

Kroniek van het straf(proces)recht

Joost Nan, Pieter Verrest & Chantal van der Vis¹

In deze kroniekperiode vielen de landelijke verkiezingen en de huidige formatie. In de diverse verkiezingsprogramma's stonden soms wel heel opvallende plannen en met de formatie op komst zal (moeten) blijken wat voor beleid er in de komende jaren op strafrechtelijk terrein zou kunnen worden verwacht. Daarom openen wij met een beschouwing daarover. Geld is daarbij een belangrijke factor, ook voor de toekomst van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Vervolgens zetten wij enkele recente wetenschappelijke onderzoeken op een rij en bespreken we diverse belangrijke wetsvoorstellen. Ten slotte komt een groot cluster aan uitspraken aan bod, want de (internationale) rechtspraak was bepaald niet in lockdown. Gelukkig maar.

1. Beleid

Algemeen beleid en de landelijke verkiezingen

De verkiezingen zijn geweest en de formatie van een nieuw kabinet is op het moment van schrijven van deze kroniek volop gaande. Het is duidelijk dat in de lijst met grote uitdagingen voor het nieuwe kabinet het strafrecht niet meteen een prominente plaats zal innemen. De aanpak van de pandemie, het herstel van de economie, het wegwerken van de achterstanden in het onderwijs en in de gezondheidszorg, het klimaatbeleid en de woningmarkt: het heeft terecht allemaal een grotere prioriteit in de volgende regeerperiode.

Toch zou het heel goed zijn als in het regeerakkoord van het nieuwe kabinet ook aandacht wordt besteed aan het strafrecht. In de verkiezingsprogramma's van de politieke partijen zijn daarover allerlei ideeën te lezen. Die ideeën variëren van klein tot groot, van rijp tot groen² en van doordachte plannen tot oprispingen waarvan we mogen hopen dat die enkel verkiezingsretoriek betreffen.

Op die laatste categorie gaan we hier niet verder in,³ dat heeft de door de NOvA ingestelde Commissie rechtsstatelijkheid verkiezingsprogramma's in een lezenswaardig rapport namelijk al gedaan.⁴ Voor het overige verdienen alle plannen en ideeën van politieke partijen in deze kroniek onze aandacht. Wanneer we hetgeen in de verkiezingsprogramma's staat in verband brengen met de actie van het huidige kabinet en de vorige Tweede Kamer, ontstaat een beeld van de ontwikkeling van het strafrecht op beleids- en wetgevingsniveau in de nabije toekomst.

In de afgelopen kabinetsperiode hebben kabinet en Tweede Kamer zich intensief met het strafrecht beziggehouden. Waar ging het dan over? Er zijn bijvoorbeeld veel beleidsdebatten gehouden over onderwerpen als slachtofferbeleid, discriminatie, witwassen en ondermijning. Voor de aanpak van ondermijning is structureel € 140 miljoen vrijgemaakt en is een apart programmadirectoraat-generaal Ondermijning opgericht bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Daarnaast hebben veel wetsvoorstellen het licht gezien. Die voorstellen hadden vaak als doel een

Auteurs

1. Mr. dr. J.S. Nan, prof. mr. P.A.M. Verrest en mr. C.L. van der Vis zijn respectievelijk als universitair hoofddocent straf(proces)recht (en cassatieadvocaat bij Wladimiroff Advocaten), hoogleraar straf(proces)recht en wetenschappelijk docent straf(proces)recht verbonden aan de Erasmus School of Law (Erasmus Universiteit Rotterdam). Veel dank gaat uit naar de student-assistenten Vincent Boer en Sophie Kalkman. De kro-

niekperiode bestrijkt de periode van de vorige kroniek tot en met 1 maart 2021. Met ontwikkelingen nadien werd nog slechts mondjesmaat rekening gehouden.

Noten

2. Zoals in het verkiezingsprogramma van D66, waarin een intensivering van de aanpak van milieucriminaliteit wordt voorgesteld.

3. Om toch wat te noemen uit het VVD-

programma: strafbaarstelling van 'het faciliteren van illegaal verblijf'. Door een medewerker van een rechtswinkel? En: het 'strafbaar stellen van het openbaar maken van gegevens en beelden waarop politieagenten en hulpverleners herkenbaar zijn'. Door media? Over een soortgelijk voorstel (waar tenminste het bestanddeel te kwader trouw in was opgenomen) ontstond enkele maanden geleden in Frankrijk een politieke crisis (zie o.a. 'Nouvelles manifestations

dans plusieurs villes de France contre la loi « sécurité globale »', *Le Monde* 17 januari 2021).

4. Zie *De partijprogramma's voor de verkiezingen van 2021 rechtsstatelijk?*, Rapport van de Commissie Rechtsstatelijkheid in Verkiezingsprogramma's 2021, ingesteld door de Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag: NOvA 2021.

Een blik op de verkiezingsprogramma's levert wederom een hele rij voorstellen op voor nieuwe strafbaarstellingen en verhoging van straffen voor bestaande misdrijven

strengere aanpak van strafbare feiten en hogere straffen: denk onder andere aan de strafverhogingen in het kader van ondermijning,⁵ herwaardering van actuele delictsvormen,⁶ de uitbreiding van het taakstrafverbod⁷ en het net voor de verkiezingen met veel publiciteit aan de Raad van State voor advies voorgelegde wetsvoorstel tot verhoging van de maximumstraf voor doodslag.⁸ Relatief weinig ging het om stelselwijzigingen, zoals de herziening van de zedenwetgeving (conceptwetsvoorstel seksuele misdrijven – zie uitgebreider hierna) die onlangs hernieuwd in consultatie is gegaan.⁹ Een blik op de verkiezingsprogramma's levert wederom een hele rij voorstellen op voor nieuwe strafbaarstellingen en verhoging van straffen voor bestaande misdrijven. De VVD pleit in haar verkiezingsprogramma bijvoorbeeld voor minimumstraffen voor deelneming aan een criminele organisatie. Zonder te willen generaliseren, is het bij dit soort wijzigingen bij voorbaat de vraag wat het effect ervan zal zijn. Leiden ze inderdaad tot een betere aanpak van criminaliteit? Dat valt te betwijfelen, omdat dat voornamelijk afhangt van andere factoren. Denk aan de pakkans, waarvoor vooral opsporingscapaciteit van belang is, maar ook aan versterking van de strafrechtketen, die nodig is om meer zaken te kunnen afdoen. Intussen leiden alle wetswijzigingen wel tot implementatiekosten voor praktijkorganisaties.

De voorzitter van de Raad voor de rechtspraak Naves legde in het voorwoord bij het jaarplan van de rechtspraak een verband tussen het wetsvoorstel uitbreiding taakstrafverbod en de toeslagenaffaire. Hij stelde dat harde wetten waarbij de weg naar maatwerk is afgesneden, een garantie zijn voor onrecht.¹⁰ Er zijn ook wetsvoorstellen waarvan het reeds voordat ze tot wet worden verheven, duidelijk is dat ze niet bijdragen aan een effectieve aanpak of zelfs averechts werken – denk aan het initiatief wetsvoorstel handhaving kraakverbod.¹¹ Daarnaast zijn er wetsvoorstellen waarvan de politie, het openbaar ministerie en de rechtspraak aangeven dat ze leiden tot onevenredig veel werk in de praktijk. Genoemd worden bijvoorbeeld het verwijderen van persoonsgegevens van slachtoffers uit processtukken dat is voorzien in het wetsvoorstel uitbreiding slachtofferrechten.¹² Het ligt in die zin voor de hand om de beschreven ontwikkeling van strafrechtelijke wetgeving te spiegelen aan de conclusies van de Tijdelijke commissie uitvoeringsorganisaties (Commissie Bosman). Die commissie constateerde dat het kabinet en de Tweede Kamer te weinig echt luisteren naar de uitvoeringspraktijk. Daarbij komt dat het de Tweede Kamer ontbreekt aan interesse, kennis en informatie om haar medewetgevende en controlerende taken ten aanzien van de uitvoering optimaal te vervullen. De commis-

sie vindt dat de Kamer bestaande mogelijkheden om structureel kennis op te bouwen en informatie te vergaren,¹³ onvoldoende benut. Tot slot gaat de aandacht van Kamerleden uit naar incidenten: omdat media daarover veel berichten kan het voor Kamerleden (politiek) interessanter zijn¹⁴ om te reageren op die incidenten dan om zich bezig te houden met (meer structurele) wetgeving.¹⁵

De strafrechtelijke praktijk heeft in de aanloop naar de verkiezingen duidelijk aangegeven waaraan zij behoefte heeft: structurele verbeteringen. Politie, openbaar ministerie en rechtspraak vroegen in een gezamenlijk interview in *Trouw* om een investering van € 850 miljoen.¹⁶ Dat geld is onder andere nodig om de strafrechtketen te digitaliseren: zaken kunnen dan sneller worden afgehandeld. Volgens de voorzitter van het College van procureurs-generaal piept en kraakt de strafrechtketen. Geld is ook nodig om het structurele tekort in de financiering van de rechtspraak op te heffen. In het interview wordt er tevens op gewezen dat ook de strafrechtadvocatuur, die te kampen heeft met de gevolgen van bezuinigingen op de gefinancierde rechtsbijstand, financieel versterking behoeft.¹⁷

In de verkiezingsprogramma's wordt gelukkig ook uitgebreid aandacht besteed aan die noodzakelijke structurele verbeteringen. Het zou tegen deze achtergrond een goed streven zijn voor het nieuwe kabinet om de aandacht vooral te richten op die structurele verbeteringen. De kabinetsformatie is hét moment om daarvoor concrete plannen te maken. Het vaststellen van het regeerakkoord geeft ook de mogelijkheid om daarvoor budget vrij te maken.

In de verkiezingsprogramma's van de grote partijen lijkt eensgezindheid te bestaan over twee onderwerpen die met het oog op structurele verbeteringen ter hand moeten worden genomen. Het gaat specifiek om 1) de aanpak van ondermijning en 2) de versterking van de strafrechtketen.

Voor de aanpak van ondermijning – de georganiseerde drugscriminaliteit – is in de verkiezingsprogramma's veel aandacht. Het CDA wil een Deltaplan Ondermijning en verwijst naar de lange lijst van maatregelen die zijn opgesomd in het Pact voor de rechtsstaat.¹⁸ Er moet meer specialistische opsporingscapaciteit komen voor de opsporing van ondermijnende criminaliteit.¹⁹ De partijen vergeten ook niet dat eveneens meer capaciteit nodig is om alle opgespoorde zaken te vervolgen en te berechten. Verder willen CDA en VVD de straffen voor drugsdelicten verhogen: het CDA wil dat ze meer in lijn worden gebracht met ons omringende landen, de VVD heeft het over een verdubbeling van straffen voor illegale drugshandel. VVD, D66 en CDA zetten in hun programma's ook uiteen dat voor een effectieve aanpak van ondermijnende criminaliteit er meer mogelijkheden moeten komen om criminele winsten af te pakken. Het gaat dan specifiek om het introduceren in het strafrecht van de mogelijkheid van *non conviction based confiscation* – het laten vervallen van goederen aan de Staat, op grond van een vermoeden van criminele herkomst, en zonder dat daarvoor een voorafgaande veroordeling voor een strafbaar feit nodig is. Het huidige kabinet heeft daartoe reeds een wetsvoorstel aangekondigd. Naar verwachting gaat dat eendaags in consultatie. Het is van belang om goed naar de redenen te kijken waarom *non conviction based confiscation* nodig zou zijn.

Nederland beschikt met de zeer brede witwaswetgeving (met strafbaarstelling van schuldwitwassen en zelfwitwassen) en ruime mogelijkheden voor verbeurdverklaring en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel reeds over een breed instrumentarium. In een Kamerbrief van november 2020 noemt het kabinet voornamelijk twee argumenten.²⁰ Het strafrecht biedt geen mogelijkheid voor het afpakken van vermogen dat vermoedelijk een criminele herkomst heeft, als er geen concreet strafbaar feit in beeld is, noch een verdachte die zou kunnen worden vervolgd. Toepassing van ontneming kan dan niet, omdat daarvoor veroordeling van een verdachte wegens een strafbaar feit nodig is. Verder zou het in andere gevallen – waarin er wel een verdachte is – vaak te moeilijk zijn om succesvol te vervolgen wegens witwassen, waardoor er geen verbeurdverklaring of ontneming kan volgen. Dat spaaklopen van de witwasvervolgning zou komen omdat een verdachte in beginsel kan volstaan met een verweer over de herkomst van een voorwerp (geld) dat niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijk is, waarna het aan het openbaar ministerie is om daarnaar aanvullend onderzoek te doen: dat zou onevenredig veel menskracht en tijd kosten, onder meer als rechtshulpverzoeken moeten worden gedaan aan andere landen of verhullende constructies worden gebruikt. Hiermee wordt bedoeld op de rechtspraak van de Hoge Raad – onlangs nog bevestigd²¹ – waarin voor het bewijs van het bestanddeel ‘afkomstig is uit enig misdrijf’ in artikel 420bis e.v. Sr wordt vereist dat de verdachte ‘geen concrete, verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring over herkomst van geldbedragen heeft gegeven’. De eisen van concreet en vooral verifieerbaar, die niet worden genoemd in de Kamerbrief, zouden toch voor een groot deel kunnen voorkomen dat onevenredig veel tijd en menskracht in aanvullend onderzoek naar het bewijs dient te worden gestoken.

Een tweede onderwerp dat tot structurele verbetering van de strafrechtpraktijk leidt, en wordt genoemd in de verkiezingsprogramma's, is versterking van de strafrechtketen. Afgelopen zomer verscheen een doorlichting van de strafrechtketen.²² Het rapport leverde, geheel conform het weerbarstige karakter van de strafrechtketen, een divers beeld op. De criminaliteit neemt af, maar de werkdruk in de opsporing, vervolging en berechting niet. Daaruit concluderen de onderzoekers dat de te behandelen strafzaken kennelijk arbeidsintensiever zijn. Opvallend is dat zij in dit verband ook de ‘steeds sterkere positie van de advocatuur’ noemen: die zou ‘meer middelen inzetten en voortschrijdende onderzoekstechnologieën gebruiken’, alsmede dat ‘de rechten van verdachten met betrekking tot toegang tot de advocatuur zijn aangescherpt’. Nadere duiding ontbreekt. Het rapport laat zien dat doorlooptijden bij kleine en grote strafzaken de afgelopen jaren iets zijn verbeterd (maar nog steeds lang zijn). Daarnaast wordt vastgesteld dat er ondanks allerlei onderzoeken, beloftes en geïnvesteerd geld nog immer geen digitaal systeem is waarin alle organen in de strafrechtpraktijk samen efficiënt aan zaken kunnen werken.²³

Voor de digitalisering lijkt echt een opgave waarvoor het nieuwe kabinet zich gesteld ziet. In een reactie op het rapport stelden de huidige Ministers van Justitie en Veiligheid en voor Rechtsbescherming dat de aansturing van het digitaliseringstraject beter moet.²⁴ In een volgende Kamerbrief kondigden zij in oktober 2020 aan dat het Bestuurlijk Ketenberaad inmiddels de ketenarchitectuur – ‘het stelsel van afspraken om de samenwerking tussen ketenpartijen te stroomlijnen’ – voor digitalisering van de strafrechtketen had vastgesteld.²⁵ Hieruit blijkt dat nog steeds voornamelijk wordt ingezet op het door de individuele organisaties in de strafrechtketen aan elkaar verbinden van hun eigen ICT-systemen. De vraag is of dat niet anders kan en moet.²⁶

5. Versterking strafrechtelijke aanpak ondermijnende criminaliteit (*Kamerstukken 2019/20-2020/21*, 35564).

6. *Stb.* 2019, 311.

7. Wet uitbreiding taakstrafverbod (*Kamerstukken 2019/20-2020/21*, 35528). Zie over een eventueel taakstrafverbod bij openlijk geweld tegen functionarissen met een publieke taak J.S. Nan, D.G.J. Grimmelikhuijzen & C.L. van der Vis, *En plein public. Praktijk en jurisprudentie bij openlijke geweldpleging tegen functionarissen met een publieke taak*, WODC 2020.

8. Voor de consultatieversie van het conceptwetsvoorstel, zie www.internetconsultatie.nl/doodslag.

9. Zie www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelseksueleisdrijven.

10. *Jaarplan Rechtspraak 2021. Rechtspraak maakt samenleven mogelijk*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2021, p. 3-5.

11. Wet handhaving kraakverbod (*Kamerstukken 2019/20-2020/21*, 35296). Zie

‘Burgemeester, politie en OM Amsterdam aan Eerste Kamer: stem tegen kraakwet’, *NOS* 30 maart 2021.

12. *Kamerstukken II 2020/21*, 35349, nr.

18 (Verslag II). Gelukkig werd wel afgesproken eerst een impactanalyse te verrichten, alvorens met een AMvB uitvoering wordt gegeven aan de nieuwe wetsbepaling.

13. Bijvoorbeeld door meer gebruik te maken van empirische kennis. Zie N. Doornbos, N. Elbers, M. Kragting & M. Malsch, ‘Laat wetgever empirische kennis beter benutten!’, *NJB* 2020/2974, afl. 43, p. 3298.

14. Communicatieadviseurs van politici hameren stevast op zichtbaarheid op social media etc.

15. *Klem tussen balie en beleid*, Rapport van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties, in het bijzonder conclusies 4 en 5, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35387, nr. 2.

16. ‘Politie, OM en rechtspraak willen 850 miljoen voor sterke rechtsstaat. “De ver-

wachting dat zaken snel worden afgehandeld, kunnen wij nu niet waarmaken”’, *Trouw* 30 januari 2021.

17. Zie verder P.P.J. van der Meij & D.

Bektesevic, ‘Herwaarderung van de strafrechtadvocaat’, *BSb* 2021/1.

18. In de zomer van 2020 gepubliceerd door het Strategisch Beraad Ondernijning, zie P.G.A. Noordanus (red.), *Een Pact voor de Rechtsstaat. Een sterke terugdringing van drugscriminaliteit in tien jaar*, Rapport Strategisch Beraad Ondernijning, 2020.

19. Daarbij lijkt het van belang, gelet op de zorgen die in de media daarover werden uitgesproken, dat die opsporingscapaciteit niet wordt gevonden in en dus ten koste gaat van researchcapaciteit elders. Zie M. Haenen, ‘Politie ruziet over aanpak misdaad’, *NRC Handelsblad* 22 januari 2021.

20. *Kamerstukken II 2020/21*, 29911, nr. 297, p. 3-4.

21. HR 2 februari 2021,

ECLI:NL:HR:2021:156. Zie hierover D.

Braakman & C.V. van der Voort, ‘Witwas-

sen. Struikelend naar een veroordeling of niet?’, *NJB* 2021/427, afl. 6, p. 446.

22. *Doorlichting Strafrechtketen. Nieuwe uitdagingen vragen om optimalisatie van samenwerking*, Rapport van PwC, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 29279, nr. 604.

23. *Doorlichting Strafrechtketen. Nieuwe uitdagingen vragen om optimalisatie van samenwerking*, Rapport van PwC, p. 12-13 van bijlage.

24. *Kamerstukken II 2019/20*, 29279, nr. 604.

25. *Kamerstukken II 2020/21*, 29279, nr. 621.

26. Inspiratie kan worden opgedaan uit ervaringen in Engeland en Duitsland, zie A.H. Klip, C. Peristeridou & D.L.F. de Vocht, *Citius, altius, fortius – Sneller, hoger, sterker. Wat we van Engeland en Duitsland kunnen leren in het kader van modernisering strafvordering*, Den Haag: WODC 2019, p. 67-74 en 86.

Het nieuwe Wetboek van Strafvordering is een onderwerp dat de grote partijen ook noemen in het kader van versterking van de strafrechtketen.²⁷ Zoals in de vorige editie van deze kroniek besproken,²⁸ is in de zomer van 2020 een ambtelijke versie van het nieuwe Wetboek gepubliceerd. In de zesde voortgangsrapportage over het programma modernisering Wetboek van Strafvordering is uiteengezet dat het verdere verloop van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering afhankelijk is van een raming van de implementatiekosten en van het vinden van budget daarvoor. Zonder financiële dekking kan het nieuwe Wetboek van Strafvordering niet worden ingediend bij het parlement.²⁹ De Commissie implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering (Commissie Letschert) heeft inmiddels een rapport uitgebracht over de implementatie en de daarmee gemoeide kosten. Met de implementatie is een bedrag gemoeid dat er niet om ligt: tussen de € 292 en 360 miljoen.³⁰ In een korte reactie op het rapport van de Commissie Letschert meldden de Ministers van Justitie en Veiligheid en voor Rechtsbescherming dat besluitvorming over het vervolg van het wetgevingstraject aan het nieuwe kabinet is.³¹ De Commissie Letschert toont zich overtuigd van nut en noodzaak van het nieuwe Wetboek. Het gemoderniseerde Wetboek biedt kansen om het strafproces beter te organiseren (onder andere met de 'beweging naar voren'³²) en legt de basis om efficiënter te werken in de strafrechtketen.³³ Zij wijst wel op twee randvoorwaarden voor een goede werking van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, die we in deze bijdrage al tegenkwamen: degelijke financiering van de advocatuur en de rechtspraak en het realiseren van digitalisering van de strafrechtketen.³⁴

Nog een enkele waarneming. In de verkiezingsprogramma's wordt minder ingezet op (verdere) uitbreiding van de rechten van het slachtoffer in het strafproces. D66 meldt zelfs expliciet dat niet te willen, omdat anders de balans in het strafproces zou worden verstoord. Misschien dat de discussies over het wetsvoorstel uitbreiding slach-

De aandacht verschuift meer naar de infrastructuur om slachtoffers van misdrijven beter te helpen

offerrechten tot een kantelpunt hebben geleid. De aandacht verschuift meer naar de infrastructuur om slachtoffers van misdrijven beter te helpen.³⁵ Op korte termijn wordt het rapport verwacht van de Commissie onderzoek stelsel schadevergoeding voor slachtoffers van strafbare feiten: die commissie buigt zich over de vraag hoe kan worden gekomen tot een afgewogen, consistent en betaalbaar stelsel voor vergoeding van en tegemoetkoming in schade van slachtoffers van strafbare feiten, alsmede over de rol van de overheid daarin.³⁶

Tot slot nog een opvallend initiatiefvoorstel van het lid van de Tweede Kamer Groothuizen, (D66) – die overi-

gens niet in de nieuwe Tweede Kamer terugkeert – en dat ook in het verkiezingsprogramma van D66 wordt genoemd.³⁷ Het betreft het voorstel tot het opheffen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid jegens het College van procureurs-generaal (artikel 127 Wet RO). De afgelopen tijd is de discussie daarover – die eerder in de jaren negentig speelde in het kader van de nieuwe inrichting van het openbaar ministerie en de herziening van de Wet op de Rechterlijke Organisatie – weer langzaam opgekomen.³⁸ Eerst naar aanleiding van rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de onafhankelijkheid van de rechterlijke autoriteit die vereist is om een Europees aanhoudingsbevel te mogen uitvoeren.³⁹ Hierdoor moest met een spoedwet de Overleveringswet worden aangepast: de officier van justitie werd als uitvoerende autoriteit vervangen door de rechter-commissaris. Het College van procureurs-generaal had in zijn advies ten aanzien van die spoedwet aangegeven dat de aanwijzingsbevoegdheid in individuele zaken zou moeten worden heroverwogen als daardoor op grond van het EU-recht de officier van justitie zijn taken in de opsporing en vervolging van strafbare feiten niet meer zou kunnen uitoefenen.⁴⁰ Zover is het voorlopig niet gekomen. Intussen hebben we wel de discussie meegemaakt over het delen van informatie tussen het Ministerie van Justitie en Veiligheid en het openbaar ministerie in de zaak Wilders. Het lid Groothuizen wijst er in zijn memorie van toelichting op dat het openbaar ministerie zich bevindt in een spanningsveld tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht (waartoe het zelf behoort). Dat uit zich niet zozeer in het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid in individuele zaken, maar meer in allerlei vormen van contact tussen minister en openbaar ministerie dat mede op die bijzondere aanwijzingsbevoegdheid is gebaseerd. Als voorbeeld worden ook omstandigheden in een zaak tegen Shell aangehaald. De vraag is interessant hoe dit wetsvoorstel zal vallen in de Tweede en Eerste Kamer: immers gaat het impliciet ook om de mogelijkheden voor de Kamer om zich – via ontvangen antwoorden op Kamervragen gesteld aan de minister – uit te spreken over de gang van zaken in concrete strafzaken.⁴¹

Levenslang en gratie

In januari 2021 besloot de Minister voor Rechtsbescherming om een voordracht tot gratieverlening in te dienen bij de Koning voor een levenslanggestrafte. Het ging om Cevdet Y., in 1984 tot een levenslange gevangenisstraf veroordeeld voor een zevoudige moord in een café in Delft. De betrokkene had over de jaren heen vier verzoeken tot gratie ingediend. In een opvallend arrest van de civiele kamer benadrukte de Hoge Raad op 6 november 2020 dat in de procedure voor een gratiëring, het advies van het gerecht dat de levenslange straf heeft opgelegd een belangrijke rol speelt. Indien de minister afwijkt van dat advies, is een deugdelijke motivering van groot belang. De betrokkene kan tegen het besluit van de minister opkomen bij de civiele rechter. Indien de civiele rechter tot het oordeel komt dat de negatieve beslissing van de minister onrechtmatig is, omdat de opgegeven redenen deze beslissing niet kunnen dragen, kan de rechter de Staat veroordelen tot het nemen van een nieuwe beslissing op het gratieverzoek. Bij het nemen van die nieuwe beslissing moet

de minister acht slaan op de overwegingen van de civiele rechter. Dat betekent volgens de Hoge Raad, dat de minister een eventuele nieuwe afwijzing van het gratieverzoek niet uitsluitend mag baseren op dezelfde redenen als waarop zijn eerdere beslissing beruiste. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat indien vast komt te staan dat ondanks de invoering van het stelsel voor herbeoordeling van de levenslange gevangenisstraf in 2017 – met onder andere de instelling van het Adviescollege levenslanggestraften – de levenslange gevangenisstraf in Nederland nog steeds nimmer wordt verkort (door gratieverlening), dit zal meespelen bij de beantwoording van de vraag of de oplegging en verdere tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf in Nederland nog mogelijk is gelet op artikel 3 EVRM.⁴² De Minister voor Rechtsbescherming merkte aan het slot van zijn brief aan de Kamer over de gratieverlening aan Cevdet Y. op, dat de zaak voor hem aanleiding vormt om fundamenteel te kijken naar de verhouding tussen de rechter en de Kroon (de minister) bij beslissingen inzake de invrijheidsstelling van levenslanggestraften.⁴³

Geld I; strafbeschikking en gratis consult

Diverse fracties van de Tweede Kamer maken zich sterk voor voldoende rechtsbijstand bij de ZSM-afdoening.⁴⁴ In

het bijzonder is een gratis consult beschikbaar gekomen voor verdachten in zaken die normaal gesproken voor de politierechter zouden worden gebracht, maar vanwege de door corona opgelopen achterstanden op dit moment per strafbeschikking worden afgedaan. Dit dient zowel de rechtsbescherming als de efficiëntie. Volgens een motie zijn de verdachten in die gevallen kwetsbaar omdat zij niet meer kunnen rekenen op een onafhankelijk oordeel van de rechter. Als verdachten zonder rechtsbijstand dan alsnog naar de rechter gaan, draagt dat niet bij aan het wegwerken van de achterstanden.⁴⁵ In overleg met de NOV A heeft de Minister voor Rechtsbescherming ervoor gezorgd dat verdachten een piketadvocaat kunnen benaderen zodat zij informatie kunnen krijgen over de strafbeschikking en de gevolgen ervan, zo schreef hij de Kamer in een brief van 19 november 2020.⁴⁶ De realisatie van het plan heeft even op zich laten wachten, maar alle werkprocessen en systemen zijn hiervoor nu zo'n beetje ingericht en per 1 april 2021 zal worden gestart met het gratis consult, te beginnen met de zaken waarbij de verdachte door het openbaar ministerie wordt gehoord (dat zijn de wat zwaardere zaken).⁴⁷ De advocaat krijgt één toevoegingspunt voor zijn (telefonische) bijstand. Wil de verdachte verdere (gefinancierde) bijstand *tijdens* de afdoening, dan gelden de reguliere financiële eisen.

De Minister voor Rechtsbescherming merkte over de gratieverlening aan Cevdet Y. op, dat de zaak voor hem aanleiding vormt om fundamenteel te kijken naar de verhouding tussen de rechter en de Kroon (de minister) bij beslissingen inzake de invrijheidsstelling van levenslanggestraften

27. In de verkiezingsprogramma's van VVD, D66, CDA, PvdA en CU.

28. S.M.A. Lestrade, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2020/2396, afl. 35, p. 2649-2650.

29. *Kamerstukken II* 2020/21, 29279, nr. 625, p. 3.

30. Advies van de Commissie implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, Den Haag, december 2020, p. 10.

31. *Kamerstukken II* 2020/21, 29279, nr. 637. Inmiddels is het al wel gelukt om in afwachting van de besluitvorming door het nieuwe kabinet, de advisering door de Raad van State over het nieuwe Wetboek van Strafvordering een aanvang te laten nemen, www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/04/02/nieuwe-wetboek-van-strafvordering-voor-advies-naar-raad-van-state.

32. Zie S.M.A. Lestrade, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2020/2396, afl. 35, p. 2649.

33. Zie ook P.A.M. Verrest, 'Het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Hoe verder?', *BSb* 2021/1.

34. *Advies van de Commissie implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, Den Haag, december 2020, p. 8-9.

35. Zie o.a. ook het initiatiefvoorstel van wet van de leden Van Toorenburg, Kuiken en Van den Berge tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van publicatie van beelden van slachtoffer, www.internetconsultatie.nl/strafbaarstellingpublicatiebeeldenslachtoffers.

36. *Kamerstukken II* 2019/20, 33552, nr. 65.

37. *Kamerstukken II* 2020/21, 35768, nr. 2.

38. Zie o.a. G.J.M. Corstens, 'Versterk de zelfstandige positie van het Openbaar Ministerie', *NRC Handelsblad* 10 september 2019.

39. HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 (OG en

PI). Zie o.a. de bespreking van S.M.A. Lestrade in *EHCR* 2019/181. Inmiddels geldt het vereiste ook voor de uitvoerende autoriteit in het kaderbesluit EAB (HvJ EU 24 november 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953), maar niet voor de Richtlijn Europees onderzoeksbevel (HvJ EU 8 december 2020, C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002).

40. *Kamerstukken II* 2018/19, 35224, nr. 3, p. 2-3.

41. Opmerking verdient nog dat in veel Europese lidstaten de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid niet (meer) bestaat. Zo is die enkele jaren geleden verdwenen uit het Franse rechtsbestel, nochtans ooit de basis voor de rechterlijke organisatie in Nederland. Zie P.A.M. Verrest, 'Frankrijk', in: P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 169. Een overzicht is te vinden op de

website van Eurojust, www.eurojust.europa.eu/updated-questionnaire-and-compilation-requirements-issuing-and-executing-judicial-authorities-eaw.

42. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, *NJ* 2021/43, m.nt N. Jörg, in het bijzonder r.o. 3.5.6 en 3.5.7. Zie hierover ook H.E. Bröring & W.F. van Hattum, 'Gratie: een bestuursbevoegdheid getoetst. Een beschouwing naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020', *NTS* 2021/3, afl. 1.

43. *Kamerstukken II* 2020/21, 29452, nr. 240.

44. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2019/20, 31753, nr. 205.

45. *Kamerstukken II* 2020/21, 29279, nr. 611.

46. *Kamerstukken II* 2020/21, 31753, nr. 221.

47. *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 1744.

Geld II; schadevergoeding na onterecht voorarrest verhoogd

De forfaitaire bedragen voor een verzoek tot schadevergoeding op basis van artikel 533 Sv wegens het uiteindelijk onterecht ondergaan van voorarrest zijn per 1 maart 2021 omhoog gegaan. Voor een dag in een politiecel wordt tegenwoordig standaard € 130 toegekend (was € 105) en voor een dag in het huis van bewaring € 100 (was € 80). De nieuwe bedragen gelden voor verzoekschriften die vanaf voormelde datum zijn ingediend. Bij het bepalen van het aantal dagen wordt zowel de startdag als de dag van vrijlating meegeteld.⁴⁸

2. Onderzoek

Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid

Leiden deed onderzoek naar discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten.⁴⁹ In Italië, Duitsland, België, Frankrijk en Ierland (geen regeling) werd gekeken in hoeverre discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid betrokken werd bij de straftoemeting en tot welke voor- en nadelen dat leidt in de (rechts) praktijk. Naar aanleiding van een eerdere indeling door de Europese Commissie werden vier varianten onderscheiden, kort gezegd dat bij wet wordt bepaald dat racistische en xenofobe motieven met betrekking tot alle misdrijven als een strafverzwarende omstandigheid gelden, of dat bij wet wordt bepaald dat deze motieven met betrekking tot bepaalde misdrijven als een strafverzwarende omstandigheid gelden, of dat die motieven door de strafrechter bij het bepalen van de straf in overweging moeten worden genomen of dat zulke motieven bij het bepalen van de straf in overweging moeten worden genomen blijkens de rechtspraak of officiële richtsnoeren. Hun algemene conclusies houden ten eerste in dat de omvang van de invloed van een wettelijke regeling vooral steeds afhangt van de reeds bestaande verhouding tussen wetgever en strafpleggende rechter. De werking is afhankelijk van de nationale straftoemetingstradities en -praktijken. Als we het goed zien, wijst dat erop dat de invloed bij ons nog wel eens beperkt zou kunnen zijn, nu de Nederlandse strafrechter immers behoorlijk vrij is inzake de straftoemeting. Ten tweede komt het volgens de onderzoekers toch ook vooral aan op de praktijk, wat de wettelijke regeling ook zou gaan inhouden. Hun beeld naar aanleiding van onderzoek naar de wettelijke regelingen in Italië, Duitsland, België en Frankrijk en naar de situatie in Ierland, is dat een wettelijke regeling geen garantie is dat het discriminatieaspect voldoende wordt betrokken bij het bepalen van de straf. De hele keten zal aan dat aspect aandacht moeten besteden. Hierover meer bij de rubriek Wetgeving.

Doorlooptijden bij een beroep op het professioneel verschoningsrecht

Het professioneel verschoningsrecht en een beroep daarop zijn met name het openbaar ministerie een doorn in het oog als daardoor grote onderzoeken niet verder zouden kunnen. Eind vorig jaar werd door Significant APE een rapport opgeleverd over de aard en omvang van beroepen op het professioneel verschoningsrecht en de gevolgen daarvan voor de doorlooptijden van strafrecht-

lijk onderzoek.⁵⁰ Hoewel slechts uit maximaal 41 zaken kon worden geput, laat het onderzoek het volgende beeld zien (welk beeld de geïnterviewden, zoals officieren van justitie, advocaten, notarissen, politie- en FIOD-leden etc. veelal herkenden). Het zijn vooral advocaten die een beroep op het verschoningsrecht doen, daarna notarissen en vervolgens de medici of belastingadviseurs.⁵¹ Het vaakst betreft het inbeslagname bij doorzoeken en daarnaast wordt de informatie gevorderd. In iets minder dan de helft van de gevallen gaat het om corpora of instrumenta delicti. Wat men in de praktijk waarschijnlijk al wel wist, is dat de wettelijke spoedtermijnen gemiddeld genomen bij lange na niet worden gehaald. Tussen de indiening van het klaagschrift van een geheimhouder tegen de beslissing van de rechter-commissaris en de beslissing daarop van de raadkamer mag slechts dertig dagen zitten (zie artikel 98 lid 4 juncto 552a lid 8 Sv), maar op basis van 22 geanalyseerde zaken was de gemiddelde duur 223 dagen. De periode tussen de indiening en de behandeling van het klaagschrift bedroeg in negentien zaken gemiddeld alleen al 123 dagen. In geval van cassatie moet de Hoge Raad binnen negentig dagen na indiening van de schriftuur uitspraak doen (zie artikel 552d lid 3 Sv). Die termijn is geen enkele keer gehaald in de 31 bekeken zaken. Het gemiddelde lag op 168 dagen, met een uitschieter tot 283 dagen. In één zaak was het toch bijna gelukt (96 dagen). Gelukkig zijn het kennelijk geen termijnen van openbare orde, denken we dan maar. Uit de interviews bleek dat als knelpunten werden opgegeven: het kennisniveau van de betrokken partijen, de nog bestaande onduidelijkheid in de te volgen procedure en de reikwijdte van het professioneel verschoningsrecht en de proceshouding van de betrokkene. Bij zowel advocaten (onterechte inbreuken) als bij het openbaar ministerie (vertragingstactiek) bleken wat dat betreft slechte ervaringen en wrevel te bestaan en lijkt de discussie te zijn verhard.⁵² Bij de rechterlijke macht lijkt het onder meer een kwestie van gebrek aan capaciteit te zijn. De respondenten gaven als mogelijke verbetermogelijkheden onder meer: verhoging van het kennisniveau bij betrokkenen, (nog) richter stukken in beslag nemen, efficiënter filteren van geheimhoudersstukken uit de rest van het beslag en het creëren van capaciteit bij de rechter-commissaris. Dit onderwerp komt bij de rechtspraak nog terug.

Strafmaat jeugdige daders ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief

Vanuit verschillende disciplines en in het licht van Europese kinder- en mensenrechtenstandaarden onderzochten Asscher, Van den Brink, Creemers e.a. (de effectiviteit van) de sancties voor jeugdigen (12-23 jaar) die een ernstig gewelds- of zedenmisdrijf hebben gepleegd.⁵³ Die sancties werden voor Nederland, België (Vlaanderen), Duitsland, Engeland, Wales, Ierland en Zweden in kaart gebracht. Het onderzoek is uitgevoerd in het licht van de bestaande discussie over de maximumduur van jeugddetentie in Nederland, maar op de vraag of die verhoogd moet worden geven de onderzoekers bewust geen antwoord. Dat is aan de wetgever. Voor diens beslissing vormt het rapport wel een inhoudelijke handreiking. Het onderzochte kinder- en mensenrechtenkader dwingt tot proportionele straffen die niet slechts punitief van aard zijn en met inachtne-

Inhoudelijk biedt het rapport voldoende stof tot nadenken over sancties in het Nederlandse jeugdstrafrecht, breder dan alleen in het kader van de hoogte van de straffen

ming van de leeftijd (en verminderde verantwoordelijkheid) van de minderjarige. Voorts wijzen de onderzoekers op relevante verschillen tussen Nederland en de onderzochte landen. Zo kent Nederland – anders dan Engeland, Wales, Ierland, Duitsland en Zweden – in het jeugdstrafrecht niet de sanctiemodaliteit van de voorwaardelijke invrijheidstelling, zijn er in de hoogte van vrijheidsbenemende straffen verschillen te ontdekken tussen de *common law*- en *civil law*-rechtstelsels en is Nederland het enige land waarin de rechter voor een ernstig gewelds- of zedenmisdrif zowel een straf als een maatregel (van vrijheidsbenemende aard) kan opleggen aan minderjarigen. Inhoudelijk biedt het rapport voldoende stof tot nadenken over sancties in het Nederlandse jeugdstrafrecht, breder dan alleen in het kader van de hoogte van de straffen.

3. Wetgeving

Consultatieversie wetsvoorstel seksuele misdrijven

Op 8 maart 2021 kwam een nieuwere versie van het wetsvoorstel over seksuele misdrijven voor internetconsultatie beschikbaar.⁵⁴ Doel van het wetsvoorstel is blijkens de bijbehorende memorie van toelichting ‘een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie mogelijk te maken op strafwaardig seksueel (overlastgevend) gedrag in de hedendaagse en digitaliserende samenleving’. In twee vorige kronieken is dit al besproken.⁵⁵ Wij bespreken hier de verruiming van de strafrechtelijke bescherming tegen aanranding en verkrachting. De centrale gedraging wordt het ‘met een persoon seksuele handelingen verrichten’.

Het plegen van ontuchtige handelingen komt in de nieuwe regeling derhalve niet terug. In principe is al dit soort seksueel gedrag volgens de wetgever onaanvaardbaar, dus in strijd met de sociaal-ethische norm. Onder met een persoon seksuele handelingen verrichten wordt wettelijk *mede* verstaan (conceptartikel 239 Sr) ‘het een persoon laten verrichten van seksuele handelingen met hem of met zichzelf of met een derde dan wel een persoon seksuele handelingen laten ondergaan door een derde.’⁵⁶ De Minister van Justitie en Veiligheid wil hiermee op overzichtelijke wijze regelen dat veelvoorkomende (online) verschijningsvormen van seksuele interactie onder de delictsgedraging vallen. Wie precies wat bij wie doet, maakt dus niet zoveel uit. Voor zowel aanranding als verkrachting komt er vervolgens een schuldvariant, naast de al bestaande opzetvariant. Bij de opzetvariant wordt het bestanddeel ‘dwingen’ verlaten om zo de bewijslast te verlagen. Sinds jaar en dag volgt uit vaste jurisprudentie dat van het bestanddeel dwingen immers slechts sprake kan zijn indien de verdachte door het dwangmiddel opzettelijk heeft veroorzaakt dat het slachtoffer die handelingen tegen zijn of haar wil heeft ondergaan. Uit het bewijs moet van de Hoge Raad dan volgen ‘dat de verdachte opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of de aangeefsters in een zodanige afhankelijkheidsituatie heeft gebracht, dat zij zich daardoor niet tegen die handelingen konden verzetten, of dat de verdachte de aangeefsters heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte, (bedreigende) situatie dat het daardoor voor haar zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte.’⁵⁷ Als het slachtoffer de seksuele handelingen niet wil plegen of dulden, bijvoorbeeld vanwege tonische immobiliteit (het slachtoffer ‘bevriest’ dan), kan het goed mogelijk zijn dat onder het huidige recht een vrijspraak moet volgen omdat dwang niet bewezen kan worden verklaard.⁵⁸

Dat wordt nu anders, alleen al omdat de culpoze ondergrens wordt dat strafbaarheid ontstaat zodra seksuele handelingen worden verricht met een persoon terwijl de verdachte ‘ernstige reden heeft om te vermoeden dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt’. Aangegeven wordt dat de centrale vraag wordt ‘wat iemand had moeten behoren te weten over de positie van de ander ten

48. Zie de Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken, p. 26. Zie in algemene zin over schadevergoeding na voorarrest onder meer M.A. Docter, ‘De voorlopige hechtenis en de billijkheid van de schadevergoeding’, *TPWS* 2016/53, afl. 18; en J.L. Baar & D.J.G.J. Cornelissen, ‘“Est, et fideli tuta silentio merces”: het loon voor trouw zwijgen blijft niet uit’, *TPWS* 2017/12, afl. 22.

49. J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten. Een rechtsvergelijkende studie* (WODC), Den Haag: Boom juridisch 2021.

50. V. de Berk, W. Jongebreur & S. Kluit,

Beroepen op het professioneel verschoningsrecht. Doorlooptijden en gevolgen voor strafrechtelijk onderzoek (WODC), Den Haag: Boom juridisch 2021.

51. Ook het fiscaal verschoningsrecht gaat wellicht op de schop, trouwens. Zie het concept van de internetconsultatie aanpassing wettelijk fiscaal verschoningsrecht via www.internetconsultatie.nl/verschoningsrecht.

52. Zie bijvoorbeeld de civiele kwestie HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

53. J.J. Asscher e.a., *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief* (WODC), Den Haag: Boom juridisch

2020.

54. Zie: www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelseksuele misdrijven.

55. J.S. Nan, ‘Kroniek van het straf(proces) recht’, *NJB* 2019/2162, afl. 35; en S.M.A. Lestrade, ‘Kroniek van het straf(proces) recht’, *NJB* 2020/2396, afl. 35. Zie over het eerdere voorontwerp uitgebreid R.S.B. Kool & A.C. Jongenotter, ‘Verkrachting: what’s in a name? De voorgenomen strafbaarstellingen van verkrachting en seks tegen de wil in het licht van artikel 36 Istanbul’, *NJB* 2021/100, afl. 2, p. 90.

56. In de conceptmemorie van toelichting schrijft de minister dat onder dit bestanddeel geen handelingen vallen die niet pri-

mair van seksuele aard zijn, zoals noodzakelijke medische handelingen en – naar wij aannemen – het knuffelen van je schoonmoeder tijdens je bruiloftsfeest.

57. Zie onder meer HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5725, *NJ* 2009/307; HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, *NJ* 2007/422, m.nt. Y. Buruma; en HR 16 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1653, *NJ* 2000/125.

58. Enige ruimte is er overigens wel, getuige HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2194, *NJ* 2019/241, m.nt. N. Rozemond.

opzichte van seksuele handelingen. Degene die het seksuele contact initieert, heeft de verantwoordelijkheid om in het oog te houden of sprake is van duidelijke contra-indicaties voor de aanwezigheid van een positieve wil bij de ander. Hiermee wordt zeker gesteld dat niet uitsluitend situaties waarin iemand ondanks het ontbreken van de wil van de ander het seksueel contact toch heeft doorgezet, maar ook situaties waarin iemand zich bewust was van de mogelijkheid van een ontbrekende wil bij de ander, maar er desalniettemin ten onrechte van uitging dat de ander instemde, strafbaar zijn'. Afhankelijk van de context zal men contra-signalen moeten opvangen dat de ander er geen zin in heeft. Degene die het seksuele contact initieert krijgt van de minister een grotere verantwoordelijkheid om te achterhalen of de ander daar wel mee instemt. Het gevolg hiervan is expliciet dat iemand ook strafrechtelijk aansprakelijk kan zijn als diegene zelf de situatie niet goed meer kan inschatten (bijvoorbeeld door de inname van drank of drugs). Dat wijst op onbewuste schuld. Het laatste rondje in de kroeg⁵⁹ kan zo een gevaarlijk tintje krijgen. Bij de opzetvariant gaat het erom dat de verdachte 'weet dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt'. Het bestanddeel dwang komt, we schreven het al, te vervallen. Niet langer zal de eis dus gelden dat de dader opzettelijk heeft veroorzaakt dat het slachtoffer seksuele handelingen tegen de te kennen wil ondergaat en dat dit onvermijdbaar voor het slachtoffer is geweest. Van verkrachting is, in geval van opzet of schuld ten aanzien van de onwil van de ander, (nog) steeds alleen sprake als de seksuele handelingen 'bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam'. Wij vinden die scheiding een terechte. Er kwamen tot nu toe geluiden om alle seks tegen de wil als verkrachting te beschouwen,⁶⁰ maar dan zou een nieuwe discussie vergelijkbaar aan de tongzoenkwestie kunnen ontstaan.⁶¹

Nadrukkelijk is met het nieuwe systeem bedoeld de bewijslast te verlagen en voor de (opsporings)praktijk meer mogelijk te maken, zowel voor de aangepaste delicten opzetaanranding en opzetverkrachting, als voor de nieuwe delicten schuldaanranding en schuldverkrachting. De minister schrijft dat voor al die delicten niet nodig is dat er bewijs is van dwang. Het (beoogde) gevolg is dat slachtoffers in meer situaties aangifte kunnen doen van een strafbaar feit. En dat politie en openbaar ministerie eerder en meer zaken kunnen oppakken. Romantischer wordt het er in ieder geval niet op in bed, zullen we maar zeggen.

De minister geeft onder meer aan dat deze insteek in lijn is met artikel 36 van het Verdrag van Istanbul.⁶² Hij gaat echter wel een behoorlijke stap verder. De verplichting tot strafbaarstelling geldt (ook) op dit vlak namelijk

enkel voor 'intentional conducts', dus voor opzettelijke gedragingen. In de toelichting bij het verdrag wordt hierover gesteld dat het aan de nationale wetgever is om dit verder te interpreteren, 'but the requirement for intentional conduct relates to all the elements of the offence'.⁶³ Dat betekent dat invoering van de culpoze variant van aanranding en verkrachting helemaal niet nodig lijkt te zijn om aan het verdrag te voldoen. Het moeilijke aan deze varianten is wat ons betreft dat de lat voor subjectieve verwijtbaarheid aan de kant van de dader nou niet bepaald hoog komt te liggen en of daaraan is voldaan zal ook nog eens sterk gaan afhangen van de omstandigheden van het geval. Het gevaar ligt op de loer dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in sommige gevallen niet zonder meer redelijk hoeft te zijn, laat staan voldoende voorzienbaar. Kan niet worden volstaan met het schrappen van dwang als dwingend bestanddeel van de bestaande opzetvariant?

Een ander punt is nog wat straks dan de meerwaarde zal zijn van het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel.⁶⁴ Daarin wordt de prostituant via een nieuw in te voeren artikel 273g Sr strafbaar als deze 'seksuele handelingen verricht met een ander, terwijl hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat die ander zich onder de in artikel 273f, eerste lid, onder 1°, bedoelde omstandigheden beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling'. Het subjectieve verwijt is hetzelfde aan dat van schuldaanranding en schuldverkrachting. De hoerenloper moet bij artikel 273g Sr in het bijzonder de evidente, eenduidige signalen van slachtofferschap hebben bemerkt of kunnen bemerken.⁶⁵ Maar bij schuldaanranding en schuldverkrachting wordt niet de eis gesteld dat de ander zich seksueel beschikbaar stelt onder de omstandigheden van artikel 273 lid 1 sub 1 Sr, te weten 'door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie etc.'. Evenmin wordt de eis gesteld dat de bezoeker van de prostituee dat wist of behoorde te weten. Voorzienbaar is dat in de opsporingspraktijk bij onaanvaardbare prostitutiesituaties voor de bezoeker al snel wordt teruggevallen op de nieuwe, generieke zedendelicten in plaats dat gebruik wordt gemaakt van het aanzienlijk moeilijker aan te tonen geval van artikel 273g Sr.

Consultatieversie wetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening

Op 11 maart 2021 is een wetsvoorstel in consultatie gegeven dat de regelgeving inzake de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten op verschillende punten wijzigt.⁶⁶ Het gaat om wijzigingen in de regeling van de transactie, van de ontnemingschikking en van de strafbeschikking. Enkel de laatste wijziging komt voort uit het evaluatieonderzoek waarnaar in de titel van het conceptwetsvoorstel wordt verwezen.⁶⁷ Het meest in het oog springende onderdeel van het wetsvoorstel is de introductie van een rechterlijke toetsing van voorgenomen hoge transacties.

Het gevaar ligt op de loer dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in sommige gevallen niet zonder meer redelijk hoeft te zijn, laat staan voldoende voorzienbaar

De transactie wordt voorlopig gehandhaafd als sanctiemodaliteit voor strafbare feiten waarop naar de wettelijke omschrijving niet meer dan zes jaar gevangenisstraf is gesteld, en wel in twee verschillende categorieën: 1) transacties 'in de sfeer van rechtspersonen': transacties met rechtspersonen, feitelijk leidinggevend en personen die anderszins hebben deelgenomen aan een verboden gedraging van een rechtspersoon, en 2) een restcategorie van gevallen waarin de transactie om bijzondere omstandigheden een beter alternatief biedt voor het afdoen van een strafbaar feit dan het uitvaardigen van een strafbeschikking, en de boetecomponent niet hoger is dan € 2000. Bij deze laatste categorie gaat het blijkens de toelichting bijvoorbeeld om situaties waarin een verdachte (vrachtwagenchauffeur of vliegtuigreiziger) die op doorreis is in Nederland zich schuldig maakt aan een klein vergrijp, dat met de transactie snel kan worden afgedaan. Als voornaamste reden voor het handhaven van de mogelijkheid te transigeren voor strafbare feiten in de sfeer van rechtspersonen, wordt genoemd dat strafvervolging in dit soort zaken – waarin het vaak gaat om langlopende, omvangrijke en complexe strafrechtelijke onderzoeken – een zware aanslag pleegt op de capaciteit voor vervolging en berechting. Daarbij brengt een lang strafproces voor de verdachte onzekerheid mee. Bovendien kunnen in het kader van de transactie aan de betrokken rechtspersoon voorwaarden worden gesteld op het terrein van *compliance*-maatregelen. Een transactie maakt aldus een snelle en meer efficiënte afdoening van financieel-economische criminaliteit mogelijk.

De regeling van de transactie wordt overgeplaatst van het Wetboek van Strafrecht naar het Wetboek van Strafvordering – dit omdat bij regeling van de transactie de nadruk komt te liggen op de procedure die voor toepassing van de transactie geldt (zie de voorgestelde artikelen 553 e.v. Sv). Rechterlijke toetsing van een voorgenomen hoge transactie dient plaats te vinden als de transactie een boetecomponent heeft die tenminste € 200.000 bedraagt, ofwel een totaalbedrag (inclusief eventuele ontnemingscomponent en schadevergoeding) kent van € 1.000.000 of meer. De toetsing geschiedt door het gerechtshof op basis van een verloopprocedure. Het gerechtshof toetst of voldaan is aan de wettelijke voorschriften voor het doen van een transactieaanbod en of de officier van justitie bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot het transactieaanbod heeft kunnen komen. Bij dit laatste moet onder ande-

re worden gedacht aan de beoordeling of het transactiebedrag niet in disproportionele verhouding staat tot het feit, de daardoor veroorzaakte schade, de verbeurdverklaarde voorwerpen of het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het conceptwetsvoorstel voert tevens een rechterlijke toetsing in voor ontnemingschikkingen. Daarvoor geldt een drempelbedrag van € 200.000.

Ten slotte creëert het conceptwetsvoorstel als nieuwe afdoeningsmodaliteit de voorwaardelijke strafbeschikking. Voor invoering daarvan is vooral door het College van procureurs-generaal gepleit, zo vermeldt de toelichting. Het wordt in de toekomst mogelijk om bij strafbeschikking een voorwaardelijke rijontzegging, boete of taakstraf op te leggen, zoals de rechter dat ook kan doen. Hiermee wordt voorkomen dat wanneer de officier van justitie een strafbaar feit met een voorwaardelijke sanctie wil afdoen, hij daarvoor juist een zwaardere procedure – dagvaarding voor de rechter – moet gebruiken. Om de voorwaardelijke strafbeschikking te laten werken is ook een procedure nodig voor omzetting van de voorwaardelijke strafbeschikking in een onvoorwaardelijke, in het geval de verdachte de gestelde voorwaarden niet naleeft. Daarin voorziet het wetsvoorstel uiteraard ook.

Wetsvoorstel discriminatoir oogmerk als strafverzwarende omstandigheid

Op 26 januari 2021 zag de daadwerkelijke versie van het initiatiefwetsvoorstel van Kamerleden Buitenweg en Segers inzake de invoering van het discriminatoir oogmerk als strafverzwaringsgrond het parlementaire levenslicht.⁶⁸ Er komt als het aan de initiatiefnemers ligt een algemene strafverzwaringsgrond als een delict met discriminatoir oogmerk wordt begaan. De op het feit gestelde vrijheidsstraf kan dan met een derde worden verhoogd (volgens het nieuw in te voeren artikel 44bis Sr). Onder een discriminatoir oogmerk moet wettelijk worden verstaan (artikel 90quater lid 2 Sr):

'het oogmerk om haat tegen of minderwaardigheid van een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun seksuele gerichtheid of hun handicap tot uitdrukking te brengen.'

Discriminatie komt nog te veel voor in onze samenleving volgens de initiatiefnemers en moet krachtig worden bestreden. Ondanks dat het openbaar ministerie staand

59. De kroeg is een gezelligheidsgelegenheid waar mensen in het pre-corona-tijdperk bij elkaar kwamen om (alcoholische) versnaperingen te nuttigen.

60. Zie hierover de brief van minister Grapperhaus van 5 november 2020, kenmerknummer 3078574.

61. HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437, m.nt. N. Keijzer; en HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627, NJ 2013/438, m.nt. N. Keijzer. De Hoge Raad kwam hierin terug op zijn eerdere oordeel en besliste

dat een afgedwongen tongzoen niet meer als verkrachting in de zin van art. 242 Sr kan worden gekwalificeerd.

62. Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, *Trb.* 2012, 233, *Trb.* 2012, 238 en *Trb.* 2015, 197, dat voor ons geldt sinds 1 maart 2016. In Istanboel zelf denken ze daar inmiddels weer heel anders over.

63. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and

domestic violence, Council of Europe Treaty Series – nr. 210, par. 189.

64. Wet strafbaarstelling misbruik prostitutie(s) die slachtoffer zijn van mensenhandel (*Kamerstukken* 2014/15-2020/21, 34091).

65. *Kamerstukken II* 2014/15, 34091, nr. 3, p. 9 (MvT). In eerste instantie ging het om 'redelijkerwijs moeten vermoeden'. Het verwijt is gaandeweg verhoogd naar de 'ernstige reden om te vermoeden' om de reikwijdte beter voorzienbaar te maken. Zie hierover laatstelijk *Kamerstukken I*

2020/21, 34091, nr. K en L.

66. Zie: www.internetconsultatie.nl/conceptwetsvoorstel_naar_aanleiding_van_evaluatie_wet_om_afdoening.

67. D. Abels, A. Benschop, T. Blom, J. Coster van Voorhout, D.J. Korf, N. Liebregts & K. Vriend, *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Den Haag: WODC 2018. Zie voorts *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 478.

68. *Kamerstukken II* 2020/21, 35709, nrs. 1-3. Eerder verscheen een consultatieversie via www.internetconsultatie.nl.

beleid heeft om het discriminatoire aspect in strafverzwarende zin door te laten klinken in de strafeis (een discriminatieaspect hoort veelal tot een verdubbeling te leiden) en de strafrechter die omstandigheid ook nu al kan meenemen in de strafoplegging, moet dat sterker terugkomen in de strafrechtsketen. Het zou thans onduidelijk zijn wat het discriminatieaspect nu inhoudt en hoe dat doorwerkt in de strafeis en strafmaat. De redenering is dat als de strafrechter expliciet het discriminatoire oogmerk vaststelt, de verhoging van de sanctie ook expliciet tot uitdrukking komt. Zo zou de invloed van de discriminatoire beweegreden in de praktijk beter zichtbaar moeten worden.⁶⁹ Tegelijkertijd worden overigens in het wetsvoorstel de artikelen 137c, 137d, 137e, 137f en 429quater Sr inclusiever geformuleerd doordat 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' steeds wordt gewijzigd in 'seksuele gerichtheid' en 'lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap' in 'handicap'. Voor die strafbepalingen zal de voorgestelde algemene strafverzwarringsgrond geen gelding hebben volgens de memorie van toelichting, nu het discriminatoire oogmerk al verdisconteerd zit in de strafmaat.⁷⁰ De Minister van Justitie en Veiligheid komt zo snel mogelijk met een kabinetsstandpunt.⁷¹

Hoewel elk signaal welkom is dat discriminatie echt niet meer van deze tijd is (al lijkt binnen het (net verkozen) parlement een niet onaanzienlijk deel van de volksvertegenwoordigers daar wellicht toch wat anders over te

Het zullen toch ook de onderdelen van de strafrechtsketen zelf moeten zijn die voldoende oog hebben voor het discriminatoire onderdeel van het strafbare feit

denken), is het de vraag wat er in de praktijk van dit voorstel terecht komt. De Leidse onderzoekers concludeerden immers niet voor niets dat het, met of zonder wettelijke regeling, toch vooral ook aan lijkt te komen op de praktijk. Hun beeld naar aanleiding van onderzoek naar de wettelijke regelingen in Italië, Duitsland, België en Frankrijk en naar de situatie in Ierland (geen wettelijke regeling), is dat een wettelijke regeling geen garantie is dat het discriminatieaspect voldoende wordt betrokken bij het bepalen van de straf. Dat klinkt plausibel en het zullen toch ook de onderdelen van de strafrechtsketen zelf moeten zijn die voldoende oog hebben voor het discriminatoire onderdeel van het strafbare feit. De vraag is of de keten dat zelf kan, nu deze toch behoorlijk OSM is. Recent is wat dat betreft een discussie ontstaan over de diversiteit bij het Functioneel Parket van het openbaar ministerie in Rotterdam.⁷² En ook de affaire rondom de (Rotterdamse) politieagenten die zich in een app-groep meermalen racistisch hebben uitgelaten en volgens personen binnen de eigen gelederen, maar ook daarbuiten,⁷³ wel erg mild zijn aangepakt, laat

zien dat er (institutioneel) nog een lange weg te gaan is (al zijn het kennelijk wel goede dienders).⁷⁴ Men moet in deze wettelijke strafverzwarringsgrond ook wat ons betreft derhalve niet zonder meer een wondermiddel zien. Het discriminatoire oogmerk, wat een zwaarder criterium is dan het discriminatieaspect waarmee nu in de richtlijnen en praktijk wordt gewerkt, zal ten laste gelegd en bewezen moeten worden verklaard. De initiatiefnemers erkennen dit en menen dat in ieder geval het grondfeit zo nodig overblijft en de specifieke omstandigheden waaronder het feit is begaan kunnen worden meegewogen in de strafeis en strafmaat. Maar een vrijspraak voor de strafverzwarringsgrond doet wel afbreuk aan het signaal dat afgegeven wordt. Nu in Nederland zelden het strafmaximum wordt opgelegd, is de wettelijke verhoging voor een toereikend strafplafond niet nodig. Voorts geldt deze verhogingsmogelijkheid alleen voor de vrijheidsstraf, zodat in zaken waarin met andere sancties of een voorwaardelijke vrijheidsstraf wordt volstaan, het effect sowieso niet aanwezig is. Waar de initiatiefnemers hopen dat strafrechters, anders dan nu, gaan aangeven hoe het discriminatieaspect 'precies' is meegewogen, moeten we hen teleurstellen. Strafrechters zijn niet of nauwelijks genegen in kwantitatieve zin de invloed van de diverse factoren weer te geven die de strafoplegging hebben bepaald. Het strafvorderlijke stelsel dwingt hen daartoe ook niet (alleen de strafvermindering door een schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn schrijft dat voor). Als de wetgever wil dat het discriminatoire oogmerk echt cijfermatig zichtbaar wordt in de uitspraak, moet veel eerder worden gedacht aan een aanpassing van artikel 359 (lid 5 of 6) Sv. Meer algemeen ligt het gevaar op de loer dat de strafrechter in de strafmotivering voor het discriminatoire oogmerk een sjabloon zal hanteren, net zoals dat bijvoorbeeld het geval is als de verdachte al eerder onherroepelijk is veroordeeld ('dit heeft de verdachte er kennelijk niet van weerhouden ook het onderhavige feit te plegen').⁷⁵ Tot slot kan discriminatie als wettelijke strafverzwarende omstandigheid die duidelijk resonanceert in de strafmaat, ook doorprocederen in de hand werken, omdat er zo bezien dan tot in cassatie een aantoonbaar voldoende rechtens te respecteren belang ligt in het aanvechten van de bewezenverklaring en strafoplegging. Dat kan leiden tot een helder afgebakende strafverzwarringsgrond, zoals gewenst, maar verwordt strafrechtelijke discriminatie dan niet een beetje te veel tot een juridisch begrip in plaats van een maatschappelijk ongewenst en hardnekkig fenomeen? Per saldo zien wij de meerwaarde niet zo zonnig in als de initiatiefwetgevers en wij verwachten dat de praktijk ook nog wel even zal worstelen met dit wettelijke symbool tegen discriminatie.

4. Rechtspraak

Ondervragingsrecht

De eerste uitspraak die over het recht van de verdachte om getuigen te ondervragen wordt besproken is nog van Nederlandse bodem en had betrekking op de zogeheten Chaletmoord. Het ging op de eerste roldatum van de Hoge Raad van dit jaar over de situatie waarin een behoorlijke en effectieve mogelijkheid om twee getuigen die belastend voor de verdachte hadden verklaard, te ondervragen.⁷⁶ Die getuigen hadden zich bij hun verhoor door het

hof op hun zwijg- of verschoningsrecht beroepen. Het gebruik van hun belastende verklaringen, afgelegd in het voorbereidend onderzoek, was volgens het hof geen probleem, omdat de bewezenverklaring niet in beslissende mate werd gebaseerd op de verklaring van een getuige die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen. Dat is in principe de regel van de Hoge Raad.⁷⁷ De overweging waarover de Hoge Raad valt is echter dat het 'niet één, maar twee zelfstandige, belastende verklaringen [betreft] die elkaar over en weer ondersteunen'. Volgens de Hoge Raad ligt hierin besloten dat het hof had geoordeeld dat steunbewijs kan worden gevonden in een verklaring van een andere getuige die ook niet kon worden ondervraagd. Dat uitgangspunt is onjuist, stelt de Hoge Raad onder verwijzing naar *Schatschschwili/Duitsland*.⁷⁸ De Wilde had eerder al aangegeven dat het zoeken naar steunbewijs in verklaringen van andere getuigen die evenmin konden worden ondervraagd, inderdaad problematisch is naar EHRM-maatstaven die terug gaan naar de vorige eeuw.⁷⁹ Het komt er dus op neer dat voor de verklaringen van *alle getuigen* die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen, voldoende steunbewijs moet worden gevonden (op de punten die de verdachte betwist), wil gezegd kunnen worden dat de bewezenverklaring niet in beslissende mate op die verklaringen wordt gebaseerd.⁸⁰ Is dat wel het geval, dan zal de verdediging voor het niet kunnen ondervragen van die getuigen voldoende moeten worden gecompenseerd. *So far so good*.

Nog geen week later was de dag die je wist dat zou komen eindelijk hier.⁸¹ Op 19 januari 2021 deed het EHRM namelijk uitspraak in de zaak *Keskin/Nederland*.⁸² Daarin werd de Hollandse eis van een onderbouwing van het verzoek om getuigen die belastend hebben verklaard, resoluut van tafel geveegd. De Hoge Raad had immers na een andersluidend advies van advocaat-generaal Spronken, maar met instemming van advocaat-generaal Hartevelde,

Nog geen week later was de dag die je wist dat zou komen eindelijk hier. Op 19 januari 2021 deed het EHRM namelijk uitspraak in de zaak *Keskin/Nederland*

in 2017 stellig gezegd dat 'voor het Nederlandse strafproces [heeft] te gelden dat een tot de zittingsrechter gericht verzoek tot het oproepen en het horen van getuigen door de verdediging dient te worden gemotiveerd teneinde de rechter in staat te stellen de relevantie van dat verzoek in het licht van de toepasselijke wettelijke voorschriften te beoordelen', alsmede dat 'voor de onderbouwing van het verzoek tot het horen van een getuige niet [kan] worden volstaan met de enkele stelling dat bij de processtukken een verklaring van die getuige is gevoegd en — met het oog op de procedure in hoger beroep — evenmin met de enkele stelling dat die verklaring door de rechter in eerste aanleg voor het bewijs is gebezigd'.⁸³ De Hoge Raad maakte, met de Nederlandse wet, geen onderscheid tussen getuigen à charge en getuigen à décharge. Het lijkt erop dat de eis van een onderbouwing voor verzoeken tot het (ter terechtzitting) mogen ondervragen van 'belastende' getuigen naar de prullenmand kan. Het EHRM houdt de twee verschillende deelrechten van artikel 6 lid 3 sub d EVRM nog steeds strikt uit elkaar. Het zijn echt 'two distinct rights'. Voor getuigen die de verdachte wil horen omdat zij voor hem gunstig kunnen verklaren ('defence witnesses'), geldt dat zo'n verzoek inderdaad moet worden onderbouwd.⁸⁴ Voor getuigen die belastend hebben ver-

69. Ook het College voor de rechten van de mens zag deze voordelen en was, met enkele aanbevelingen, positief over de invoering van deze strafverzuivingsgrond. Zie zijn brief van 24 augustus 2020 (met kenmerknummer 20202020/0113/AvD/VB/HvE) in het kader van de consultatie-versie.

70. *Kamerstukken II 2020/21*, 35709, nr. 3, p. 11.

71. Zie diens brief van 7 december 2020 (met kenmerknummer 3090546).

72. 'Het Openbaar Ministerie is totaal geen afspiegeling van de samenleving', *NRC Handelsblad* 23 maart 2021.

73. 'Raad Rotterdam hard over aanpak racisme bij agenten', *NRC Handelsblad* 26 maart 2021, p. 8.

74. Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Politiegeweld en -racisme als (structureel) vormverzuim. Een pleidooi voor meer betrokkenheid van de Hoge Raad bij een belangwekkende maatschappelijke kwestie', *DD 2021/9*, afl. 2.

75. Onze indruk is overigens dat van de wettelijke regeling ter zake van de verhoging bij recidive (art. 43a-b Sr), nu ook niet bepaald gretig gebruik wordt gemaakt in de praktijk.

76. HR 12 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:2, *NJ 2021/31*. Zie over steunbewijs ook HR 23 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:429.

77. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1016, *NJ 2017/447*, m.nt. T. Kooijmans.

78. EHRM 15 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410 (*Schatschschwili/Duitsland*), *NJ 2017/294*, m.nt. B.E.P. Myjer, par. 114.

79. B. de Wilde, *Stille getuigen: Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 442; herhaald in B. de Wilde, 'Het recht getuigen in strafzaken te ondervragen anno 2017', *AA 2017*, afl. 10, p. 787. Ook advocaat-generaal Bleichrodt concludeerde overeenkomstig, *Concl. A-G*

F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:1040, bij HR 12 januari 2021, *NJ 2021/31*, punt 16 e.v.

80. Zie ook de hierna te bespreken zaak EHRM 19 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *NJ 2021/93*, m.nt. W.H. Vellinga (*Keskin*), par. 64, waarin van de zeven 'absent witnesses' werd gezegd dat zij 'decisive' waren (en dus compensatie voor het niet kunnen horen moest worden geboden).

81. Zie daarvoor duidelijk *Concl. A-G* G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2017:569, bij HR 14 december 2017, *NJ 2017/444*, m.nt. T. Kooijmans; en de eerdere kroniek, J.S. Nan, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB 2017/1907*, afl. 35; alsmede in zekere zin T. Kooijmans, annotatie bij HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ 2017/440*. Na de uitspraak meent ook De Werd dat deze uitspraak kon worden verwacht, M. de Werd, 'Turen op Keskin', *NJB 2021/717*, afl. 10, p. 755. Advocaat-generaal Bleichrodt meent dat de uitspraak

niet als witte raaf kan worden afgedaan en noemt de uitkomst op zichzelf niet verrassend, *Concl. A-G* F.W. Bleichrodt,

ECLI:NL:PHR:2021:231 en ECLI:NL:PHR:2021:234, punt 18-19.

82. EHRM 19 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *NJ 2021/93*, m.nt. W.H. Vellinga (*Keskin*). Hierover uitgebreid M. de Werd, 'Turen op Keskin', *NJB 2021/717*, afl. 10, p. 755; en kort 'Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang', *NTS 2021/2*, afl. 1.

83. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, *NJ 2017/440*, m.nt. T. Kooijmans; en HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219, *NJ 2017/441*, m.nt. T. Kooijmans.

84. Zie hierover EHRM 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805 (*Murtazaliyeva/Rusland*), par. 158.

klaard ('prosecution witnesses') herhaalt het EHRM over het ondervragingsrecht van de verdachte nog maar een keer dat 'all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument'. En dan komt het (par. 45):

'Contrary to the situation with defence witnesses, the accused is not required to demonstrate the importance of a prosecution witness. In principle, if the prosecution decides that a particular person is a relevant source of information and relies on his or her testimony at the trial, and if the testimony of that witness is used by the court to support a guilty verdict, it must be presumed that his or her personal appearance and questioning are necessary'.

Het EHRM legt uit dat uit zijn eerdere uitspraken (*Perna* en *Poropat*), anders dan de Hoge Raad meende, niet iets anders kon worden afgeleid.⁸⁵ Bij het nalopen van het stappenschema komt het EHRM tot het oordeel dat de klacht van Keskin slaagt. Het proces tegen hem was oneerlijk, omdat hij zeven getuigen die belastend hadden verklaard niet mocht ondervragen.

Spronken geeft aan dat de toetsingscriteria voor het horen van getuigen naar alle waarschijnlijkheid zullen moeten worden aangepast.⁸⁶ Begrijpen wij het goed, dan is men daar in de praktijk ook al mee bezig. Advocaat-generaal Paridaens geeft in haar conclusie met een beschouwing over deze uitspraak onder meer terecht aan dat de staande en zittende magistratuur 'bij de beoordeling van door de verdediging gedane verzoeken tot het horen van een getuige niet alleen telkens dienen na te gaan of sprake is van een getuige à charge en, zo ja, of de verdediging al in de gelegenheid is gesteld om de betreffende getuige effectief te ondervragen, maar – indien dit laatste niet het geval is – (en dat is nieuw) ook in beginsel steeds wat het belang van de zich in het dossier bevindende verklaring(en) van de betreffende getuige voor het bewijs *kan zijn*'. Advocaat-generaal Bleichrodt merkt op dat de uitspraak in de zaak *Keskin* ertoe noopt in geval van dergelijke verzoeken minder van de verdediging en meer van de rechter te verlangen.⁸⁷ Zoveel is inderdaad al wel duidelijk. Bij de beoordeling van de vraag of de belastende getuige (ter terechtzitting) zal moeten worden gehoord is veel afhankelijk van de proceshouding van de verdachte en het belang van de verklaring. Minder snel ligt het belang van het kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht ten aanzien van een

bepaalde getuige voor de hand in geval de verdachte de beschuldiging grotendeels bekend heeft en/of de verklaring in wezen niet betwist. Het louter horen om het horen lijkt niet nodig.⁸⁸

Voorlopige hechtenis en artikel 5 EVRM

Het was echt een slecht half jaar voor Nederland, want ook op het gebied van de voorlopige hechtenis moesten op 9 februari 2021 drie veroordelingen van het EHRM worden geaccepteerd in de zaken van *Hasselbaink*, *Maassen* en *Zohlandt*.⁸⁹ Met name aan de hand van het Grote kamerarrest *Buzadji/Moldavië* zet het EHRM in alle drie de zaken de regels en verplichtingen van de nationale autoriteiten nog eens op een rij. Op zich kan een verdenking de initiële aanhouding en vrijheidsbeneming rechtvaardigen. Bij ons is dat de periode tot en met de in verzekeringstelling. Maar zodra de rechter eraan te pas komt – en dat moet ingevolge artikel 5 lid 3 EVRM 'promptly' – is dat niet langer voldoende. Bij ons zal de rechter-commissaris bij de vordering tot bewaring moeten bezien of er andere relevante en voldoende dragende gronden zijn voor de vrijheidsontneming. De nationale autoriteiten moeten er dan ook voor zorgdragen dat de zaak met voldoende voortvarendheid wordt behandeld. Kort en krachtig:

'Justification for any period of detention, no matter how short, must be convincingly demonstrated by the authorities'.

Op zich is er niets mis met de gronden die zijn vermeld in artikel 67a Sv. Deze sluiten goed aan bij de redenen die het EHRM voor *pre-trial detention* heeft erkend.⁹⁰ Maar dat een (of meer) van die gronden in eerste instantie aanwezig is, moet in concreto worden onderbouwd en dat gegeven is op den duur niet zonder meer voldoende. Aan de hechtenis moet (voorwaardelijk) een einde komen zodra deze niet langer redelijk is.

Waar het fout gaat in de zaken is niet zozeer dat de klagers in bewaring werden gesteld en gevangen werden gehouden, maar het gemak waarmee de voorlopige hechtenis vervolgens steeds maar voortduurde, zonder dat de gronden daarvoor werden geactualiseerd en zonder dat werd ingegaan op de argumenten van de klagers tegen (of de argumenten van het openbaar ministerie voor) langere voorlopige hechtenis. Opheffings-, schorsingsverzoeken en goed onderbouwde hoger beroepen werden afgedaan met sjablonen, stereotypische redenen of een verwijzing naar de eerdere beslissing. Dat er weliswaar blijkens de proces-verbaal discussie over de voortzetting van de hechtenis was tussen partijen, is voor het EHRM niet voldoende. De rechter zal steeds een gemotiveerde beslissing moeten geven. Het EHRM wijst er fijntjes op dat ons wettelijke systeem dat ook voorschrijft in artikel 24 lid 1 en 78 lid 2 Sv. In alle drie de zaken was sprake van een schending van artikel 5 lid 3 EVRM. In de zaak van *Hasselbaink* was ook artikel 5 lid 4 EVRM geschonden doordat op het verzoek tot opheffing c.q. schorsing van het (derde) bevel tot gevangenhouding pas na tweeëntwintig dagen werd beslist door de Rechtbank Rotterdam. De hierover bij de Presidentie van de rechtbank ingediende klacht werd door haar gegrond verklaard. Aan een oordeel over het feit dat

Bij de beoordeling van de vraag of de belastende getuige (ter terechtzitting) zal moeten worden gehoord is veel afhankelijk van de proceshouding van de verdachte en het belang van de verklaring

Straatsburg dwingt de Nederlandse praktijk op een gegeven moment (steeds) kritisch(er) te gaan kijken naar de redelijkheid van het voortduren van de voorlopige hechtenis

het hoger beroep tegen de afwijzing van het verzoek nog eens zesentwintig dagen in beslag nam, kwam het EHRM daarom niet meer toe. Het probleem zit hem wat ons betreft niet in het wettelijke systeem inzake de voorlopige hechtenis, maar in de uitvoering daarvan. Straatsburg dwingt de Nederlandse praktijk op een gegeven moment (steeds) kritisch(er) te gaan kijken naar de redelijkheid van het voortduren van de voorlopige hechtenis. Het gaat om een hardnekkig probleem, waarbij Nederland zich geregeld moet verdedigen voor het EHRM, met wisselend succes.⁹¹ Ook krijgt de praktijk op gezette tijden kritiek van Nederlandse bodem.⁹²

Smartphone I; het professioneel verschoningsrecht

De Hoge Raad maakte met betrekking tot de inbeslagname van de mobiele telefoon van de kroongetuige in het *Marengo*-proces, een einde aan het verzet daartegen van de Deken van de Amsterdamse Orde van advocaten en de huidige advocaten van de kroongetuige.⁹³ Tijdens zijn detentie zou de kroongetuige de telefoon aan zijn toenmalige raadsman, Derk Wiersum, hebben gegeven. Na diens dood is de telefoon door de advocaat van de nabestaanden in een gesloten enveloppe aan de Deken gegeven, die hem daarna aan de opvolger van Wiersum heeft gegeven. Deze anoniem gebleven advocaat (in de zaak de AA genoemd) is op enig moment door de kroongetuige weer ontslagen en naar zijn zeggen op minder vriendelijke wijze bejegend toen hij desgevraagd weigerde de telefoon bij de kroongetuige te bezorgen. De AA heeft de telefoon vervolgens aan de Deken gegeven en onder hem

is de telefoon inbeslaggenomen. De rechter-commissaris heeft onderzoek laten doen door een zogeheten geheimhouders-officier van justitie en geheimhouders-rechercheurs en vervolgens de inbeslagneming toegestaan, behoudens de correspondentie tussen de kroongetuige en een van diens toenmalige advocaten. Alleen die informatie viel onder het verschoningsrecht. Voor de rest was het – kort gezegd – louter de telefoon van de kroongetuige, waartoe ook zijn advocaten geen toegang hadden of zouden krijgen. De telefoon was enkel aan Wiersum in bewaring gegeven. Deze beschikking heeft tot in cassatie standgehouden, ondanks klaagschriften en cassatieschriften van de Deken en van de huidige raadslieden van de kroongetuige.

Gelet op de eerdere jurisprudentie, die door de Hoge Raad nog eens op een rij wordt gezet, wekt de uitkomst op zich geen verbazing. Het verschoningsrecht is er immers ook niet om bij geheimhouders voorwerpen ‘in de kluis’ te leggen, zoals door de Deken werd betoogd. Zou op de telefoon informatie staan die in potentie voor de geheimhouder bestemd is, dan is het doorgaans een ander verhaal. Dan is die informatie hem als zodanig toevertrouwd. Maar nu alle klagers verder ook niet konden vertellen wat zich op de telefoon bevond en deze niet gemakkelijk toegankelijk te maken was, mocht de rechter-commissaris onderzoek (laten) doen alvorens te beslissen. We wisten al dat van de Hoge Raad de rechter-commissaris zo nodig kennis mag nemen van de stukken (en dat daardoor geen sprake is van een inbreuk op het verschoningsrecht) en dat hij voormelde geheimhouders-functionarissen bij zijn onderzoek mag betrekken als hij zelf niet in staat is de stukken of gegevens te beoordelen. De voorwaarde is dat het verschoningsrecht hierdoor niet in het gedrang komt. Geheimhouders-functionarissen zijn opsporingsambtenaren die niet betrokken zijn bij het concrete strafrechtelijke onderzoek. Zo wordt voorkomen dat het verschoningsrecht door dat onderzoek wordt geschonden. Het meest interessante aan deze laatste uitspraak is dat door de Hoge Raad voor het eerst expliciet wordt geaccordeerd dat die functionarissen ook kennis mogen nemen van de inhoud van de informatie.⁹⁴ Hierdoor komt het verschoningsrecht kennelijk nog steeds niet in het gedrang. Procureur-generaal Silvis geeft in zijn conclusie voor deze zaak aan dat de gemoderniseerde regeling kennisneming van de informatie door een ander dan de rechter-commissaris niet zal toestaan, maar dat het huidige recht die

85. EHRM 19 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, NJ 2021/93, m.nt. W.H. Vellinga (*Keskin*), par. 61: ‘The Court takes this opportunity to reaffirm the general principles relating to the right of an accused to examine or have examined witnesses against him or her, as set out in paragraphs 4445 above, from which it follows that the interest of the defence in being able to have those witnesses examined in its presence must in principle be presumed’.

86. T. Spronken, ‘De zaak Keskin: het EHRM in dialoog met de Hoge Raad’, *NJB* 2021/494, afl. 7, p. 501.

87. Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2021:231 en ECLI:NL:PHR:2021:234.

88. Zie oplossingsgericht D.A.G. van Toor, annotatie bij EHRM 19 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516.

89. EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (*Hasselbaink*), EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (*Zohlandt*) en EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (*Maassen*).

90. EHRM 5 juli 2016,

ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002375507 (*Buzadji*), par. 88: ‘the danger of absconding, the risk of pressure being brought to bear on witnesses or of evidence being tampered with, the risk of collusion, the risk of reoffending, the risk of causing public disorder and the need to protect the detainee’.

91. EHRM 9 december 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1209JUD001591108, NJ 2015/281, m.nt. B.E.P. Myjer (*Geisterfer/Nederland*); EHRM 5 juli 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD002883104, NJ 2007/632, m.nt. T.M. Schalken (*Kanzi/Nederland*).

92. Zie bijvoorbeeld D.A.G. van Toor, ‘Onterecht in voorarrest’, *NJB* 2018/447, afl. 9, p. 613 en Y. Buruma, ‘Voorlopige hechtenis: een buikpijndossier’, *NJB* 2021/905, afl. 13, p. 965.

93. HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193.

94. Al zat het al een beetje in HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048. Over die eventuele kennisneming door geheimhouders-functionarissen zie kritisch J.S. Nan, ‘De praktische kanten van beslag, beklag en het professioneel verschoningsrecht’, *TBS&H* 2020, afl. 6.

Op zich twifelen wij niet aan de professionaliteit en integriteit van de gemiddelde geheimhouders-functionarissen, maar zij zijn wel degelijk onderdeel van ‘de opsporing’ en niet de (zittende) magistratuur

beperting niet kent.⁹⁵ Nu de rechter-commissaris zich ervan heeft vergewist dat in dit geval de geheimhouders-functionarissen niet betrokken waren bij het *Marengo*-onderzoek, kan ook hij met de uitkomst leven.

Op zich twifelen wij niet aan de professionaliteit en integriteit van de gemiddelde geheimhouders-functionarissen, maar zij zijn wel degelijk onderdeel van ‘de opsporing’ en niet de (zittende) magistratuur. De distantie tussen dat wat geheim moet blijven en degenen voor wie wordt zo te klein en de kring van personen die in weerwil van het verschoningsrecht toch op de hoogte raakt van hetgeen een betrokkene aan een verschoningsgerechtigde heeft medegedeeld, wordt steeds groter. Wat is er mis met het aanwijzen c.q. creëren van één groter kabinet-rechter-commissaris, dat goed geoutilleerd wordt om de rechter-commissaris wél steeds in staat te stellen in eigen beheer de potentiële geheimhouderstukken eruit te filteren en het twee-ogen-principe aan te houden? Deze oplossing wordt, zoals al vermeld, ook niet voor niets als verbetermogelijkheid genoemd in het recente onderzoek naar de doorlooptijden in geval van een beroep op het professionele verschoningsrecht.⁹⁶

Smartphone II; gedwongen ontgrendeling smartphone

In een vordering tot cassatie in het belang der wet legde advocaat-generaal Bleichrodt de kwestie van de gedwongen ontgrendeling van een smartphone voor aan de Hoge Raad.⁹⁷ In het kort: van de aangehouden en geboeide verdachte werd via zijn duimafdruk diens iPhone toegankelijk gemaakt voor onderzoek door de opsporing. Dit mocht van de Rechtbank Noord-Holland.⁹⁸ Na een gang langs onder meer het wettelijke kader en de Straatsburgse en Nederlandse rechtspraak over het nemo tenetur-beginsel, komt Bleichrodt tot de conclusie dat dit Haarlemse oordeel juist is. De regels omtrent de inbeslagneming (hij vermeldde naast artikel 94, 95 en 96 Sv ook artikel 141 en 148 Sv) vormden de grondslag voor het handelen. En vanwege de geringe mate van dwang is evenmin sprake van een schending van het nemo tenetur-beginsel zoals erkend in artikel 6 EVRM en de (inter)nationale rechtspraak. Om toch een uitspraak aan de Hoge Raad te ontlokken, poneerde hij in zijn vordering het tegenovergestelde. Van de Hoge Raad krijgt Bleichrodt, zoals mocht worden verwacht, (on)gelijk. De verdachte was in het onderhavige geval inderdaad evenmin gedwongen bewijs tegen zichzelf te leveren. De Hoge Raad stelt bij zijn oordeel voorop dat ‘in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat een verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal’. Met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel is volgens hem beslissend

‘of het gebruik tot het bewijs van het onder dwang van de verdachte verkregen materiaal in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen’. Dat was in casu volgens de Hoge Raad niet het geval, vooral omdat ter bewijsverkrijging slechts een zeer geringe mate van fysieke dwang was toegepast.

Smartphone III; EU-Hof te Luxemburg doet een duit in het zakje

Nu we het toch over smartphones hebben, moet ook gewezen worden op de uitspraak van het EU-Hof van 2 maart 2021 in de zaak *H.K.*⁹⁹ Daarin werd geoordeeld dat uit artikel 15 lid 1 Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, gelezen in het licht van artikel 7, 8 en 11 en artikel 52 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, volgt dat bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten de toegang ‘tot een reeks verkeers- of locatiegegevens die informatie kunnen verschaffen over de communicaties van een gebruiker van een elektronische-communicatiemiddel of over de locatie van de door hem gebruikte eindapparatuur en waaruit precieze conclusies kunnen worden getrokken over zijn persoonlijke levenssfeer’, moet worden beperkt ‘tot procedures ter bestrijding van zware criminaliteit en ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid’. Daarbij maakt het niet uit wat de duur is van die toegang, noch wat de hoeveelheid en de aard van de gegevens zijn die voor die periode beschikbaar zijn. Niet alleen aan de proportionaliteit worden in deze uitspraak eisen gesteld. De autoriteit die de toestemming voor de toegang tot de gegevens verleent moet objectief en onpartijdig en zonder beïnvloeding van buitenaf haar werk kunnen verrichten. Dit is nodig om ‘een juist evenwicht te verzekeren tussen, enerzijds, de belangen die verband houden met de behoeften van het onderzoek in het kader van de bestrijding van criminaliteit, en, anderzijds, de fundamentele rechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op bescherming van de persoonsgegevens van de personen op wier gegevens de toegang betrekking heeft’. De machtiging moet daarom naar aanleiding van een met redenen omkleed verzoek worden verleend ‘door een rechterlijke instantie of door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit’. Het ontbreken van die voorafgaande controle kan niet worden verholpen aan de hand van een latere, door een rechterlijke instantie verrichte toetsing van de rechtmatigheid van de toegang van een nationale instantie tot verkeers- en locatiegegevens. En volgens het Luxemburgse hof mag een openbaar ministerie ‘dat tot taak heeft de strafprocedure in te leiden en, in voorkomend geval, in een latere procedure op te treden als openbaar aanklager’, niet zelf over de toegang beslissen. Een dergelijk openbaar

ministerie is geen rechterlijke autoriteit en evenmin een onafhankelijke bestuurlijke entiteit. Dat betekent dat onze officier van justitie aldus niet altijd zonder meer zelfstandig een vordering zou mogen doen om verkeers- en locatiegegevens te verkrijgen (zie vooral artikel 126n Sv). Hij leidt immers de opsporing, neemt de vervolgingsbeslissing én is op de terechtzitting de aanklager. Voorstelbaar is dat de rechter-commissaris zal moeten worden geadieerd.

Het Hof hint in de uitspraak, ook onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, op bewijsuitsluiting ter voorkoming van een schending van het recht op een eerlijk proces:

‘Bij de beoordeling of informatie en bewijzen die in strijd met de voorschriften van het Unierecht zijn verkregen, moeten worden uitgesloten, moet met name worden nagegaan of de aanvaarding van dergelijke informatie en bewijzen schending van het beginsel van hoor en wederhoor en dus ook van het recht op een eerlijk proces tot gevolg kan hebben.’ Bewijsuitsluiting is nodig als een ‘partij niet in de gelegenheid is om doeltreffend commentaar te leveren op een bewijsmiddel dat betrekking heeft op een gebied waarvan de rechters geen kennis hebben en dat een doorslaggevende invloed kan hebben op de beoordeling van de feiten, moet vaststellen dat het recht op een eerlijk proces hierdoor wordt geschonden. (...) Bijgevolg brengt het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale strafrechter de verplichting mee om informatie en bewijzen die door middel van een met het Unierecht onverenigbare algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens dan wel via toegang daartoe door de bevoegde instantie in strijd met dit recht zijn verkregen, in het kader van een strafrechtelijke procedure

tegen personen die worden verdacht van strafbare handelingen buiten beschouwing te laten indien die personen niet in de gelegenheid zijn om doeltreffend commentaar te leveren op die informatie en die bewijzen, die betrekking hebben op een gebied waarvan de rechter geen kennis heeft en een doorslaggevende invloed kunnen hebben op de beoordeling van de feiten.’

Wij begrijpen dat over deze uitspraak binnen de opsporing wel enige tumult is ontstaan. Of, bij ons via de band van artikel 359a Sv, in veel gevallen daadwerkelijk tot bewijsuitsluiting moet worden overgegaan, is nog maar de vraag. Er dient in ieder geval wel voldoende aandacht te worden besteed aan de eventuele schending van het EU-recht op dit punt en de verdediging moet daarvoor de ruimte krijgen. Maar, ter vergelijking, dat moest zij van het EHRM in beginsel altijd al in geval van beweerdelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Het uiteindelijk niet uitsluiten van (betrouwbaar) bewijs is dan in principe geen punt.¹⁰⁰

Overzichtsarrest vormverzuimen

Nadat advocaat-generaal Bleichrodt afgelopen zomer de Hoge Raad in twee omvangrijke conclusies een aanzet gaf om het beoordelingskader van artikel 359a Sv te herijken,¹⁰¹ blijkt de Hoge Raad terughoudend omdat hij de wetgever niet voor de voeten wil lopen. Ruimte ziet de Hoge Raad wel voor het nuanceren en bijstellen van de precieze formulering en enkele maatstaven binnen dat beoordelingskader.¹⁰² De Hoge Raad blijft erbij dat de strafrechter niet tot taak heeft de integriteit en rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie ‘als geheel’ te bewaken. De Hoge Raad meent, net als de advocaat-generaal, dat hij daartoe ook niet in staat is.¹⁰³ Hoewel enige signaalwerking van de uitspraak van de

De Hoge Raad blijft erbij dat de strafrechter niet tot taak heeft de integriteit en rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie ‘als geheel’ te bewaken. De Hoge Raad meent, net als de advocaat-generaal, dat hij daartoe ook niet in staat is

95. Concl. A-G J. Silvis, ECLI:NL:PHR:2021:18, bij HR 12 januari 2021, NJ 2021/31.

96. V. de Berk, W. Jongebreur & S. Klufft, *Beroepen op het professioneel verschoningsrecht. Doorlooptijden en gevolgen voor strafrechtelijk onderzoek* (WODC), Den Haag: Boom juridisch 2021.

97. Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:927, bij HR 9 februari 2021, SR-Updates.nl 2021-0038, m.nt. P.C. Verloop.

98. De uitspraak Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568

is eerder in de kroniek besproken, J.S. Nan, ‘Kroniek van het straf(proces) recht, NJB 2019/827, afl. 15, p. 1035.

99. HvJ EU 2 maart 2021, ECLI:EU:C:2021:152. Zie de nuttige blog van S. van 't Hullenaar & J. Kuijper, ‘Onderzoek in smartphones: klare taal gewenst’, www.vcas.nl/index.php/blog/, 24 maart 2021.

100. Zie onder meer EHRM 10 maart 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ2228 (*Bykov*), par. 90: ‘In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had to whether the rights of the defence were

respected. It must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use.’

101. Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:655, bij HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1888 en Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:654, bij HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

102. De zaak HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1888 werd met art. 81 RO afgedaan. De algemene beschouwingen zijn terug te vinden in HR 1 december

2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 en HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890.

103. Dat is gelegen in het feit dat een groot deel van de vormverzuimen buiten het zicht van de zittingsrechter blijft. Vgl. M. Samadi, ‘Policing the police: het toezicht op de opsporing’, *DD* 2016/37, afl. 6; J.S. Nan en D. Bektesevic, ‘Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?’, *DD* 2017/22, afl. 3; en R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Den Haag: Wolters Kluwer 2014.

strafrechter zal mogen uitgaan, moet de rechtvaardiging voor een rechtsgevolg bij de Hoge Raad toch vrijwel uitsluitend gezocht worden in de *concrete zaak* en de concrete belangen van de verdachte die zouden zijn geschonden. Dat geeft enige wrijving met de in de literatuur genoemde ‘inherente’ taak van de strafrechter op dit punt.¹⁰⁴ Uit het onderzoek van Samadi blijkt dat de Hoge Raad dus naar anderen, zoals de officier van justitie, wijst voor het toezicht op de opsporing, terwijl die officier van justitie zich bij zijn taak dan weer richt op de regels van de Hoge Raad.¹⁰⁵ Bleichrodt ziet iets meer ruimte om de perspectieven ten aanzien van de toepassing van artikel 359a Sv aan bod te laten komen. Een ander belangrijk onderdeel van de uitspraak betreft de reden c.q. het relevante perspectief voor toepassing van artikel 359a Sv. Die kan gelegen zijn in het waarborgen van het recht op een eerlijk proces en dan is de toepassing noodzakelijk om een schending van artikel 6 EVRM te voorkomen (bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte/tegemoetkomingsperspectief).¹⁰⁶ Is dat recht echter niet in het geding, dan volgt ten aanzien van de toepassing naar de kern bezien een belangenafweging. De Hoge Raad erkent daarbij de met vervolging en berechting gemoeide belangen van waarheidsvinding en de bestraffing van daders van strafbare feiten (primaat van criminaliteitsbestrijding) en de met handhaving van grondrechten en bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek gemoeide belangen (constitutioneel, preventie en/of integriteitsperspectief). Ook benadrukt de Hoge Raad voorts heel sterk het subsidiariteitsbeginsel, een uitgangspunt dat ook door Bleichrodt onderkend wordt. Indien mogelijk moet de strafrechter volstaan met de minst ingrijpende consequentie, als niet kan worden volstaan met het constateren dat een vormverzuim is begaan. Dat is ook in lijn met de idee van de wetgever medio jaren negentig.¹⁰⁷

Het arrest komt (te) kort gezegd op het volgende neer. De Hoge Raad verschaft desgevraagd duidelijkheid over de vormverzuimen buiten het bereik van voorbereidend onderzoek, maar veel ruimte voor een andersluidend oordeel was er wellicht niet. In Straatsburg kent men immers geen voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 132 Sv, en – temeer – nu het recht op een eerlijk proces het kader vormt voor het sanctioneren van vormverzuimen, lijkt het onverstandig voorbij te gaan aan de verzuimen die buiten het aanvankelijke toepassingsbereik worden begaan. Een en ander is ook in lijn met hetgeen de concept-wetgever beoogt. Voor het overige geldt dat de nuancering en verduidelijking van de Hoge Raad nog

steeds een vrij rigide beeld laten zien van de toepassing van artikel 359a Sv, en in zoverre gaat onze hoogste rechter slechts mondjesmaat mee in de uitgebreide voorzet van Bleichrodt. Het lijkt erop dat de discussie hiermee is platgeslagen. Het is verder kennelijk aan de moderne wetgever in het wetsgevingsproces inzake het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Waar de advocaat-generaal meer ruimte ziet voor een meer preventieve werking, blijkt uit het nieuwe overzichtsarrest dat met het verbinden van het rechtsgevolg aan het vormverzuim weinig signaalwerking (buiten de concrete zaak om) wordt beoogd. Samadi, Dubelaar & Pitcher stellen dat ten onrechte het subsidiariteitsbeginsel uitdrukkelijk aan het instrumentele doel van het strafrecht wordt gekoppeld en een zuivere belangenafweging niet op voorhand bepaalde rechtsgevolgen zou moeten uitsluiten.¹⁰⁸ Bij gebrek aan interne controle en juist omdat de zittingsrechter slechts het topje van de ijsberg onder ogen krijgt, valt er iets voor te zeggen dat hij – na de belangenafweging – niet te terughoudend hoeft te zijn in het verbinden van rechtsgevolgen aan het verzuim. Wij vertalen dat zo. Om tot een afschrikwekkende werking van processuele sancties te komen moet bij een lage pakkans volgens de rechtseconomen de strafmaat worden verhoogd. Alleen dan kan een afdoende strafrisico tot gedragsverandering leiden.

Een week later zag de Hoge Raad kans diens jurisprudentie, in het bijzonder inzake het voorbereidend onderzoek als drempel voor toepassing voor artikel 359a Sv, te herhalen.¹⁰⁹ Een politieambtenaar constateerde in zijn privé-tijd een hennepkwekerij in het huis van een vriend. Op basis van zijn informatie is de politie een opsporingsonderzoek gestart en is de hennepkwekerij ontmanteld. Verdachte heeft aangegeven dat hij zijn vriend nadrukkelijk geen toestemming verleende om de slaapkamerverdieping te betreden. De verdediging meent derhalve dat de ontdekking van de kwekerij onrechtmatig was en alle informatie die nadien en door dit vormverzuim is vergaard, van het bewijs moet worden uitgesloten. In cassatie klaagt de verdediging dat het hof ten onrechte het verweer strekkende tot bewijsuitsluiting heeft verworpen. Daar gaat de Hoge Raad niet in mee en hij oordeelt in lijn met het hof dat de opsporingsambtenaar in privé-tijd geen opsporingshandelingen als bedoeld in artikel 132a Sv heeft verricht.

Mitch Henriquez

Bijna zes jaar na de fatale aanhouding van Mitch Henriquez doet de Hoge Raad uitspraak in de strafzaak tegen de verdachte.¹¹⁰ Onze hoogste rechter ziet zich onder meer voor de vraag gesteld of de toegepaste nekklem voldoet

De aanleg van deze nekklem behoeft onder de gegeven omstandigheden op zichzelf geen onaanvaardbaar middel te zijn teneinde de persoon aan te houden. Het is de uitvoering daarvan door de verdachte die de grenzen in het onderhavig geval heeft overschreden

aan de vereisten van artikel 42 Sr en artikel 7 lid 1 en 5 Politiewet 2012, in het bijzonder aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Een politieambtenaar in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening is bevoegd geweld te gebruiken, wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik hiervan verbonden gevaren, rechtvaardigt en het doel niet op andere wijze kan worden bereikt. De 75 seconden durende nekklem kon volgens het hof niet aan die vereisten voldoen. Dit oordeel getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. De verdachte heeft zodoende zijn bevoegdheid om een nekklem toe te passen overschreden. De aanleg van deze nekklem behoeft onder de gegeven omstandigheden op zichzelf geen onaanvaardbaar middel te zijn teneinde de persoon aan te houden. Het is de uitvoering daarvan door de verdachte die de grenzen in het onderhavig geval heeft overschreden. Daarbij neemt de Hoge Raad expliciet in aanmerking dat het hof heeft vastgesteld dat nog vier agenten bezig waren het slachtoffer onder controle te brengen, terwijl hij tijdens de toepassing van de nekklem op zijn buik lag. Dan lijkt een (lang aangelegde) nekklem letterlijk en figuurlijk op overkill.

Aan artikel 42 Sr zal een nieuwe strafuitsluitingsgrond worden toegevoegd, luidende:

'Niet strafbaar is de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt'.¹¹¹

Dit wetsvoorstel (Geweldsaanwending opsporingsambtenaar) ligt al geruime tijd bij de Eerste Kamer, maar is ten tijde van het schrijven van deze kroniek nog altijd niet in het *Staatsblad* verschenen.¹¹² Na de recente maatschappelijke ontwikkelingen kan het voorstel volgens Ter Haar nog op weinig sympathie rekenen.¹¹³ Het is dan wellicht een geruststellende gedachte dat de nieuwe wetsbepaling in de zaak *Mitch Henriquez* (waarschijnlijk) niet tot een andere uitkomst had geleid. Om met voornoemde auteur te spreken: de overschrijding van de proportionaliteitseisen door de nekklem te lang en onder fysieke druk van nog eens vier andere politieagenten aan te leggen, maakt dat de politieagent ook op grond van het nieuwe recht geen gerechtvaardigd beroep zou zijn toegekomen op de strafuitsluitingsgrond van (voorgesteld) artikel 42 lid 2 Sr. Een verweer dat die overschrijding het gevolg is van een povere inschattingfout, zou niet kunnen slagen.

Corona-actualiteiten

De corona-actualiteiten rechtvaardigen ook in deze kroniek aparte aandacht. Zowel in formeelrechtelijke als materieelrechtelijke zin heeft het coronavirus aangezet tot rechtsontwikkeling binnen de rechtspraak. Zo wees de Hoge Raad allereerst twee formeelrechtelijke arresten, waarvan één cassatie in het belang der wet. De vraag die in de laatstgenoemde zaak voorlag, was of één van de raadsheren van het Hof Den Haag aan de inhoudelijk behandeling mocht deelnemen via Skype vanuit thuis-quarantaine.¹¹⁴ De fysieke aanwezigheid in de zittingszaal wordt besproken in het licht van het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder het daaronder begrepen beginsel van openbaarheid. Op het eerste oog lijkt de gang van zaken in casu weinig problematisch, nu het een jeugdzaak betrof die op grond van artikel 495b lid 1 Sv in de regel achter gesloten deuren plaatsvindt, en zowel de verdediging als de advocaat-generaal hebben ingestemd met de fysieke afwezigheid van de raadsheer. De Hoge Raad besteedt echter geen bijzondere aandacht aan (het gesloten karakter van) de jeugdzitting, maar bespreekt meer in het algemeen de situatie waarin zaken wél in het openbaar plaatsvinden. Op het uitgangspunt van een fysieke terechtzitting is op grond van artikel 28 Tijdelijke wet COVID-19 een uitzondering gemaakt. In bepaalde gevallen is het namelijk mogelijk de mondelinge behandeling door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel te laten plaatsvinden. Uitzonderingen dáárop, waarvoor het uitgangspunt van een fysieke zitting in beginsel blijft gelden, zijn de behandeling van een vordering tot (verlenging van de) gevangenhouding of gevangenneming en de inhoudelijke behandeling van een strafzaak. In casu ging het om dat laatste; de raadsheer was fysiek afwezig tijdens de inhoudelijke behandeling. In dat geval wordt sterk vastgehouden aan de met de openbaarheid samenhangende belangen: optimale communicatie tussen de betrokkenen op zitting en de mogelijkheid van waarneming van non-verbale uitingen bij het (ver)horen en ondervragen van personen. De Hoge Raad komt evenwel tot het oordeel dat de betreffende werkwijze in casu niet zonder meer onverenigbaar is met het Wetboek van Strafvordering en de Tijdelijke wet COVID-19. De keerzijde is namelijk dat voortvarendheid binnen de rechtspraak komt te lijden onder de rigide regels voor deelname aan de terechtzitting anders dan door fysieke aanwezigheid. De niet-fysieke deelname wordt vervolgens wel beperkt tot een van de rechters (van een meervoudige kamer).¹¹⁵

^{104.} Zie bijvoorbeeld K.M. Pitcher en M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', *DD* 2018/59, afl. 9.

^{105.} Zie handzaam M. Samadi, 'Het toezicht op de opsporing vanuit de officier van justitie', *TBS&H* 2021, afl. 2 (nog te verschijnen).

^{106.} Zie ook M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25, afl. 4.

^{107.} *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25-26 (MvT).

^{108.} M. Samadi, M.J. Dubelaar en K.M.

Pitcher, 'Korte metten met politiegeweld? Een kritisch reflectie op de lijn van de Hoge Raad inzake toepassing van artikel 359a Sv bij excessief politiegeweld', *NJB* 2021/792, afl. 11, p. 827.

^{109.} HR 8 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1975, *NJ* 2021/12.

^{110.} HR 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211.

^{111.} *Kamerstukken I* 2019/20, 34641, nr. A.

^{112.} De laatste stand van zaken betreft een verslag van een nader schriftelijk overleg

met de Minister van Justitie en Veiligheid naar aanleiding van het toezenden van het advies van de Raad van State bij het ontwerpbesluit inzake de wijziging van de Ambtsinstructie (27 januari 2021), *Kamerstukken I* 2020/21, 34641, nr. I.

^{113.} R. ter Haar, 'Politiengeweld en de herziening van de berechting van agenten na George Floyd: een analyse', *AA* 2021, afl. 2; P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Politiengeweld en -racisme als (structureel) vormverzuim. Een pleidooi voor meer betrokkenheid van de Hoge Raad bij een belangwekkende

maatschappelijke kwestie' *DD* 2021/9, afl. 2.

^{114.} HR 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2037, *NJ* 2021/108, m.nt. R.J.B. Schutgens (red.).

^{115.} Voor politierechterzittingen gaat deze uitzondering aldus niet op. Daarnaast merkt de Hoge Raad in zijn arrest op dat de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie steeds fysiek aanwezig moet zijn, net als de griffier gelet op art. 326 Sv. De verdediging heeft een recht om aanwezig te zijn.

Die rechter moet zich een goed beeld kunnen vormen van hetgeen zich in de rechtszaal afspeelt, ongehinderd kunnen deelnemen aan de communicatie tussen de procesdeelnemers en zichtbaar zijn voor de aanwezigen in de rechtszaal. Met het oog op deze waarborgen ziet de Hoge Raad zich genoodzaakt, in aanvulling op de wettelijke regeling, voorwaarden te verbinden aan de niet-fysieke deelname aan (de inhoudelijke behandeling van) de terechtzitting. Zo moet de deelname geschieden via een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel dat voldoet aan de vereisten van artikel 4 lid 1 Besluit videoconferentie en mag de rechter die op deze wijze deelneemt niet de voorzitter van de kamer zijn. De voorzitter neemt de beslissing of de zaak tijdens de fysieke zitting inhoudelijk kan worden behandeld terwijl een van de andere rechters elders deelneemt via het genoemde communicatiemiddel. De aard van de zaak mag zich niet tegen deze wijze van behandeling verzetten en zowel de verdediging als de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie worden in de gelegenheid gesteld hun zienswijze kenbaar te maken. Ten slotte zal de voorzitter het onderzoek ter terechtzitting moeten onderbreken als blijkt dat de communicatie niet naar behoren verloopt of dat zich anderszins omstandigheden voordoen die zich verzetten tegen de voortzetting daarvan. Al dan niet op verzoek van de verdediging dan wel de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie vindt aanhouding van de zitting plaats.

Is hiermee de balans tussen een eerlijk proces en de voortvarendheid van het strafproces gevonden? Het komt ons voor dat met inachtneming van de genoemde voorwaarden en waarborgen het antwoord daarop bevestigend luidt. Mocht de verdediging menen dat het recht op een eerlijk proces te lijden heeft onder de voortvarendheid, bestaat voor haar nog altijd de mogelijkheid om om aanhouding te verzoeken en bij afwijzing daartegen in beroep te komen. Het zijn bijzondere tijden en het is daarom even schipperen tussen de diverse uitgangspunten van ons strafproces en de belangen die dat proces allemaal dient.

In een tweede arrest staat de openbaarheid van de zitting eveneens centraal.¹¹⁶ Op 26 maart 2020 werd in eerste aanleg de 'openbare zitting' gehouden van de strafzaak. Ruim een week daarvoor was de toegankelijkheid van gerechtsgebouwen beperkt vanwege het coronavirus, met als gevolg dat publiek tijdelijk niet werd toegelaten, de pers uitgezonderd. In cassatie klaagt de verdediging dat de behandeling van de strafzaak en de uitspraak van de rechtbank niet in het openbaar hebben plaatsgevonden. De Hoge Raad acht het oordeel van de rechtbank¹¹⁷ niet onbegrijpelijk, nu zij op goede gronden heeft gemeend dat de controleerbaarheid voldoende gewaarborgd is en de inbreuk op de openbaarheid slechts beperkt is gebleven. Daarnaast wordt gewezen op andere mogelijkheden die de openbaarheid kunnen waarborgen, zoals het publiceren van de uitspraak, hetgeen in het onderhavige geval is gebeurd.

Op materieelrechtelijk vlak geeft het coronavirus een nieuwe inhoud aan delicten. Spugen in het gezicht werd in de regel gekwalificeerd als belediging (door een feitelijkheid) en onder meer uitzonderlijke omstandigheden kon dit worden gekwalificeerd als eenvoudige mishandeling. Aan dat rijtje van kwalificaties wordt nu bedreiging met zware mishandeling als bedoeld in artikel 285 Sr toege-

voegd. Op 9 februari 2020 beoordeelde de Hoge Raad namelijk de klacht dat uit de door het hof gebruikte bewijsmiddelen niet zonder meer kon volgen dat bij de verbalisanten, die door verdachte in het gezicht zijn gespuugd, in redelijkheid de vrees kon ontstaan dat zij door besmetting met het coronavirus zwaar lichamelijk letsel zouden kunnen oplopen. Advocaat-generaal Bleichrodt meent dat die klacht slaagt.¹¹⁸ De overwegingen van het hof, inhoudende dat verdachte gericht naar de verbalisanten heeft gespuugd, hij wist dat het coronavirus zich via speeksel door de lucht kan verspreiden en dat verbalisanten door de wijde verspreiding van de *nevel* van het speeksel vreesden voor hun gezondheid, rechtvaardigen de bewezenverklaring niet zonder meer. Daarvoor zouden volgens de advocaat-generaal meer concrete feiten en omstandigheden zijn vereist, ook al was ten tijde van het delict nog veel onduidelijk over de verspreiding van het virus. Daarbij betreft hij in casu onder meer op welke afstand de verdachte richting de verbalisanten heeft gespuugd (3-4 meter) en de plek waar diens speeksel op de grond is gekomen (2 meter). Die concreetheid verlangt de Hoge Raad in het onderhavige geval niet en het middel faalt. Het lijkt erop dat de Hoge Raad bij diens oordeel rekening heeft gehouden met de periode waarin dit feit plaatsvond en de stand van de wetenschap en de kennis over het virus destijds. Het bewezenverklarde feit vond plaats op 26 april 2020. Hij haalt een overweging van het hof aan inhoudende dat het virus Nederland in zijn greep hield en er op dat moment nog veel onzekerheden bestonden over de aard en de verspreiding van het virus. In zoverre is het niet onbegrijpelijk dat de verbalisanten bij die stand van zaken in redelijkheid mochten vrezen voor hun gezondheid. Het arrest zou dan niet zo moet worden begrepen dat zolang het coronavirus ons land in zijn greep houdt, spugen naar of in het gezicht van een ander *steeds* tot een bewezenverklaring van bedreiging met zware mishandeling kan leiden. Gegeven de inmiddels vergaarde kennis over het virus ligt het in de rede dat de strafrechter zich bij een tenlastelegging ter zake van artikel 285 Sr concreter uitlaat over de feitelijke omstandigheden. Een aspect kan nog zijn of het slachtoffer mocht denken dat de spuger besmet was of zou kunnen zijn c.q. in ieder geval niet was ingeënt. U ziet: het strafrecht is niet immuun voor discussies van virologische aard.

5. Slot

Bij alle ketenpartners is werk aan de winkel, waarbij het maar de vraag is of de budgetten voor de nodige verbeteringen en modernisering gedekt zullen zijn. Dat is voor een deel aan het nieuwe kabinet, dat moet besluiten waar wel en waar misschien geen geld voor is. Vanuit Straatsburg en Luxemburg kwamen het afgelopen half jaar arresten die zullen moeten worden verwerkt. Over een half jaar maar weer een nieuwe momentopname dus. •

¹¹⁶ HR 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2037, NJ 2021/108, m.nt. R.J.B. Schutgens (red.).

¹¹⁷ In casu ging het om de behandeling van een uitleveringsverzoek, tegen welke uitspraak van de rechtbank op grond van

art. 31 Uitleveringswet (direct) cassatie kan worden ingesteld.

¹¹⁸ Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:1152, bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:190.