

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Ontvankelijkheid cassatieberoep in ontnemingszaak)

Borgers, M.J.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2015). *Case note: Hoge Raad (Ontvankelijkheid cassatieberoep in ontnemingszaak)*, No. 297, No. ECLI:NL:HR:2014:3548, Dec 09, 2014. (Nederlandse jurisprudentie).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Annotatie NJ 2015, 297 (ontvankelijkheid cassatieberoep in ontnemingszaak)**

*HR 9 december 2014, nr. 12/02923*

M.J. Borgers

1. De wetgever heeft er in 1993 voor gekozen om de ontnemingsprocedure afgescheiden te doen behandelen van de hoofdzaak, de eigenlijke strafzaak. Een belangrijke overweging daarvoor was niet alleen dat in de ontnemingszaak méér en andere strafbare feiten aan de orde kunnen komen dan in de hoofdzaak ten laste zijn gelegd, maar ook dat de bijzondere en soms complexe aard van de voordeelsontneming de behandeling van de hoofdzaak niet zou moeten verstoren of vertragen (vgl. *Kamerstukken // 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 10-11*). Of die keuze een gelukkige en verstandige is geweest, kan hier in het midden blijven. Duidelijk is in elk geval dat de keuze voor een afgescheiden procedure soms tot complexe, technisch-juridische vragen kan leiden. Eén van die vragen houdt verband met het nut en de noodzaak om door te procederen in de *ontnemingszaak* op grond van de (enkele) overweging dat men zich niet kan verenigen met de uitkomst in de *hoofdzaak*. Deze vraag speelt in, grofweg, twee situaties (waarbij ik, ook met het oog op de leesbaarheid, enkele varianten van deze situaties ongenoemd laat). Allereerst kan het geval zich voordoen dat de verdachte zich niet kan verenigen met de veroordeling ter zake van één of meer feiten in de hoofdzaak. Wanneer dat feit is of die feiten zijn betrokken in de opgelegde ontnemingsmaatregel, zal dat voor de verdachte redenen kunnen zijn om niet alleen op te komen tegen de uitspraak in hoofdzaak, maar ook tegen de ontnemingsuitspraak. Ten tweede gaat het om de situatie waarin in de hoofdzaak geen veroordeling wordt uitgesproken, bijvoorbeeld omdat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging wordt verklaard of omdat er (integraal) vrijspraak plaatsvindt. Dat heeft tot gevolg dat de vordering tot oplegging van een ontnemingsmaatregel niet kan worden toegewezen in de ontnemingsprocedure. Wanneer het openbaar ministerie zich niet kan vinden in de beslissing in de hoofdzaak, ligt het voor de hand dat er daarmee ook bezwaar zal bestaan – en dat het openbaar ministerie zal opkomen – tegen de ontnemingsbeslissing. In beide situaties rijst de vraag hoe moet worden aangekeken tegen het feit dat er wordt geprotesteerd tegen de uitkomst van de ene procedure (de ontnemingsprocedure) op grond van het argument dat men het niet eens is met het oordeel in de andere procedure (de hoofdzaak). In de rechtspraak van de Hoge Raad spitst deze vraag zich toe op de ontvankelijkheid van het cassatieberoep in de ontnemingsprocedure. De hierboven afgedrukte uitspraak is niet het eerste – en, zo vermoed ik, ook niet het laatste – arrest waarin die ontvankelijkheid ter discussie staat.

2. Waar het gaat om de eerste situatie, is het sinds HR 14 april 1998, *NJ 1999/75* m.nt. G. Knigge vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat in de ontnemingsprocedure geen cassatieberoep mogelijk is op de enkele grond dat men zich niet kan verenigen met de beslissing in de hoofdzaak. Een dergelijke klacht levert naar het oordeel van de Hoge Raad geen geldig cassatiemiddel op: er ontbreekt een (stellige en duidelijke) klacht over de schending van een rechtsregel of het verzuim van een vormvoorschrift door de rechter die de bestreden uitspraak – de ontnemingsuitspraak – heeft gewezen (HR 8 februari 2011, *ECLI:NL:HR:BM8030, NJ 2011/315* m.nt. P.A.M. Mevis, HR 25 oktober 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BR6602* en

HR 19 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8683). Dat geldt ook wanneer het cassatieberoep in de hoofdzaak slaagt. Vanuit het perspectief van de verdachte lijkt dit problematisch. Hij zal immers, wanneer hij succes boekt met het cassatieberoep tegen de uitspraak in de hoofdzaak, doorgaans willen dat – met het oog op een gunstig resultaat – niet alleen de hoofdzaak, maar ook de ontnemingsprocedure door zal lopen. Maar dat kan hij vanwege deze vaste rechtspraak niet bewerkstelligen door cassatieberoep in te stellen in de ontnemingsprocedure en daarbij (uitsluitend) aan te voeren dat de uitspraak in de hoofdzaak niet deugt.

De reden dat de Hoge Raad deze koers vaart, houdt ermee verband – de Hoge Raad heeft daar bij herhaling op gewezen – dat de wet enkele voorzieningen bevat die ervoor moeten zorgen dat de band tussen de uitspraak in de hoofdzaak en de ontnemingsuitspraak in stand blijft. Allereerst geldt op grond van artikel 557 lid 4 Sv dat een (onherroepelijke) ontnemingsuitspraak pas voor tenuitvoerlegging vatbaar wordt nadat – en de Hoge Raad voegt daaraan toe (*NJ* 1999/75): ‘en voor zover’ – een in de hoofdzaak uitgesproken veroordeling – dat wil zeggen: de veroordeling als bedoeld in het eerste onderscheidenlijk het derde lid van artikel 36e Sr – in kracht van gewijsde is gegaan. Voorts is artikel 511i Sv van belang. Daarin is bepaald dat de ontnemingsuitspraak van rechtswege vervalt, doordat – en ook hier voegt de Hoge Raad toe: ‘en voor zover’ – de uitspraak als gevolg waarvan de veroordeling van de verdachte, als bedoeld in het eerste onderscheidenlijk het derde lid van artikel 36e Sr, achterwege blijft, in kracht van gewijsde gaat. Nu is de toepassing van deze bepalingen – zeker in de door de Hoge Raad mogelijk geachte partiële variant (‘en voor zover’) – niet zonder complicaties. Zie daarover de noten van Knigge onder *NJ* 1999/75 en Mevis onder *NJ* 2011/315 (vgl. ook Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 323-324, 326). Waarschijnlijk met het oog op die complicaties heeft de Hoge Raad in *NJ* 2011/315 opgemerkt dat de rechter in voorkomende gevallen op grond van artikel 577b lid 2 Sv het te betalen bedrag kan verminderen of kwijtschelden. Daarmee lijkt de Hoge Raad de procedure van artikel 577b lid 2 Sv te beschouwen als het aangewezen forum voor geschillen die verband houden met de toepassing van artikel 557 lid 4 en 511i Sv. Ook bij die, overigens op zichzelf pragmatische, beslissing kunnen kanttekeningen worden geplaatst (zie daarover eveneens de zojuist genoemde noten). Maar aan de vraag of in deze eerste situatie een andere lijn zou kunnen en moeten worden gekozen, moet hier voorbij worden gegaan.

3. Ten aanzien van de tweede situatie laat de rechtspraak van de Hoge Raad een ander beeld zien. Althans, dat was in ieder geval tot voor kort het geval. In HR 19 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2248, *NJ* 2001/552 m.nt. Y. Buruma en HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4536 staat de Hoge Raad toe dat, wanneer het openbaar ministerie in de hoofdzaak opkomt tegen een niet-veroordelende uitspraak van het gerechtshof, in de ontnemingszaak cassatieberoep wordt ingesteld met als doel om de ontnemingsprocedure voort te kunnen zetten indien het cassatieberoep in de hoofdzaak slaagt. De Hoge Raad aanvaardt dat in de ontnemingsprocedure een cassatiemiddel – van de strekking dat de ontnemingsvordering vanwege de onjuiste uitkomst in de hoofdzaak ten onrechte niet is toegewezen – wordt voorgesteld onder de voorwaarde dat de Hoge Raad de uitspraak van het gerechtshof in de hoofdzaak zal vernietigen. Daarin ligt besloten dat zo’n cassatiemiddel wél een geldig cassatiemiddel is – althans in de situatie dat de voorwaarde wordt vervuld – ook al richt de aangevoerde klacht zich in de kern eigenlijk tegen de beslissing in de hoofdzaak. (De klacht dat de ontnemingsvordering ten onrechte niet is toegewezen, is daarvan immers afgeleid).

In de hierboven afgedrukte uitspraak kiest de Hoge Raad voor een ogenschijnlijk afwijkende benadering. Anders dan in *NJ* 2001/552 en ECLI:NL:HR:2013:BX4536 noteert de Hoge Raad niet expliciet dat het cassatiemiddel is voorgesteld onder de voorwaarde dat het arrest van het gerechtshof in de hoofdzaak zal worden vernietigd (er wordt slechts opgemerkt dat), en laat de Hoge Raad zich er ook niet over uit of die voorwaarde is vervuld. In plaats daarvan wordt in de eerste alinea van rov. 2.1 aanstonds vastgesteld dat de schriftuur niet voldoet aan het vereiste voor een geldig cassatiemiddel en daarom onbesproken moet blijven. Nu valt dat op zich eenvoudig te verklaren. In de aan deze ontnemingsprocedure verbonden hoofdzaak is het cassatieberoep van het openbaar ministerie namelijk verworpen (zie HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3546, *NJ* 2015/146 m.nt. N. Keijzer), zodat de voorwaarde waaronder het cassatiemiddel in de ontnemingszaak is voorgesteld, niet is vervuld. Alsdan blijft er geen cassatiemiddel en dus ook geen geldig cassatiemiddel over, hetgeen tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in het cassatieberoep moet leiden (zie ook onderdeel 11 van de conclusie van A-G Hofstee). Onduidelijk of dit ook de argumentatie is die de Hoge Raad voor ogen staat.

Wat in ieder geval wél opmerkelijk is, is dat de tweede alinea rov. 2.1 vervolgt met een passage die letterlijk overeenkomt met hetgeen reeds in – het door de Hoge Raad aangehaalde arrest – *NJ* 2011/315 naar voren is gebracht omtrent de betekenis van artikel 557 lid 4 en 511i Sv (zij het met weglating van de zin over de procedure van artikel 577b lid 2 Sv). En het valt dan tevens op dat ook de tekst van de eerste alinea letterlijk is terug te vinden in *NJ* 2011/315. Dit gegeven tezamen met het feit dat de Hoge Raad zich niet expliciet uitlaat over het al dan niet vervuld zijn van de voorwaarde waaronder het cassatiemiddel is voorgesteld, zou erop kunnen duiden dat de Hoge Raad ook in de hier besproken tweede situatie af wil van de constructie van het voorwaardelijk voorgestelde cassatiemiddel en dat dus cassatieberoep in de ontnemingsprocedure op grond van de enkele overweging dat men zich niet kan verenigen met de (niet-veroordelende) uitspraak in de hoofdzaak, in het geheel niet meer wordt toegelaten. Maar moet men dit ook lezen in de hierboven afgedrukte uitspraak? Het antwoord op de vraag met welke bedoeling de Hoge Raad een arrest heeft gewezen, kan alleen maar speculatief van aard zijn. Men kan het echter ook anders benaderen: zou het een goede zaak zijn wanneer de Hoge Raad hier blijk zou geven van een koerswijziging en thans voor de beide besproken situaties een uniforme benadering – in de lijn van *NJ* 2011/315 – zou hanteren?

4. Het opteren voor een uniforme benadering lijkt wellicht logisch, maar dat is het niet zonder meer. De vraag rijst namelijk direct wat de relevantie zou zijn van de door de Hoge Raad aangehaalde bepalingen van artikel 557 lid 4 en 511i Sv in de tweede situatie. Immers, het gaat bij artikel 557 lid 4 en 511i Sv om voorzieningen die ertoe strekken dat geen ontneming plaatsvindt wanneer een veroordeling – als bedoeld in het eerste onderscheidenlijk het derde lid van artikel 36e Sr – geen stand houdt (vgl. ook Keulen 1999, p. 321). Deze voorschriften strekken er niet toe dat, wanneer een niet-veroordelende uitspraak in de hoofdzaak wordt vernietigd, ook de ontnemingsprocedure weer kan worden voortgezet, ook al is tegen de uitspraak in de ontnemingsprocedure, waarin vanwege het achterwege blijven van een veroordeling de ontnemingsvordering niet is toegewezen, geen rechtsmiddel ingesteld. (Buruma wijst in zijn noot onder *NJ* 2001/552 overigens op de mogelijkheid van ‘een zeer extensieve interpretatie’ van artikel 511i Sv om aan die bepaling toch betekenis toe te kennen in de situatie van niet-veroordeling, maar er is geen aanwijzing dat de Hoge Raad in die richting zou willen gaan.) De consequentie hiervan lijkt te zijn dat wanneer het openbaar ministerie succes heeft met het cassatieberoep in de hoofdzaak

en de strafzaak daarna alsnog in een veroordeling eindigt, de ontnemingszaak intussen onherroepelijk is geëindigd met de uitspraak waarin de ontnemingsvordering niet is toegewezen.

5. De conclusie zou dan kunnen zijn dat bij een keuze voor een uniforme benadering – in lijn met *NJ* 2011/315 – het openbaar ministerie in de kou wordt gezet. Maar die conclusie moet men niet overhaast trekken. Wellicht moet men de mogelijke reden voor het (eventuele) loslaten van de constructie van het voorwaardelijk voorgestelde cassatiemiddel niet zoeken in de sfeer van de bepalingen van artikel 557 lid 4 en 511i Sv, maar in een andere grond. Indien in de strafzaak geen veroordeling (als bedoeld in het eerste onderscheidenlijk het derde lid van artikel 36e Sr) wordt uitgesproken, is de consequentie daarvan dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard in de ontnemingsvordering, zo is bepaald in HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4258, *NJ* 2009/121. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat in een geval ‘waarin de ontnemingsvordering is afgedaan zonder dat ten gronde over de vordering is beslist, art. 68 Sr niet eraan in de weg staat dat de vordering – binnen de in art. 511b, eerste lid, Sv bedoelde termijn – opnieuw wordt ingediend’. Dat betekent dat wanneer in de strafzaak alsnog tot een veroordeling wordt gekomen, de ontnemingsprocedure in zekere zin weer kan herleven. Vanuit deze invalshoek zou de beslissing in de hierboven afgedrukte zaak, indien deze zo moet worden begrepen dat de constructie van het voorwaardelijk voorgestelde cassatiemiddel wordt losgelaten, (wel) kunnen worden verklaard. De redenering is dan dat het hanteren van die constructie niet nodig is omdat – wanneer de hoofdzaak na vernietiging door de Hoge Raad van de niet-veroordelende uitspraak wordt voortgezet – het openbaar ministerie de mogelijkheid behoudt om de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel te vorderen (vgl. in deze zin Mevis in onderdeel 3 van zijn noot in *NJ* 2011/315).

Nu zit er aan deze benadering een aantal haken en ogen. Allereerst komt het voor – om die reden heb ik hierboven steeds gesproken van het niet toewijzen van de ontnemingsvordering – dat in weerwil van *NJ* 2009/121 de ontnemingsvordering wordt afgewezen vanwege het uitblijven van een veroordeling in de hoofdzaak, in plaats ervan dat de niet-ontvankelijkheid in de ontnemingsvordering wordt uitgesproken. Ook in de hierboven afgedrukte zaak heeft zich dit voorgedaan. Dat betekent dat in deze zaak de afwijzing van de ontnemingsvordering onherroepelijk is geworden. Stel nu dat in de hoofdzaak het cassatieberoep wel zou zijn geslaagd, zou de consequentie daarvan dan zijn geweest dat de ontnemingsprocedure niet opnieuw op gang zou kunnen zijn gebracht, wanneer er alsnog een veroordeling in de hoofdzaak was gevolgd? Dat zou betekenen dat het openbaar ministerie in dergelijke gevallen cassatieberoep moet instellen in de ontnemingsprocedure vanwege het onjuiste dictum (afwijzing in plaats van niet-ontvankelijkverklaring). Of geldt in een dergelijk geval – in lijn met hetgeen Knigge heeft betoogd in onderdeel 13 van zijn conclusie voor het arrest *NJ* 2009/121 – dat een afwijzing van een ontnemingsvordering vanwege het ontbreken van een veroordeling moet worden beschouwd als een niet-ontvankelijkverklaring?

Een tweede punt van aandacht betreft de eis die de Hoge Raad in *NJ* 2009/121 stelt, ter zake van de termijn van artikel 511b lid 1 Sv. Die bepaling noemt de termijn van ‘uiterlijk twee jaren na de uitspraak in eerste aanleg bij de rechtbank’, dat wil zeggen: de uitspraak in de hoofdzaak. Maar die termijn van twee jaar zal allang zijn verlopen, wanneer het gaat om de situatie dat de Hoge Raad een niet-veroordelende uitspraak in de hoofdzaak vernietigt en de zaak ter verdere behandeling terug- of verwijst, en het openbaar ministerie vervolgens de ontnemingsprocedure nieuw leven wil inblazen. Overschrijding van de tweejaarstermijn van artikel 511b lid 1 Sv is op zich fataal (zie *Kamerstukken II*

1989/90, 21 504, nr. 3, p. 36). Nu is het de vraag of het voor de hand ligt om in geval van het opnieuw ter hand nemen van de ontnemingsprocedure vanwege het feit dat in de hoofdzaak na een geslaagd cassatieberoep alsnog een veroordeling plaatsvindt, al te veel betekenis te hechten aan de termijn van artikel 511b lid 1 Sv. Op de keper beschouwd gaat het dan om een doorstart van een reeds aanhangig gemaakte ontnemingsprocedure en niet om (het aangewezen moment van) de aanvang van een ontnemingsprocedure in eerste aanleg. Maar feit is dat de Hoge Raad in *NJ* 2009/121 die termijn expliciet noemt, zij het dat het rechtsgevolg van termijnoverschrijding onbenoemd wordt gelaten. Meer in het algemeen geldt nog dat het procedurele kader voor het langs de hier geschetste lijn opnieuw behandelen van de ontnemingsvordering nadat een niet-veroordelende uitspraak in de hoofdzaak is vernietigd, bepaald niet duidelijk zou zijn. Geldt bijvoorbeeld dat die nieuwe behandeling bij dezelfde rechter moet plaatsvinden als waar de Hoge Raad de strafzaak naar heeft terug- of verwezen? Of gaat de ontnemingsprocedure verder bij de rechter die eerder het openbaar ministerie niet-ontvankelijk heeft verklaard in de ontnemingsvordering? Er vallen zeker antwoorden op vragen als deze te beredeneren, maar een houvast biedend kader in de wet of de rechtspraak ontbreekt.

6. Deze verkenning laat zien dat het, geredeneerd vanuit het resultaat, weinig aantrekkelijk is om de hierboven afgedrukte uitspraak zo te duiden dat de Hoge Raad niet meer de constructie van het voorwaardelijk voorgestelde middel zou willen accepteren in zaken die tot de als tweede besproken situatie moeten worden gerekend. Het resultaat van een dergelijke duiding zou immers zijn dat men een moeizaam begaanbare weg zou inslaan, waarbij kunstgrepen en spitsvondigheden nodig zijn om het pad te effenen. Bij die stand van zaken zou ik de eerste alinea van rov. 2.1 zo willen opvatten dat daarin het gevolg wordt beschreven van het feit dat met de verwerping van het cassatieberoep in de hoofdzaak de voorwaarde waaronder het middel in de ontnemingsprocedure is voorgesteld, niet is vervuld. Met betrekking tot de tweede alinea van rov. 2.1 mag wellicht worden aangenomen dat deze alinea abusievelijk is overgenomen uit rechtspraak die in de kern betrekking heeft op een andersoortige – want hier als eerste besproken – situatie en dat deze alinea daarom mag worden genegeerd. Zo begrepen is van een koerswijziging ten opzichte van *NJ* 2001/552 en ECLI:NL:HR:2013:BX4536 geen sprake.