

ANNOTATIE

# **Annotatie bij Hoge Raad 14 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:231, SR 2023-0040; NJ 2023/91 en Hoge Raad 3 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1308.**

*mr. dr. P.A.M. Mevis en mr. C.L. van der Vis*

*Annotatie bij Hoge Raad, 14-02-2023, ECLI:NL:HR:2023:231 (SR-2023-0040)*

1. Het mag best opmerkelijk heten dat de ‘aloude’, sedert het midden van de jaren tachtig van de vorige eeuw inhoudelijk niet meer gewijzigde, wettelijke regeling van de onttrekking aan het verkeer van artikel 36b-36d Sr toch anno 2023 opnieuw de geduldig-uitleggende aandacht van de Hoge Raad behoeft. Daarbij leiden zijn rechtsoverwegingen in beide zaken niet alleen tot vernietiging van de betreffende, in cassatie bestreden oordelen van het arrest van het gerechtshof in ‘s-Hertogenbosch. De Hoge Raad heeft in de zaak van 14 februari 2023 bovendien behoefte aan een overweging ten overvloede. Al te principieel is het allemaal niet; het zijn – naar vorm en inhoud – kort gehouden arresten van een kamer van drie raads‘heren’, waaronder (in het arrest van 14 februari 2023) de oude en de nieuwe vicepresident van de Hoge Raad sedert 1 september 2023.

2. De overweging en argumentatie van de Hoge Raad in r.o. 3.4 van laatstgenoemde zaak, leidend tot de conclusie in r.o. 3.5, dat de in cassatie bestreden uitspraak vernietigd moet worden, bestaat eigenlijk slechts uit (om het in een bekende Rotterdamse uitdrukking te zeggen) ‘dat ene woord’, en dat luidt in casu ‘immers’. De Hoge Raad stelt vast dat vernietiging van de uitspraak aangewezen is nu daarin ‘immers’ niet voldoende gemotiveerd is vastgesteld dat aan de wettelijke voorwaarden voor de onttrekking aan het verkeer is voldaan. Dat geldt in het bijzonder nu het hof de maatregel van onttrekking aan het verkeer van de in beslag genomen hasjiesj naast vrijspraak voor het ten laste gelegde voorhanden hebben van die

hasjiesj heeft opgelegd. Dan moet (toch) een relatie met een strafbaar feit worden vastgesteld. In de beslissing van 3 oktober 2023 gaat het om de vaststelling of de zeer vaag aangeduide voorwerpen onder beslag (scharen en zakken) naar hun aard wel vatbaar zijn voor onttrekking. Dat kan alleen als het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet of het algemeen belang.

3. De korte verwijzing naar het ‘immers’ van r.o. 3.4 in het arrest van 14 februari 2023 duidt er meer specifiek op dat het gerechtshof in die zaak betrekkelijk evident niet heeft voldaan aan de eisen die Hoge Raad stelt. En dat is ook wel zo. Het is – al even – immers inderdaad standaardjurisprudentie dat de Hoge Raad van de feitenrechter verlangt dat deze bij de oplegging van een bepaalde sanctie in zijn vonnis, arrest of beschikking met zoveel woorden vaststelt dat aan de wettelijke voorwaarden voor de oplegging van de betreffende sanctie voldaan is. Zo niet, dan is de beslissing tot oplegging onvoldoende gemotiveerd, zoals de Hoge Raad in beide bovenstaande zaken constateert. Het gaat daarbij dan als het ware om de ‘bestanddelen’ van de sanctie en dus niet de eventuele ‘elementen’ als veronderstellingen, wenselijkheden en dergelijke. Dat de Hoge Raad deze eis in zijn algemeenheid aan de motivering van de oplegging van sancties stelt, blijkt uit het feit dat ter zake voor alle afzonderlijke sancties wel een arrest aan te wijzen is waarin deze eis voor de in die zaak specifiek aan de orde zijnde sanctie wordt geformuleerd (zie voor een overzicht bij Minkenhof/Reijntjes 2017, p. 469).

4. Opmerking verdient daarbij dat deze eis van de Hoge Raad ook in zoverre algemene gelding heeft dat zij niet alleen voor de berechtende rechter in eerste aanleg of in hoger beroep geldt, maar ook voor de raadkamer die in voorkomende gevallen op voet van artikel 36b lid 1 onder 4 Sr jo. artikel 552f Sv over de onttrekking aan het verkeer op aparte vordering van het openbaar ministerie beslist; vgl. HR 25 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:37, NJ 2022/57. Wel zo belangrijk is, zeker gegeven de wat andersluidende, dominante benadering in het actuele denken over de inrichting en toepassing van de strafvordering, dat de eis van de Hoge Raad verbonden is met, en als voorwaarde geldt voor het (enkele) opleggen van de betreffende sanctie. Met andere woorden: dat de rechter verplicht is om in te gaan op het antwoord op de vraag of aan de wettelijke voorwaarden voldaan is, is niet afhankelijk van de voorvraag of ter zake – al dan niet als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt – bij de behandeling van de zaak voor de zittingsrechter (of de raadkamer) (voldoende) verweer is gevoerd of iets anders naar voren is gebracht dat een responsieplicht (slechts dan) voor de hand doet liggen. De voorwaarde van de Hoge Raad geldt algemeen en is verbonden met het enkele opleggen van een bepaalde sanctie; hij casseert in beide zaken vanwege het eminente gebrek aan het arrest van het hof, niet vanwege een onvoldoende gemotiveerd oordeel in verband met het bij de behandeling in raadkamer aangevoerde, al kan dat laatste in voorkomende gevallen natuurlijk eveneens van

belang zijn voor het antwoord op de vraag of een rechterlijke beslissing voldoende is gemotiveerd. Dat dit laatste in beide bovenstaande zaken niet aan de orde is, illustreert dat de eis van de Hoge Raad inzake de rechterlijke vaststelling dat aan de wettelijke voorwaarden voor het opleggen van een bepaalde sanctie voldaan is, een uitvloeisel is van het legaliteitsbeginsel van artikel 1 lid 1 Sr. Dat geldt ook voor de sanctie(s) en vindt – met deze inhoud – zijn equivalent van de motiveringsplicht voor de strafrechter in artikel 359 lid 5 Sv. De consequentie van de opvatting van de Hoge Raad leidt er (dan wel) toe dat men – zoals beide bovenstaande zaken illustreren – gemakkelijker en met ‘succes’ bij de Hoge Raad kan opkomen tegen de onttrekking aan het verkeer van 60 gram (vermoedelijke) hasjiesj c.q. van twee scharen en zak(jes) dan tegen het opleggen van levenslange gevangenisstraf. Voor het opleggen daarvan bevat de wet immers geen harde voorwaarden die, bij niet-vestiging, in cassatie tot de nietigheid van vonnis of arrest leiden.

5. Terug naar de vaststelling van de voorwaarden voor de onttrekking aan het verkeer, de sanctie die in bovenstaande zaak aan de orde is en waarvan de Hoge Raad in beide zaken het betreffende arrest van telkens het gerechtshof in 's-Hertogenbosch vernietigt, nu dat gerechtshof onvoldoende gemotiveerd heeft vastgesteld dat aan de wettelijke voorwaarden voor die sanctieonttrekking aan het verkeer is voldaan. De wettelijke voorwaarden voor het opleggen van deze – naar zijn aard eigenlijk betrekkelijk simpele – maatregel (bij de strafvordering ontdekte gevaarlijk voorwerpen moeten niet langer in de maatschappij blijven rondzwerven) zijn behoorlijk complex en misschien wel te complex. Wat daarvan zij, zolang de wet luidt zoals die luidt, moet de strafrechter vaststellen dat aan de bestaande wettelijke voorwaarden voor onttrekking aan het verkeer is voldaan alvorens die sanctie op te (kunnen) leggen. Deze, op zichzelf eenvoudige, regel vormt dan ook de kern van de overwegingen van de Hoge Raad. Minder eenvoudig daarentegen is het karakter van de voorwaarden voor onttrekking zelf. Dat wordt in de bovenstaande arresten mede geïllustreerd door het feit dat de Hoge Raad in beide zaken – als vorm van het arrest – ervoor kiest die wettelijke regeling in z'n geheel te citeren; vgl. r.o. 3.3 in het arrest van 14 februari 2023 respectievelijk r.o. 2.3 in het arrest van 3 oktober 2023. Men kan zeggen dat de Hoge Raad daar ‘opnieuw’ voor kiest, maar men kan ook zeggen dat de Hoge Raad dat in beide zaken ‘voor de zoveelste keer’ doet. Want in arresten, zoals de bovenstaande, waarin een dergelijk citaat van de wettekst geen inleiding is tot nadere, uitvoerigere beschouwingen van de Hoge Raad over de interpretatie daarvan c.q. tot uitgebreide richtlijnen voor de toepassing door de feitenrechter (de zgn. *arrêts de règlement*), heeft het citeren van de wettekst, zeker het citeren van de al langere tijd niet meer gewijzigde regeling van artikel 36b-36d Sr, iets van een didactisch-belerende boodschap in zich: ‘Wilt u, feitenrechters, (weer eens) wat meer en eerder ook even in de wet kijken, alvorens te beslissen op een wijze die ons, Hoge Raad, onnodig werk oplevert.’

6. In de wettelijke voorwaarden waarvan het hof onvoldoende gemotiveerd heeft vastgesteld dat daaraan voldaan is, verschillen beide arresten. In het arrest van 14 februari 2023 lijkt de Hoge Raad het hof ter zake een wat harder verwijt te maken, want het punt van de wettelijke voorwaarden voor onttrekking speelt in die zaak extra sterk, nu het hof de onttrekking aan het verkeer heeft opgelegd naast vrijspraak ter zake van de ten laste gelegde overtreding van de Opiumwet. Onttrekking aan het verkeer in het geval van vrijspraak is blijkens artikel 36b lid 1 aanhef en onder 3 Sr niet onmogelijk, maar dan geldt de nadere eis voor oplegging dat de rechter 'nietegenstaande' die vrijspraak moet vaststellen (alweer: in het vonnis of arrest) dat een strafbaar feit is begaan. Wie het als ECLI:NL:GHSHE:2020:4026 apart gepubliceerde arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 december 2020 (ruim meer dan twee jaren voor de beslissing van de Hoge Raad!) erbij neemt, moet constateren dat het gerechtshof zich de eis van deze vaststelling waarschijnlijk helemaal niet gerealiseerd heeft. Ter zake van de in beslag genomen en naast de vrijspraak ter zake van de Opiumwet te dien aanzien (toch) aan het verkeer onttrokken hasjiesj, vermeldt 's hofs arrest slechts dat dit beslag vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer nu het ongecontroleerde bezit ervan in strijd is met het algemeen belang en de wet. De noodzakelijke verbinding met een strafbaar feit ontbreekt geheel; daarmee is de onttrekking aan het verkeer in die zaak 'ontoereikend gemotiveerd'. In het arrest van 3 oktober 2023 gaat het om de aard van onttrokken voorwerpen. Daarvan heeft het hof wel uitdrukkelijk vastgesteld dat daaraan voldaan is. Maar nu de onttrokken voorwerpen (scharen en zakjes) niet op zichzelf reeds voldoende evident gevaarlijk zijn, is ter zake nadere motivering vereist. Het ongecontroleerde bezit van dergelijke voorwerpen kan 'in gezamenlijkheid' met andere voorwerpen (wel) in strijd zijn met de wet of het algemeen belang (zie de conclusie van de advocaat-generaal onder 40-43), maar daaromtrent heeft het hof niets vastgesteld. In het nuanceverschil met het arrest van 14 februari 2023 acht de Hoge Raad het oordeel van het hof daarom 'niet zonder meer begrijpelijk'. Voor de constellatie in de zaak die leidde tot het arrest van 14 februari 2023 (onttrekking naast vrijspraak terwijl de verdachte voor andere delen van de tenlastelegging in eerste aanleg is veroordeeld) is overigens nog het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:216, *NJ* 2021/183 van systematisch belang: als de verdachte niet van de gehele tenlastelegging is vrijgesproken, volgt de onttrekking naast het feit waarvan is vrijgesproken, het appel tegen het veroordelend deel; alleen bij vrijspraak van de gehele tenlastelegging staat cassatie open tegen de onttrekking naast vrijspraak.

7. In het arrest van 14 februari 2023 formuleert de Hoge Raad een overweging ten overvloede. Het karakter daarvan is, als altijd, uit de vorm van het arrest goed herkenbaar. In casu eindigt r.o. 5 met de constatering en conclusie dat het cassatiemiddel slaagt. Voor die conclusie is hetgeen de Hoge Raad daarna, in r.o. 6, 'toch nog' overweegt, niet meer nodig. Maar de Hoge Raad, die nooit meer woorden gebruikt dan strikt noodzakelijk, ziet toch aanleiding voor een

extra, algemene opmerking.

8. De Hoge Raad heeft zich kennelijk afgevraagd waarom (al dan niet: 'in hemelsnaam') het hof de onttrekking aan het verkeer heeft bevolen van 60 gram (waarschijnlijk) hasjiesj, zonder ook maar een woord te wijden aan het antwoord op de vraag of aan alle voorwaarden daartoe van artikel 36b-36d Sr voldaan is, in het bijzonder de vereiste vaststelling dat een strafbaar feit is begaan nu de onttrekking naast vrijspraak is opgelegd. Dat zet de Hoge Raad mogelijk op het spoor van de betekenis van het in artikel 13a Opiumwet ter zake bepaalde. Bij veroordeling is (niet alleen) onttrekking aan het verkeer maar (alternatief) zelfs de verbeurdverklaring (anders dan de maatregel van onttrekking aan het verkeer een straf, waarvan de oplegging een onderdeel is c.q. behoort te zijn van de totale sanctietoemeting door de strafrechter) van de middelen van lijst I of II onder de daargenoemde omstandigheden verplicht. Kennelijk bestond bij de Hoge Raad de gedachte dat die in de wet zelf voorziene verplichting de raadkamer van het hof op een verkeerd been kan hebben gezet. Zeker is dat niet, want uit 's hofs arrest blijkt niet (uitdrukkelijk) dat de vermeende verplichting van artikel 13a Opiumwet op dit punt als grondslag is gebruikt. Maar hetgeen waartoe de wet verplicht, doen rechters uiteraard ook, desnoods minimaal (zoals het opleggen van één dag gevangenisstraf om het taakstrafverbod van artikel 22b Sr te 'relativeren'). En als de wet verplicht tot onttrekking aan het verkeer, kan de rechter 'dus' met de beslissing tot onttrekking volstaan, zo zou de redenering kunnen zijn geweest. De grond voor de beslissing tot onttrekking aan het verkeer vloeit in deze benadering dan immers reeds respectievelijk enkel uit die wettelijke verplichting voort.

9. De Hoge Raad maakt duidelijk dat in die benadering het hof buiten de waard van artikel 91 Sr heeft gerekend, al noemt de Hoge Raad dat wetsartikel niet. Toch gelden reeds op grond van die bepaling de eisen van artikel 36b-36d Sr ook bij veroordeling ter zake van de delicten uit de Opiumwet. Een en ander weliswaar voor zover die Opiumwet – als wet in formele zin – daarvan niet afwijkt, maar van een zodanige afwijking is geen sprake. Integendeel: artikel 13a Opiumwet verwijst juist met zoveel woorden naar de voor onttrekking aan het verkeer en voor verbeurdverklaring relevante bepalingen in Boek 1 Sr. Die bepalingen gelden 'onverminderd'; ook (dus) voor het hof in casu. In een andere benadering zouden beide sancties in geval van Opiumwetdelicten niet alleen verplicht, maar inhoudelijk ook veel te gemakkelijk – zonder enige nadere inhoudelijke voorwaarden – kunnen c.q. moeten worden toegepast. Zeker voor de verbeurdverklaring (zoals gezegd: een straf) c.q. ten aanzien van voorwerpen die niet aan de verdachte toebehoren, ligt die opvatting niet voor de hand. De betekenis van artikel 13a Opiumwet voor de onttrekking aan het verkeer van de in lijst I en II bedoelde middelen is dan ook 'slechts' aanvullend ten opzichte van de regeling in het Wetboek van Strafrecht. Is aan de voorwaarden van artikel 36b en/of 36c dan wel 36d Sr niet voldaan, dan blijft (de verplichting

van) artikel 13a Opiumwet buiten toepassing.

10. Dat is dan enerzijds een evidentie waarvan men zich kan afvragen of het hof zulks ook niet had onderkend c.q. moeten onderkennen. Maar tegelijkertijd is het wel goed en nuttig dat de Hoge Raad een en ander, ieder misverstand dat op grond van die ‘verplichting’ van artikel 13a Opiumwet kan ontstaan wegnemend, in de rechtsoverweging ten overvloede met zoveel woorden overweegt en aan de rechtspraak meegeeft. Hij deed dat – voor zover valt na te gaan – niet eerder, terwijl deze nuttige extrapolatie ten overvloede bij de bovenstaande concrete zaak ook in de conclusie van de advocaat-generaal niet voorkomt.

11. In beide arresten vraagt het dictum van de Hoge Raad nog enige nadere aandacht. De Hoge Raad vernietigt in beide zaken (wel) de bestreden uitspraak op het punt van de daarin bevolen onttrekking aan het verkeer, maar vervolgens laat hij het bij die beslissing. De Hoge Raad wijst in beide arresten de zaak noch terug noch verwijst deze; hij doet de zaak evenmin zelf af. Eigenlijk zijn dat wel de enige ‘smaken’ die artikel 440 lid 2 Sv de Hoge Raad laat in geval hij het cassatieberoep gegrond acht. Toch is deze afdoening niet helemaal nieuw. De Hoge Raad volgt al wat langer de kennelijk op doelmatigheidsgronden gebaseerde lijn dat hij de verdere afwikkeling van dergelijke zaken na zijn beslissing in gemoede aan de praktijk overlaat zonder enig gerecht opnieuw met de zaak op te zadelen door de zaak terug te wijzen of – maar eerder slechts bij wijze van uitzondering – te verwijzen. Zie over de achtergrond in het bijzonder de conclusie van de advocaat-generaal in ECLI:NL:PHR:2015:1756 bij HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3060: ‘Ik geef Uw Raad primair in overweging om te volstaan met het vernietigen van de beslissing tot onttrekken aan het verkeer van de voorwerpen, zodat verzoeker, als hij daadwerkelijk zoveel waarde hecht aan de inbeslaggenomen, nog niet teruggegeven, voorwerpen, daarvoor een aparte procedure kan opstarten.’ Men vindt een dergelijke benadering bijvoorbeeld reeds in beslissingen als genoemd arrest van 13 oktober 2015, maar ook in HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR3046. De onttrekking is door Hoge Raad in dergelijke zaken, net zoals dus in de beide bovenstaande zaken, vernietigd. Dat betekent dat de voorwerpen eventueel teruggegeven kunnen worden nu het belang van de strafvordering zich daartegen niet langer verzet. Met de beslissing van de Hoge Raad is de procedure immers onherroepelijk afgesloten. De Hoge Raad laat het initiatief daartoe echter aan de belanghebbende. De Hoge Raad vertrouwt er voorts kennelijk op dat voor echt gevaarlijke voorwerpen het openbaar ministerie alsnog voor onttrekking aan het verkeer zal zorgen. Maar vast ook, dat het in het merendeel van dergelijke zaken helemaal niet meer tot enige nadere actie van wie dan ook komt. Hoe praktisch en pragmatisch begrijpelijk een en ander wellicht ook is, met die benadering wordt wel afbreuk gedaan aan het karakter en de waarde van het rechtsmiddel van cassatie en mogelijk ook aan de civielrechtelijke en andere belangen van beslagenen en derden bij voorwerpen en vermogensrechten onder beslag.

12. Tegelijk wordt die in beide bovenstaande arresten gebruikte modaliteit van enkele vernietiging ook weer niet altijd gebruikt. HR 24 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:85 is het cassatieberoep tegen de in eerste instantie op vordering van het openbaar ministerie in de aparte procedure van artikel 552f geïnitieerde onttrekking; een zodanige ‘vanwege de overheid verrichte gedraging’ verdient na vernietiging (kennelijk) steeds juridische en daarmee normatieve afronding. Wellicht wordt die zaak na vernietiging en conform de conclusie van de advocaat-generaal (wel) teruggewezen. Wat moeilijker te doorgronden is de beslissing – op dezelfde datum als een van de bovenstaande arresten met ECLI:NL:HR:2023:231 – tot vernietiging en terugwijzing in HR 14 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:225, *NJ* 2023/92, welke beslissing in die zaak op dit punt juist afwijkt van de conclusie van de advocaat-generaal die de Hoge Raad ‘om redenen van doelmatigheid’ in overweging geeft te volstaan met de vernietiging van de beslissing tot onttrekking aan het verkeer van een auto. De Hoge Raad ziet die redenen van doelmatigheid in die zaak kennelijk niet of acht ze niet preponderant. Waarom dat zo is, blijft onduidelijk; vgl. ook HR 14 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:223 waarin Hoge Raad en advocaat-generaal het (wel) eens zijn over vernietiging met terugwijzing. Dat het in ECLI:NL:HR:2023:225 gaat om de beantwoording van de vraag of de aan het verkeer onttrokken auto nu wel of niet voor het vervoeren van drugs gemanipuleerd is, waarbij het antwoord op die vraag er bepalend voor lijkt te zijn of de auto überhaupt vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer, kan het verschil tussen de beslissing van de Hoge Raad en de conclusie van de advocaat-generaal niet zonder meer verklaren, want dat besispunt stond ook open in andere zaken als HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3060 waarin hetzelfde vraagpunt omtrent de vatbaarheid voor onttrekking aan de orde was en de Hoge Raad het toch ook bij vernietiging liet.

13. Voor het overige is uit het arrest van 14 februari 2023 voor het sanctierecht nog van belang dat de advocaat-generaal in zijn conclusie enige aandacht besteedt aan de kwestie of de rechter, beslissend op een vordering tot tenuitvoerlegging van een eerder opgelegde vrijheidsstraf van (in casu) een week, bij de eventuele omzetting in een taakstraf aan het taakstrafverbod gebonden is. Al vindt de advocaat-generaal dat het cassatiemiddel ter zake niet slaagt, reeds omdat het hof daarover geen (principiële) beslissing genomen of stellingname betrokken heeft, althans niet in de uitspraak. Dat verklaart waarom de Hoge Raad het advies van de advocaat-generaal volgt om het betreffende cassatiemiddel op artikel 81 lid 1 RO af te doen.

14. Het in dat laatste besloten liggende evidente oordeel over het betreffende cassatiemiddel in die zaak werpt daarmee een laatste aandachtspunt naar aanleiding van beide bovenstaande arresten op. Toch eigenlijk vooral vanwege die misslag in de onttrekking naast vrijspraak, ziet de Hoge Raad zich in het arrest van 14 februari 2023 genoodzaakt om de (taak)straf die de

verdachte is opgelegd ter zake van het te zinnen aanzien wel bewezen feit van witwassen te reduceren, nu de redelijke termijn tussen hoger beroep en cassatie overschreden is. Weliswaar zond reeds het hof de stukken te laat in, maar toch: juridisch-procedureel ‘geklungel’ met een bruin brokje vermoedelijke hasjiesj lijkt de verdachte in die zaak vijf uur taakstraf te besparen. In het arrest van 3 oktober 2023 is geen strafvermindering wegens overschrijding van de redelijke termijn aan de orde. Toch vernietigt de Hoge Raad op die derde oktober van 2023 de beslissing tot onttrekking door het gerechtshof in het arrest van Sinterklaasdag 2021, van 22 maanden eerder dus. Een en ander kan bij het lezen van de beide bovenstaande arresten niet anders dan een gevoel van verontrusting over de actuele belasting van de strafrechtspraak en de daarmee belaste personen achterlaten.