de zaak van de verdachte en dienen derhalve te worden uitgesloten voor het bewijs. Het hof overweegt dienaangaande dat het geen aanleiding ziet om af te wijken van de jurisprudentie van de Hoge Raad over het recht op rechtsbijstand gedurende de politieverhoren. Nog daargelaten dat het verweer reeds faalt gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de zogenaamde schütznorm, overweegt het hof dat de verdachte en zijn medeverdachten op grond van de *Salduz*-jurisprudentie recht hebben op consultatie van een raadsman voorafgaand aan het politieverhoor als verdachte in de eigen zaak.

In de onderhavige zaak zijn de verdachte en zijn medeverdachten voorafgaand aan elk

politieverhoor gewezen op hun recht om geen vragen te beantwoorden. Daarnaast hebben zij tijdig gebruik kunnen maken van hun recht om een advocaat te raadplegen. Het hof wijst erop dat de medeverdachten voorafgaand aan hun eerste verklaring hebben kunnen spreken met hun raadslieden – en dit ook in de meeste gevallen hebben gedaan – en dat zij ook na het afleggen van de belastende verklaringen contact hebben gehad met hun raadslieden. Van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv is derhalve geen sprake. De door de medeverdachten bij de politie afgelegde verklaringen kunnen naar het oordeel van het hof tot het bewijs worden gebezigd.

Door de verdediging is betoogd dat de marktmeesters onder grote stress verkeerden en verklaringen hebben afgelegd bij de politie om er zo snel mogelijk vanaf te zijn. Ook is betoogd dat de belastende verklaringen door de politie zijn verkregen door speculatie en het uitoefenen van druk. Het hof overweegt dat uit de processen-verbaal van verhoor van de verdachte en zijn medeverdachten blijkt dat zij op bepaalde vragen van de betreffende verbalisant duidelijk hebben verklaard dat zij van bepaalde omstandigheden niet op de hoogte waren of dat bepaalde zaken onjuist waren. Uit deze omstandigheid leidt het hof af dat de verdachte en zijn medeverdachten, zo zij tijdens de verhoren al druk mochten hebben ervaren, zich daartegen wel degelijk hebben kunnen verzetten. Het hof overweegt dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat de verklaringen die de verdachte en de medeverdachten bij de politie hebben afgelegd niet door hen in vrijheid zijn afgelegd. Van ontoelaatbare druk van de kant van de politie is niet gebleken. De verklaringen zijn niet onrechtmatig verkregen en daarom bruikbaar voor het bewijs.

De Hoge Raad overweegt dat het hof in deze ontnemingszaak het verweer van de raadsvrouw, dat de verklaringen van de voormalige marktmeesters, tevens medeveroordeelden, van het bewijs moeten worden uitgesloten omdat zij zijn gehoord zonder dat zij voorafgaand aan het verhoor consultatiebijstand hebben ontvangen, zij onder grote stress verkeerden en zij hun verklaringen hebben afgelegd om zo snel mogelijk weer naar huis te kunnen, heeft verworpen. Daarbij heeft het hof zich in deze ontnemingszaak verenigd met het oordeel van het hof in de hoofdzaak met betrekking tot het in die hoofdzaak gevoerde verweer van gelijke strekking en overwogen geen aanleiding te zien voor een andere afweging in de ontnemingszaak. De Hoge Raad overweegt dat in de toelichting op de klacht aangevoerd wordt dat de door het hof voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel gebruikte verklaringen door de medeveroordeelden bij de politie zijn afgelegd terwijl zij niet beschikten over verhoorbijstand. Op grond daarvan wordt – onder verwijzing naar ECLI:CE:ECHR:2019:0528JUD002319215 (*Van de Kolk/Nederland*) – betoogd dat die verklaringen in strijd met artikel 6 EVRM zijn verkregen en door het hof niet hadden mogen worden betrokken bij de schatting. De Hoge Raad oordeelt dat de klacht miskent dat deze omstandigheid, die niet aan het door de

raadsvrouw bij het hof gevoerde verweer ten grondslag is gelegd, niet voor het eerst in cassatie aangevoerd en beoordeeld kan worden. Dat zou immers een onderzoek van feitelijke aard vergen – niet alleen naar de wijze waarop de betreffende verhoren zijn verlopen, maar ook naar eventuele omstandigheden die van belang zijn voor het oordeel over de gestelde schending van artikel 6 EVRM – waarvoor in cassatie geen plaats is. De Hoge Raad oordeelt dat de klacht daarnaast miskent dat het hof in de hoofdzaak al geoordeeld heeft over het daar gevoerde verweer met betrekking tot (onder meer) de vraag of het gebruik van de verklaringen van de medeverdachten voor het bewijs verenigbaar is met artikel 6 EVRM, en dat de rechter die over een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel moet oordelen, in algemene zin is gebonden aan zo'n oordeel van de rechter in de hoofdzaak (vgl. ECLI:NL:HR:1999:ZD1501).