

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Het niet-melden van het ingesteld zijn van een SFO)

Borgers, M.J.

2012

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

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2012). *Case note: Hoge Raad (Het niet-melden van het ingesteld zijn van een SFO)*, No. 297, Jan 11, 2011. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2012).

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

Annotatie NJ 2012, 297 (het niet-melden van het ingesteld zijn van een SFO)

HR 11 januari 2011, nr. S 09/00466 P

M.J. Borgers

1. Bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving bestond veel oog voor de effectiviteit van die wetgeving. Maar juist vanwege het innovatieve en verstrekkende karakter van de voorgestelde regeling onderkende de wetgever ook de noodzaak te voorzien in enkele waarborgen ten behoeve van de betrokkene. Of elk van die waarborgen toentertijd even goed zijn doordacht, is echter de vraag. Een treffend voorbeeld betreft het vereiste, zoals dat tot voor kort bestond, dat voor de toepassing van artikel 36e lid 3 Sr de opening van een strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO) was vereist. Dat vereiste werd gepresenteerd als waarborg voor de betrokkene, maar die waarborg betrof wel onderzoek om *tegen* hem bewijsmateriaal te verzamelen. Recent is het SFO-vereiste in artikel 36e lid 3 Sr, overigens zonder een duidelijke toelichting, weer uit de wet verdwenen (zie daarover Borgers & Kooijmans, *DD* 2010, p. 234).

Van groter belang en ook veel beter te duiden is de waarborg zoals die is opgenomen in het eerste deel van de derde volzin van artikel 311 lid 1 Sv: de officier van justitie maakt, voor zover zulks aan de betrokkene niet reeds eerder is gebleken, kenbaar of hij voornemens is een ontnemingsvordering aanhangig te maken. Dit voorschrift heeft, in de woorden van de Hoge Raad, 'een waarborgfunctie ten behoeve van de betrokkene met het oog op de rechtszekerheid' (HR 9 december 2003, *NJ* 2004/199 m.nt. YB). Die waarborgfunctie houdt verband met de plaats die de wetgever aan de ontnemingsprocedure heeft toegekend in het strafvorderlijk stelsel. De ontnemingsprocedure moet niet worden gezien als een op zichzelf staande procedure, maar als een sequel van de vervolging in de hoofdzaak (de eigenlijke strafzaak). Ten gevolge van de mededeling van de officier van justitie wordt het voor de betrokkene duidelijk dat met het vonnis in de hoofdzaak de vervolging nog niet ten einde zal zijn, maar dat – mits een veroordeling wordt uitgesproken – naar aanleiding van de in de hoofdzaak aan de orde zijnde feiten ook nog een ontnemingsprocedure zal plaatsvinden. Behoudens het geval dat de betrokkene al anderszins op de hoogte was van het voornemen van de officier van justitie, wekt het achterwege laten van die mededeling bij de betrokkene in principe het gerechtvaardigde vertrouwen dat er geen ontnemingsprocedure meer zal volgen.

Het tweede deel van de derde volzin van artikel 311 lid 1 Sv bevat nog een verplichting voor de officier van justitie: hij dient kenbaar te maken of een strafrechtelijk financieel onderzoek is ingesteld. Daarbij lijkt de tekst van de wet zo te mogen en moeten worden gelezen dat ook hier geldt: voor zover dat niet eerder aan de betrokkene is gebleken. Zoals ook naar voren komt in de conclusie van A-G Machielse in de hierboven afgedrukte zaak, is deze verplichting door middel van een amendement in de wet terecht gekomen. Het betreft wederom, althans in de gedachtegang van de indiener van het amendement, een voorschrift met een waarborgfunctie: 'de verdachte [heeft] groot belang bij die wetenschap [van het ingesteld zijn van een SFO; MJB], gezien de machtsmiddelen die bij het s.f.o. kunnen worden toegepast en de omvang van het voordeel dat langs die weg ontnomen kan worden' (*Kamerstukken II* 1991/92, 21 504, nr. 15). Wat nu precies het belang – of beter gezegd: het praktisch nut – is

van die wetenschap, wordt in de toelichting evenwel in het midden gehouden. Dat is evenwel alleszins relevant, indien men – zoals in de hierboven afgedrukte uitspraak – moet bepalen wat de consequentie is van het schending van dit mededelingsvereiste.

2. De Hoge Raad maakt in overweging 2.5.4 duidelijk dat er, bij het bepalen van die consequentie, moet worden gedifferentieerd tussen enerzijds de verplichting om het instellen van de ontnemingsvordering kenbaar te maken en anderzijds de verplichting om mededeling te doen omtrent de instelling van een SFO. De eerstgenoemde verplichting dient met name de rechtszekerheid, terwijl de tweede verplichting ertoe strekt 'de betrokkene vanaf dat moment' – dat wil zeggen: het moment van mededelen – 'in de gelegenheid te stellen zich in het kader van dat onderzoek' – dus: het SFO – 'te verdedigen'. Aldus duidt de Hoge Raad het belang dat is gemoeid met deze tweede verplichting: het verdedigingsbelang.

Maar wat heeft de verdachte concreet aan de wetenschap dat tegen hem een SFO is ingesteld? Bedacht dient te worden dat de regeling van het SFO betrekkelijk weinig rechtsbeschermende elementen kent (zie nader Kooijmans, in: *Handboek strafzaken*, onderdeel 17.3). Dat is ook niet zo verwonderlijk, omdat het SFO vooral is vormgegeven als een kader voor onderzoek dat voor de betrokkene geheim kan worden gehouden. De enige rechtsgang die in het SFO voor de betrokkene openstaat, betreft het toezichtsmechanisme van artikel 126e Sv. In het tweede lid van dat artikel wordt aan de betrokkene de bevoegdheid toegekend om de rechtbank te verzoeken zich de stukken van het onderzoek te doen overleggen en onverwijld of spoedige beëindiging van het onderzoek te bevelen. Van die bevoegdheid kan uiteraard alleen (effectief) gebruik worden gemaakt indien de betrokkene op de hoogte is van het ingestelde SFO. Maar of de betrokkene dan ook echt baat heeft bij een dergelijk verzoek, mag worden betwijfeld. Evenals in relatie tot de toezichtprocedure van artikel 180 Sv geldt, gaat het hier hoofdzakelijk om een papieren tijger. Voor het geven van een bevel als bedoeld in artikel 126e lid 2 Sv bestaat eigenlijk alleen aanleiding indien al geruime tijd geen enkele onderzoeksactiviteit meer wordt verricht in het SFO. De betrokkene zal er doorgaans weinig mee opschieten wanneer die toestand van inactiviteit wordt doorbroken.

Een veel wezenlijker belang van de verdediging is dat men komt te beschikken over alle processtukken die betrekking hebben op de ontnemingsprocedure. In dat kader speelt de verplichting om het al dan niet ingesteld zijn van het SFO mede te delen, maar een beperkte rol. Natuurlijk, die mededeling kan aanleiding zijn om een verzoek te doen tot kennisneming van processtukken. Maar ook zonder die mededeling zal de aankondiging van de officier van justitie dat hij voornemens is een ontnemingsvordering in te stellen, reden geven te veronderstellen dat er financieel onderzoek – al dan niet in het kader van een SFO – wordt of is verricht en dus diezelfde aanleiding kunnen geven. Voor de minister was dat ook reden om het belang van de mededelingsplicht omtrent het ingesteld zijn van een SFO te relativiseren (vgl. het tweede citaat in onderdeel 3.4 van de conclusie van A-G Machielse). Bovendien is voor kennisneming van de processtukken niet zozeer de mededeling op de voet van artikel 311 lid 1 Sv, maar veel eerder de – nadien plaatsvindende – betekening van de sluitingsbeschikking op grond van artikel 126f leden 1 en 3 Sv van belang, omdat dan de betrokkene wordt geïnformeerd omtrent diens recht op kennisneming van de processtukken en bovendien op dat moment geen reden meer zal bestaan voor onthouding van de kennisneming (vgl. nader Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 231). Meer in het algemeen geldt dat op het moment dat het onderzoek ter terechtzitting in de ontnemingsprocedure aanvangt, het ontnemingsdossier volledig toegankelijk moet zijn voor de verdedi-

ging, waardoor de betrokkene uiterlijk dan op de hoogte geraakt van alle onderzoeksactiviteiten, of die nu in het kader van een SFO zijn verricht of anderszins zijn ontplooid. Bij die stand van zaken is het bepaald niet helder welk specifiek verdedigingsbelang de Hoge Raad in overweging 2.5.4 voor ogen heeft.

3. De Hoge Raad bespreekt in overweging 2.5.6 de keuze van het rechtsgevolg indien blijkt dat de officier van justitie ten onrechte geen melding heeft gemaakt van het ingesteld zijn van het SFO. De Hoge Raad stelt daarbij voorop dat de rechter dient vast te stellen welk nadeel de betrokkene door dat verzuim heeft geleden. Voorts benoemt de Hoge Raad de mogelijke rechtsgevolgen: de enkele constatering van het verzuim, vermindering van de betalingsverplichting, uitsluiting van de verkregen resultaten voor de schatting van het voordeel alsmede niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in de ontnemingsvordering. (Diezelfde rechtsgevolgen worden ook in de literatuur genoemd; zie het overzicht van Van Kempen, in: Melai/Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, aantekening 4.3 op artikel 311.) De keuze uit dit pallet, zo spreekt uit deze overweging van de Hoge Raad, wordt vooral bepaald door de mate waarin de betrokkene is geschaad in zijn verdedigingsbelang. Dat wordt geïllustreerd door overweging 2.6, waarin de Hoge Raad vaststelt dat de betrokkene in de onderhavige zaak blijkens de vaststellingen van het gerechtshof niet in zijn belangen is geschaad, terwijl door de verdediging de schade aan het verdedigingsbelang ook niet anderszins is geconcretiseerd, zodat met de enkele constatering van het verzuim kan worden volstaan. Relevant daarbij is dat de overwegingen van het gerechtshof niet uitsluiten dat de betrokkene in deze zaak ten gevolge van het verzuim van de officier van justitie daadwerkelijk geruime tijd onwetend is gebleven van het SFO (zie nader onderdeel 3.5 van de conclusie van A-G Machielse). Maar – uitsluitend – daardoor heeft dus, naar het kennelijke oordeel van de Hoge Raad, geen wezenlijke schending van het verdedigingsbelang plaatsgevonden.

Het is de vraag of zich snel een geval zal voordoen waarin een verderstrekkend rechtsgevolg aan het verzuim mag of moet worden verbonden. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2 is opgemerkt, is het bepaald lastig om aan te geven welk concreet verdedigingsbelang in het gedrang komt door schending van de verplichting tot het mededelen van het ingesteld zijn van een SFO. Het is wel voorstelbaar dat een dergelijke schending onderdeel uitmaakt van een meer omvattende handelwijze van een officier van justitie om de verdediging structureel informatie te onthouden. Een dergelijke handelwijze kan, zeker wanneer het gaat om het moedwillig frustreren van de informatievoorziening, leiden tot niet-ontvankelijkverklaring of, in minder ernstige gevallen, tot vermindering van de betalingsverplichting. Bij de mogelijkheid van uitsluiting van de verkregen resultaten voor de schatting van het voordeel kan ik mij eigenlijk weinig voorstellen. Want op welke wijze zou het *niet mededelen* van het ingesteld zijn van een SFO rechtstreeks tot *verkrijging* van onderzoeksresultaten kunnen leiden? Het enkele feit dat die mededeling niet wordt gedaan, maakt immers vanaf dat moment de uitoefening van SFO-bevoegdheden niet onrechtmatig. Datzelfde geldt voor andere voor de ontnemingsprocedure relevante, buiten het kader van het SFO verrichte onderzoeksactiviteiten.

In de literatuur is nog als mogelijkheid geopperd dat het achterwege laten van de mededeling van het ingesteld zijn van een SFO, ertoe zou leiden dat geen ontneming meer zou kunnen plaatsvinden op de voet van het derde lid van artikel 36e Sr (zie o.a. Van der Landen & Simmelink, in: *Ontneming van voordeel in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 175). Actuele waarde heeft deze zienswijze niet, omdat dit derde lid, zoals hiervoor onder 1 aangegeven, niet langer de opening van een SFO vereist. Niettemin: het komt mij voor, uitgaande van het tot voor kort geldende recht, dat het blokkeren

van de ontnemingsmogelijkheid van artikel 36e lid 3 Sr bezwaarlijk kon worden gezien als een passend rechtsgevolg. Het SFO-vereiste in lid 3 was gericht op het bevorderen van gedegen onderzoek naar de verkrijging van voordeel dat op enigerlei wijze uit andere strafbare feiten is verkregen. Daarmee ontbreekt een dwingend argument om de mogelijkheid tot ontneming te blokkeren, wanneer dat onderzoek wel heeft plaatsgevonden en de betrokkene ook van de resultaten heeft kunnen kennisnemen, ook al is verzuimd op juiste moment mededeling te doen van het instellen van het SFO. De zienswijze dat door dat verzuim bij de betrokkene het vertrouwen zou hebben kunnen ontstaan dat geen ontneming op de voet van artikel 36e lid 3 Sr zou plaatsvinden (aldus Van Kempen, *t.a.p.*), noopt eveneens niet tot die blokkade. Het mededelingsvereiste omtrent het ingesteld zijn van een SFO, lijkt niet tot doel te hebben de betrokkene te informeren omtrent de inkleding van de ontnemingsvordering die nog moet worden ingesteld. Daarbij geldt nog dat de ontnemingsmogelijkheden van het tweede en het derde lid van artikel 36e Sr niet strikt van elkaar te onderscheiden zijn en dus in de praktijk met elkaar kunnen zijn verweven (vgl. HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 m.nt. Pme en Borgers & Kooijmans, *DD* 2010, p. 215-220), waardoor een ontnemingsvordering op verschillende wijzen kan zijn ingekleed om hetzelfde resultaat te bereiken.

4. Al met al rijst de vraag of de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte uitspraak niet al te zeer om de hete brij heen draait. Ook al is met de verplichting om mededeling te doen of een SFO is ingesteld, beoogd om een 'groot belang' van de betrokkene te dienen, een duidelijk en concreet verdedigingsbelang is daarmee in feite niet gemoeid. Hoezeer het tweede deel van de derde volzin van artikel 311 lid 1 Sv ook een goedbedoeld voorschrift betreft, het gaat hier – op de keper beschouwd – om een lege huls. Bij die stand van zaken lijkt het mij realistischer en duidelijker om als regel te stellen dat het enkele nalaten van de officier van justitie om bij gelegenheid van zijn requisitoir in de hoofdzaak kenbaar maken of een SFO is ingesteld (zo de betrokkene daarvan niet reeds op de hoogte is), slechts noopt tot de enkele constatering van het verzuim. Bijkomende omstandigheden kunnen tot een ander oordeel leiden, maar dan dient wel te worden bedacht dat het dan vooral gaat om de situatie dat juist die omstandigheden een concrete aantasting van het verdedigingsbelang teweeg hebben gebracht. Eigenlijk moet men dan zeggen dat het achterwege laten van de mededeling van het ingesteld zijn van het SFO, de bijkomende omstandigheid is.

5. Overweging 2.5.6 is nog om een andere reden intrigerend. Op het eerste gezicht lijkt de Hoge Raad hierin een kader uiteen te zetten dat specifiek is bedoeld voor de afdoening van de schending van de verplichting om mededeling te doen van het al dan niet ingesteld zijn van een SFO. In overweging 2.5.5 legt de Hoge Raad er immers de nadruk op dat de regel die de Hoge Raad in *NJ* 2004/199 heeft ontwikkeld – en die in overweging 2.5.2 wordt toegelicht – voor het geval de officier van justitie niet tijdig heeft aangekondigd voornemens te zijn een ontnemingsvordering in te stellen, niet van toepassing is op de situatie waarin (slechts) is verzuimd de mededeling te doen of een SFO is ingesteld. Maar geldt er in beide situaties werkelijk een ander beoordelingskader? In *NJ* 2004/199 stelt de Hoge Raad, evenals in de hierboven afgedrukte uitspraak, het belang van het geschonden voorschrift en – daarmee samenhangend – het concrete nadeel dat de betrokkene daardoor heeft ondervonden, voorop. In *NJ* 2004/199 noemt de Hoge Raad als mogelijke rechtsgevolgen: niet-ontvankelijkverklaring en 'bijvoorbeeld een vermindering van de aan de betrokkene op te leggen betalingsverplichting', waarmee andere rechtsge-

volgen – waaronder de enkele constatering van het verzuim – niet worden uitgesloten. In de hierboven afgedrukte uitspraak worden eveneens niet-ontvankelijkverklaring en matiging van de betalingsverplichting als mogelijke rechtsgevolgen genoemd, terwijl ook aan andere rechtsgevolgen wordt gerefereerd. De verschillen moeten derhalve niet zozeer in het beoordelingskader worden gezocht, maar veeleer in de concrete toepassing daarvan, waarbij dan in het bijzonder de strekking van de beide in de derde volzin van artikel 311 lid 1 Sv neergelegde verplichtingen van belang is. Die verplichtingen beschermen immers niet hetzelfde belang.

6. Meer in het algemeen dringt de vraag zich op of de Hoge Raad zowel in *NJ* 2004/199, als de hierboven afgedrukte uitspraak niet ‘gewoon’ gebruik maakt van het beoordelingskader van artikel 359a Sv. In het benoemen van het belang van geschonden voorschrift en het benadrukken van het concrete nadeel van de betrokkene herkent men factoren die in artikel 359a lid 2 Sv worden genoemd. De aangeduide rechtsgevolgen komen, met een vertaalslag (vermindering van de betalingsverplichting in plaats van strafvermindering; uitsluiting van de verkregen resultaten voor de schatting van het voordeel in plaats van bewijsuitsluiting), overeen met die van het eerste lid van artikel 359a Sv. Waarom refereert de Hoge Raad dan niet aan artikel 359a Sv? In het algemeen geldt dat de Hoge Raad nogal terughoudend is om artikel 359a Sv als beoordelings- en afdoeningskader voor vormverzuimen op de voorgrond te stellen in ontnemingszaken (zie voor een voorbeeld van de impliciete toepassing van artikel 359a Sv in een ontnemingskwestie HR 26 april 2011, *NJ* 2011, 201). Terwijl voor die terughoudendheid eigenlijk geen aanleiding bestaat, gelet op het feit dat die bepaling op grond van artikel 511e lid 1 Sv gewoon van overeenkomstige toepassing is op de uitspraak in de ontnemingsprocedure (zie ook Van der Landen & Simmelink, *t.a.p.*, p. 188-189). Een meer specifieke reden zou erin kunnen zijn gelegen dat artikel 359a Sv ziet op vormverzuimen die tijdens *het voorbereidend onderzoek* hebben plaatsgevonden, terwijl de verplichtingen van de derde volzin van artikel 311 lid 1 Sv dienen te worden vervuld tijdens de behandeling ter terechtzitting (en dus tijdens het eindonderzoek). Het gaat dan echter wel om de behandeling ter terechtzitting *in de hoofdzaak*. De behandeling ter terechtzitting in de ontnemingsprocedure is dan nog niet (noodzakelijkerwijs) aangevangen, zodat er dan nog wel sprake kan zijn van voorbereidend onderzoek in de ontnemingsprocedure. De duiding van de term ‘voorbereidend onderzoek’ op het moment dat artikel 359a Sv overeenkomstige toepassing vindt in de ontnemingsprocedure, is dus niet zonder hoofdbreken, mede omdat de definitiebepaling van artikel 132 Sv niet is toegesneden op de structuur van een hoofdzaak en een daaropvolgende ontnemingsprocedure. Niettemin lijkt het mij alleszins verdedigbaar om voor de (overeenkomstige) toepassing van artikel 359a Sv in de ontnemingsprocedure tot uitgangspunt te nemen dat het gaat om verzuimen die hebben plaatsgevonden voordat de behandeling ter terechtzitting *in de ontnemingszaak* een aanvang heeft genomen. Het resultaat daarvan is dat daarmee veel beter duidelijk wordt – in elk geval duidelijker dan in het hierboven afgedrukte arrest het geval is – wat het algemene beoordelingskader is voor vormverzuimen die in relatie staan met de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.