

ANNOTATIE

Voldoende aanwijzingen van wederrechtelijk verkregen voordeel. Commentaar bij Hoge Raad 29 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1523.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 29-09-2020, ECLI:NL:HR:2020:1523 (SR-2020-0307)

De verdediging klaagt namens de betrokkene, ten aanzien van wie een ontnemingsprocedure loopt wegens een veroordeling wegens deelneming aan een criminele organisatie die zich heeft beziggehouden met het op grote schaal verkopen en afleveren van softdrugs in de periode van 19 juli 2012 tot en met 27 november 2012, het medeplegen van het opzettelijk aanwezig hebben van softdrugs en witwassen, meermalen gepleegd, dat het oordeel van het hof dat er voldoende aanwijzingen zijn dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen uit de deelname aan een criminele organisatie voorafgaand aan de in de strafzaak bewezen verklaarde periode, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting dan wel ontoereikend is gemotiveerd.

De bestreden uitspraak houdt onder meer in dat uit het strafdossier en bij de behandeling van de vordering ter terechtzitting in hoger beroep gebleken is dat veroordeelde uit het bewezen verklaarde handelen financieel voordeel heeft genoten. Aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen ontleent het hof de schatting van dat voordeel op een bedrag van € 167.624,48. Het hof komt als volgt tot deze schatting:

Periode

In het onderzoek naar veroordeelde is bij doorzoeken in de coffeeshop en in de woningen van de in de coffeeshop werkzame veroordeelden op 27 november 2012 ruim 180 kilo softdrugs aangetroffen, waarvan in de coffeeshop zelf een hoeveelheid van 9.218 gram hasj en 8.668 gram wiet. De getuige heeft bij de politie verklaard dat hij aan de coffeeshop wiet leverde, soms één à twee keer per week, met wisselende hoeveelheden van twee tot vijf kilo per keer, dat hij dit vijf jaar had gedaan en dat hij daarover met de medeverdachte contact had. De medeverdachte heeft verklaard dat zij 500 gram in de coffeeshop mochten hebben, dat de voorraad buiten de coffeeshop op stashplaatsen werd bewaard, dat als ze wat nodig hadden, dat dan werd opgehaald en dat de getuige al vijf jaar de vaste leverancier was van de wiet.

Het hof bepaalt op grond van het voorgaande, dat de periode waarbinnen het wederrechtelijk voordeel wordt berekend, de periode van 1 januari 2011 tot en met 27 november 2012 beloopt. Weliswaar blijkt uit de hiervoor aangehaalde verklaringen van medeverdachte en de getuige dat de gedoogvoorwaarden ruimschoots en structureel werden overtreden, maar het hof kan ten aanzien van veroordeelde niet vaststellen in hoeverre hij daarbij tot en met het kalenderjaar 2010 persoonlijk betrokken is geweest. Voor de jaren 2011 en 2012 (t/m 27 november) is dit anders. Voor de laatste maanden van 2012 volgt dit reeds uit de veroordeling door dit hof op 14 juli 2014. Aannemelijk is op grond van de bevindingen rondom verzwegen omzet, zoals hierna omschreven, dat de gang van zaken binnen de coffeeshop in 2011 en begin 2012 niet anders was dan de gang van zaken in de laatste maanden van 2012 en hij in deze periode kennelijk heeft deelgenomen aan de criminele organisatie. Het hof zal daarom uitgaan van een ontneming berekend over de periode van 1 januari 2011 tot en met 27 november 2012.

Verzwegen omzet

Gedurende het onderzoek tegen veroordeelde en de medeveroordeelde werd in drie periodes van willekeurige dagen het aantal bezoekers geteld van de coffeeshop. In de periode van 22 juni 2011 tot en met 3 juli 2011 werden gemiddeld 1028 bezoekers per dag geteld, in de periode van 23 december 2011 tot en met 11 augustus 2012 974 bezoekers en in de periode van 20 november 2012 tot en met 22 november 2012 1177 bezoekers. Uit analyse van in beslag genomen beelden van in de coffeeshop aanwezige en op de verkoopbalie gerichte camera's, met betrekking tot de periode van 19 tot en met 26 november 2012, bleek dat in de coffeeshop sprake was van twee verkooppunten aan de verkoopbalie van de coffeeshop en dat enkel het verkooppunt aan de rechterzijde was aangesloten op een kassa met een registratiesysteem. Op de beeldopnames van 20 november 2012 en 22 november 2012, zijn de bezoekers van de coffeeshop geteld die een transactie verrichtten. In totaal werden bij beide verkooppunten aan de verkoopbalie op 20 november 2012 1228 klanten en op 22 november 2012 1184 klanten geteld. Voorts werd op deze beelden waargenomen dat er aanzienlijk meer betalingen door deze klanten plaatsvonden aan het linker verkooppunt, zonder kassasysteem. Het wisselgeld

voor de klanten werd van onder de balie gepakt, er vond geen zichtbare registratie plaats van betalende klanten aan de linkerkzijde van de balie, of als er geld van onder de balie werd weggepakt.

Onderzoek naar de kassabonnen en het kassasysteem van de coffeeshop heeft bevestigd dat het aantal klanten dat geregistreerd werd op de hiervoor genoemde dagen vele malen lager lag. Op 20 november 2012 zouden er volgens de kassabonnen slechts 460 klanten zijn geweest en op 22 november 2012 slechts 388 klanten. Door de politie is gerelateerd dat uit bij de Belastingdienst opgevraagde gegevens blijkt dat de coffeeshop in 2011 als omzet heeft opgegeven een bedrag van € 875.000 en in 2012 een verwachte omzet van € 1.333.333, maar dat gezien de door de politie getelde bezoekersaantallen er een grotere omzet zou moeten zijn geweest ten bedrage van € 3.600.000.

Op basis van het voorgaande kan worden uitgegaan van een gemiddeld verzwegen winst van 60%. Over de periode van 2011-2012 bedroeg de niet opgegeven omzet minus de inkoop € 1.830.696. In het rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel is gekozen om het voordeel pondspondsgewijs over veroordeelde en zijn vijf broers te verdelen. Het hof gaat in deze wijze van verdeling niet mee. Door veroordeelde en drie andere broers, medeverdachten, is bij de rechter-commissaris verklaard dat zij geld van de coffeeshop in eigen zak stopten en dit zelf hielden zonder het op enige manier in de boeken te verantwoorden. Het hof ziet dit als een aanwijzing dat er geen afspraak bestond tussen de verdachten om de verzwegen omzet gelijkelijk te verdelen. Aannemelijk is dat het aandeel van veroordeelde in de verzwegen omzet beperkter is dan het resultaat van de pondspondsgewijze berekening waar in het rapport van uit is gegaan. Daarbij betreft het hof dat, alleen al gelet op diens rol als (enig) eigenaar van de coffeeshop en gelet op diens vermogenspositie, aan de andere medeverdachte een groter deel van de verzwegen winst behoort te worden toegerekend, dan aan veroordeelde en zijn andere broers. Vast staat dat veroordeelde, naast zijn salaris, ook voordeel heeft genoten uit de verzwegen omzet. Gelet op de familieverhoudingen en gelet op de vermogenspositie van de broers gaat het hof ervan uit dat de broers van elkaar accepteerden dat zij allen zich contante bedragen vanuit de verzwegen omzet toe-eigenden, dat de verzwegen omzet zodoende tussen de broers werd verdeeld en dat veroordeelde uit de verzwegen omzet (veel) meer dan de (gestelde) bedragen heeft ontvangen die hij zelf vanuit de kas in eigen zak stopte. Het hof gaat er voorts van uit dat ten minste de helft van de verzwegen winst is toegekomen aan de medeverdachte, de (enig) eigenaar van de coffeeshop, en dat de overige broers, waaronder veroordeelde, voor het overige deel hebben meegedeelde in de verzwegen winst, afhankelijk van hun rol en (periode van) betrokkenheid. Het hof schat met toepassing van artikel 36e lid 7 Sr het aandeel van veroordeelde in de verzwegen winst op € 150.000.

Salaris

Anders dan de rechtbank, is het hof van oordeel dat het nettosalaris van veroordeelde over de periode 2011-2012 als wederrechtelijk verkregen voordeel dient te worden aangemerkt. Het hof zal per jaar een bedrag van € 15.000 op het genoten jaarloon in mindering brengen en overweegt daartoe dat veroordeelde in het geval hij niet bij de coffeeshop werkzaam was geweest ook een inkomen had verworven om in zijn levensonderhoud te voorzien. De omvang van dit inkomen begroot het hof op € 15.000 op jaarbasis. Uitsluitend voor zover veroordeelde meer heeft verdiend dan dit bedrag op jaarbasis, is sprake van voordeel (als bedoeld in artikel 36e Sr). Veroordeelde heeft in de periode 2011-2012 een nettosalaris ontvangen van € 47.624,48. Hierop wordt een bedrag van € 30.000 (2 x € 15.000) in mindering gebracht, hetgeen tot gevolg heeft dat een bedrag van € 17.624,48 als wederrechtelijk verkregen voordeel in de berekening wordt meegenomen.

De Hoge Raad overweegt dat in de met deze ontnemingsprocedure verband houdende strafzaak onder meer bewezen verklaard is dat de betrokkene in de periode 19 juli 2012 tot en met 27 november 2012 zich schuldig heeft gemaakt aan deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat 'voldoende aanwijzingen' bestaan dat de betrokkene ook voorafgaand aan die periode in 2011 en 2012 heeft deelgenomen aan een criminele organisatie, waarbij die deelneming kan worden aangemerkt als ander strafbaar feit in de zin van artikel 36e lid 2 Sr, en voor zover het gaat om de periode voor 1 juli 2011, als soortgelijk feit als bedoeld in artikel 36e lid 2 (oud) Sr. Het hof heeft het door de betrokkene over de periode van 1 januari 2011 tot en met 27 november 2012 wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op € 167.642,48.

De Hoge Raad overweegt dat op de ontnemingsprocedure artikel 6 lid 1 EVRM van toepassing is. Dat betekent onder meer dat ook in de ontnemingsprocedure het – mede in artikel 6 lid 2 EVRM gewaarborgde – recht van een persoon om voor onschuldig te worden gehouden, totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan, dient te worden gerespecteerd (vgl. ECLI:NL:HR:1995:ZD0312, r.o. 6.1, en ECLI:CE:ECHR:2001:0705JUD004108798, par. 39 en 40 (*Phillips/VK*)). De ontnemingsprocedure heeft een ander karakter dan de strafprocedure. Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, kan op grond van artikel 338 Sv door de rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen. In de ontnemingsprocedure is de rechter echter voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel gebonden aan artikel 511f Sv waarin is bepaald dat de rechter die schatting slechts kan ontlenen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. In verband daarmee gelden in de ontnemingsprocedure andere regels van procesrecht dan in de strafprocedure (vgl. ECLI:NL:HR:2010:BK3424). Artikel 6 EVRM staat er daarbij niet aan in de weg dat de rechter

in de ontnemingsprocedure gebruikmaakt van bewijsrechtelijke vermoedens ('presumptions of fact or of law'; vgl. ECLI:CE:ECHR:2001:0705JUD004108798, par. 40 (*Phillips/VK*)) en dat de bewijslast ter zake van de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel op redelijke en billijke wijze wordt verdeeld tussen het openbaar ministerie en de betrokkene (vgl. ECLI:NL:HR:2002:AE1182).

Op grond van artikel 36e lid 2 Sr kan een ontnemingsmaatregel mede betrekking hebben op het voordeel dat de betrokkene heeft verkregen door middel van of uit de baten van andere strafbare feiten waaromtrent 'voldoende aanwijzingen' bestaan dat deze door de betrokkene zijn begaan. Indien de rechter in de ontnemingsprocedure oordeelt dat voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene andere strafbare feiten als bedoeld in artikel 36e lid 2 Sr heeft begaan, dient (de totstandkoming van) dat oordeel binnen het eigen kader voor het bewijs in de ontnemingsprocedure in overeenstemming te zijn met de onschuldpresumptie. De in artikel 36e lid 2 Sr bedoelde 'voldoende aanwijzingen' mogen daarom niet door de rechter worden aangenomen indien niet buiten redelijke twijfel kan worden vastgesteld dat andere strafbare feiten door de betrokkene zijn begaan. Tevens behoort de betrokkene de gelegenheid te hebben aan te (doen) voeren dat en waarom er onvoldoende aanwijzingen bestaan dat andere strafbare feiten door hem zijn begaan.

De Hoge Raad overweegt dat de bewijsvoering van het hof inhoudt dat op 27 november 2012 bij doorzoekingen in de coffeeshop en in de woningen van in de coffeeshop werkzame personen, waaronder de betrokkene, ruim 180 kilo softdrugs is aangetroffen. Medeveroordeelde heeft verklaard dat de voorraad buiten de coffeeshop op stashplaatsen werd bewaard en dat, als ze wat nodig hadden, dat dan werd opgehaald. Getuige heeft verklaard dat hij vijf jaar wiet leverde aan de coffeeshop. Medeveroordeelde heeft dat bevestigd. Verder heeft het hof vastgesteld dat, mede gelet op de bevindingen met betrekking tot de bezoekersaantallen in 2011 en 2012, de gang van zaken binnen de coffeeshop in 2011 en begin 2012 niet anders was dan de gang van zaken in de laatste maanden van 2012, de periode waarop de in de hoofdzaak bewezen verklaarde deelname aan een criminele organisatie betrekking heeft. Op grond hiervan heeft het hof geoordeeld dat de betrokkene, die in 2011 en 2012 inkomsten genoot uit de coffeeshop, ook in die periode betrokken is geweest bij het ruimschoots en structureel overtreden van de gedoogvoorwaarden. De Hoge Raad oordeelt, gelet hierop en in het licht van hetgeen is overwogen, dat het daarin besloten liggende oordeel van het hof dat sprake is van 'voldoende aanwijzingen' als bedoeld in artikel 36e lid 2 Sr van deelneming aan een criminele organisatie door de betrokkene voorafgaand aan de bewezen verklaarde periode, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en het niet onbegrijpelijk is.