

# De invloed van spijtbetuigingen op de strafmaat in fiscale strafzaken

mr. D.J.E. de Kruif en mr. N. van den Boom<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

*'Het spijt me, vergeef me. Anders kan ik het niet zeggen. Er valt van alles uit te leggen.'* Deze spijtbetuing werd pakkend bezongen door Anita Meijer, maar zou ook goed door een verdachte ter zitting naar voren kunnen worden gebracht. In het strafrecht zien we spijtbetuigingen door verdachten steeds vaker voorkomen en het al dan niet tonen van berouw wordt geregeld ook uitdrukkelijk door de rechter meegenomen bij de straftoemeting.

Een recent voorbeeld is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de zaak van de terroristische aanslag op Amsterdam Centraal waarbij Amerikaanse toeristen werden neergestoken. In dit proces werd door de rechtbank in het kader van de straftoemeting bijzondere aandacht geschonken aan de vraag of de verdachte wel spijt had van zijn handelen. Zo overwoog de rechtbank:<sup>2</sup>

*“Verdachte heeft er op geen enkel moment blijk van gegeven spijt of berouw van zijn daden te hebben: hij heeft zelfs op geen enkel moment laten blijken dat hij oog heeft voor wat hij zijn slachtoffers heeft aangedaan. Hij had daar wel ruimschoots de gelegenheid toe, bijvoorbeeld nadat de slachtofferverklaringen waren voorgelezen, waardoor voor een ieder andermaal indringend duidelijk werd dat de vier Amerikaanse slachtoffers hun hele verdere leven de zeer ernstige gevolgen moeten ondervinden van hetgeen verdachte heeft aangericht. Verdachte heeft weliswaar verklaard dat het niet zijn bedoeling was om niet-Nederlanders te raken, maar dat kan niet worden opgevat als een spijtbetuing. Dit temeer nu verdachte herhaaldelijk heeft aangekondigd dat hij weer*

*hetzelfde zal doen als hij in zijn religieuze gevoelens beledigd wordt.”*

Uit deze zaak volgt dat de strafrechter bij zijn beoordeling uitdrukkelijk meeweegt of de verdachte al dan niet spijt of berouw heeft getoond. Het uitblijven van een spijtbetuing wordt hier ook meegenomen in de beoordeling of sprake is van gevaar voor recidive. In deze zaak lijkt meer gewicht aan het uitblijven van een spijtbetuing te worden toegekend, nu volgens de Rechtbank de verdachte zelfs op geen enkel moment heeft laten blijken dat hij oog heeft gehad voor wat hij zijn slachtoffers heeft aangedaan. In deze zaak speelden de belangen van de slachtoffers een prominente rol. Het ging hier om duidelijk aan te wijzen slachtoffers, die een vordering benadeelde partij hadden ingediend.

De vraag die daarbij rijst is hoe de rechter omgaat met spijtbetuigingen als een individueel slachtoffer niet eenvoudig is aan te wijzen. Heeft dit invloed op het gewicht dat wordt toegekend aan de spijtbetuing? In het bijzonder strafrecht, en meer specifiek het fiscale strafrecht, kan namelijk vaak niet worden gesproken van een individueel slachtoffer,<sup>3</sup> maar is de gehele maatschappij uiteindelijk – bijvoorbeeld vanwege belastingnadeel – slachtoffer van het handelen van de verdachte. In dit artikel gaan wij eerst in algemene zin in op de spijtbetuing als factor bij de strafoplegging, daarna staan wij stil bij de wijze waarop de rechter specifiek in fiscale strafzaken omgaat met spijtbetuigingen door de verdachte. Ten slotte plaatsen wij een kritische noot bij het feit dat het uitblijven van een spijtbetuing van een ontkenkende verdachte of verdachte die zich beroept op het zwijgrecht nog wel eens als strafverzwarende omstandigheid bij de strafmaatbepaling wordt betrokken.

1. Daniëlle J.E. de Kruif is advocaat bij De Bont Advocaten te Amsterdam. Nikkie van den Boom was ten tijde van het schrijven van dit artikel advocaat bij De Bont Advocaten te Amsterdam. Per 1 maart 2020 werkt zij bij de Afdeling Europees Recht van de Directie Juridische Zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

2. Rechtbank Amsterdam 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7566.

3. Blijkens art. 51a Sr kan diegene als slachtoffer worden aangemerkt die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden. Met het slachtoffer wordt daarnaast gelijkgesteld de rechtspersoon die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden.

## 2. Spijtbetuiging als strafverminderende omstandigheid

Indien de rechter in een strafzaak tot een bewezenverklaring komt en overgaat tot de beslissing omtrent de strafsoort, -maat en -modaliteit, dan wordt niet slechts gekeken naar de strafmaxima die worden genoemd in de strafbepaling in kwestie. De rechter neemt ook de persoonlijke omstandigheden van de verdachte bij deze beslissing in aanmerking. Welke specifieke persoonlijke omstandigheden dit zijn, volgt niet rechtstreeks uit de wet en is dus niet vastomlijnd. Dat is ook logisch; strafoplegging is immers maatwerk. De hoeveelheid aan jurisprudentie alsook kamerstukken en rapporten geven echter een goed beeld welke persoonlijke omstandigheden de rechter bij zijn beslissing in aanmerking kan nemen.<sup>4</sup> Uit het eindrapport Pilot Project motiveringsverbeteringen in strafzaken (PROMIS) volgt dat onder persoonlijke omstandigheden van de verdachte in algemene zin onder meer wordt verstaan:<sup>5</sup>

*“Persoonlijke omstandigheden van verdachte (subjectieve factoren):*

- *Leeftijd van de verdachte (relatief jong, oud),*
- *Het motief*
- *De lichamelijke en geestelijke gezondheid, de mate van toerekeningsvatbaarheid*
- *Recidive gevaar, documentatie, proceshouding, schuldbesef, berouw, gevolgen van het tijdsverloop voor verdachte.”*

In dit eindrapport is specifiek ingegaan op de reikwijdte van de persoonlijke omstandigheden. Een wenselijke ontwikkeling, nu het project als doelstelling had de uitspraken van rechters inzichtelijker en begrijpelijker te maken. Uit het PROMIS eindrapport volgt dat het schuldbesef en het berouw van de verdachte onder deze genoemde persoonlijke omstandigheden vallen.

Een ander aanknopingspunt voor rechters zijn de oriëntatiepunten voor straftoemeting en overige LOVS-afspraken. Hoewel dit slechts richtlijnen betreffen en deze dus geen bindend karakter hebben, sluiten rechters in de praktijk zich hierbij aan en volgt een nadere motivering indien van deze richtlijnen wordt afgeweken.

In een fiscale strafzaak is het oriëntatiepunt 'fraude' van belang. Hieruit volgt dat de rechter in een fraudezaak kan aansluiten bij het benadelingsbedrag, maar ook bij een reeks (niet limitatieve) strafvermeerderende en strafverminderende omstandig-

heden.<sup>6</sup> De LOVS verwijst hierbij onder meer naar het al dan niet bestaan van recidivegevaar, de mate waarin de verdachte medewerking heeft verleend aan het onderzoek en of de verdachte de gedraging uit eigen beweging heeft beëindigd. Hoewel hier niet specifiek wordt verwezen naar het schuldbesef of het berouw van de verdachte, kan de rechter hiermee wel rekening houden. Het staat de rechter dus vrij om deze verschillende omstandigheden in het voordeel of het nadeel van de verdachte te betrekken. Dit betekent tegelijk dat een (on)geloofwaardige spijtbetuiging niet per se invloed hoeft te hebben op de strafmaat.

Dat neemt niet weg dat rechters in fiscale strafzaken (het ontbreken van) berouw wel vaak meenemen in de beslissing omtrent de straftoemeting. Uit jurisprudentie lijkt te volgen dat rechters het ontbreken van berouw eerder meenemen als strafverzwarende omstandigheid dan het getoonde berouw als strafverminderende omstandigheid.<sup>7</sup> Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de aangevoerde verweren van de verdediging er in veel gevallen op neerkomen dat de verdachte geen verwijt kan worden gemaakt en deze dient te worden vrijgesproken. Berouw is dan niet aan de orde. Immers, berouw houdt in dat je oprecht beseft dat je verkeerd hebt gehandeld. De verweren richten zich dus op het vermijden van het opleggen van de straf. Een 'tweede verdedigingslijn' voor het geval waarin strafoplegging onvermijdelijk blijkt, ontbreekt in dat geval. Er zal dan niets over spijt worden gezegd. Indien de strafrechter vervolgens tot een bewezenverklaring komt, kan dit aspect dus niet bij de straftoemeting in aanmerking worden genomen.

Uit het hiernavolgende volgt evenwel dat in toenemende mate op jurisprudentie kan worden gewezen waarin sprake is van een spijtbetuiging, of andere wijze waarop berouw wordt getoond, die uitdrukkelijk door de strafrechter bij de straftoemeting wordt meegenomen.

## 3. Spijtbetuiging als factor voor strafvermindering in jurisprudentie

Uit de jurisprudentie volgt dat de persoonlijke omstandigheden die de strafrechter in aanmerking neemt bij de straftoemeting doorgaans de proceshouding van de verdachte vormen en de omstandigheid dat de verdachte al dan niet over een blanco strafblad beschikt.<sup>8</sup> In het fiscale strafrecht

4. De bespreking van de responsieregimes van art. 358, lid 3, Sv iuncto 359, lid 2, eerste volzin en art. 359, lid 2, tweede volzin Sv, alsmede de strafmotiveringvereisten van art. 359, lid 5 en 6, Sv gaan het bestek van dit artikel te buiten.

5. Volgens de richtlijnen model B&S (Bewijs & Strafmotivering) in: Eindrapport Pilot PROMIS (2005). *Project motiveringsverbeteringen in strafzaken*, Arnhem: Raad voor de rechtspraak.

6. Overigens sluiten 69 lid 1 en 2 AWR als maximum aan bij het bedrag van de te weinig geheven belasting.

7. J.M. Reijntjes, 'Berouw en strafmotivering', *TPWS* 2019/81.

8. Zie uiteenlopende fraudezaken, bijv. ECLI:NL:GHDHA:2019:471; ECLI:NL:GHDHA:2019:302; ECLI:NL:GHDHA:2018:774; ECLI:NL:RBROT:2018:3366; ECLI:NL:RBROT:2017:9923; ECLI:NL:GHDHA:2017:2648; ECLI:NL:GHDHA:2017:2649; ECLI:NL:RBROT:2016:10338; ECLI:NL:RBROT:2014:9851 en ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5525. Dat de LOVS-criteria uitgaan van 'first offen-

wordt ook vaak acht geslagen op de houding van de belasting- of inhoudingsplichtige tegenover het fiscale recht en rechtsnormen.<sup>9</sup> De rechter heeft de vrijheid deze persoonlijke omstandigheden nader uit te werken, in te vullen en aan te vullen. Een persoonlijke omstandigheid waarmee de strafrechter blijkens de jurisprudentie in toenemende mate uitdrukkelijk bij de straftoemeting rekening houdt, vormt de spijtbetuinging door de verdachte.<sup>10</sup>

Hoe deze ontwikkeling te duiden? De toename kan mogelijk worden verklaard door de emancipatie van het slachtoffer. De laatste jaren heeft het slachtoffer steeds meer aandacht gekregen en is de rechtspositie van het slachtoffer in het strafrecht flink verstevigd.<sup>11</sup> Daarnaast lijkt de laatste jaren vanuit de maatschappij meer druk te worden uitgeoefend om excuses aan te bieden.<sup>12</sup> De vraag komt op of sprake is van oprechte spijt of dat de spijtbetuinging van de verdachte dan niet door het publiek is afgedwongen. Het tonen van berouw kan daarnaast ook puur zijn ingegeven door het advies van de raadsman. Het tonen van berouw kan immers van invloed zijn op de morele afkeuring van daad en dader door de rechter en daarmee op strafsoort, -maat en -modaliteit.<sup>13</sup> Toont de verdachte gemeend berouw of is sprake van geveinsd – onoprecht – berouw?

Gezien het voorgaande is de strafrechter kritisch ten aanzien van een spijtbetuinging waarvan pas op de zitting – en dus meestal pas lang na de daad – blijkt is gegeven. De spijtbetuinging wordt langs de maatlat van oprechtheid gelegd. Maar wanneer is daarvan sprake, die oprechte spijtbetuinging?

Daarbij dringt zich allereerst de vraag op of de rechter wel in staat is te oordelen of van een oprechte spijtbetuinging sprake is. Daar moeten naar onze mening op z'n minst vraagtekens bij worden geplaatst – een rechter is immers geen psycholoog. Uit de jurisprudentie volgt bovendien dat rechters eenzelfde spijtbetuinging geheel verschillend kunnen beoordelen. Treffend in dat kader is een zaak van

Hof Den Haag van 17 mei 2019.<sup>14</sup> De verdachte had in die zaak in het onderzoek, tijdens de verhoren, voorafgaand aan de zitting en op de zitting uitvoerig spijt betuigd. Dit berouw kon ook uit de overige gedragingen worden afgeleid. In eerste aanleg oordeelde de rechter dat van oprechte spijt geen sprake was. Het Hof zag daarentegen in de gedragingen van de verdachte wel degelijk een oprechte spijtbetuinging.

Voor de beoordeling of sprake is van een oprechte spijtbetuinging kan evenwel een aantal aanknopingspunten worden gevonden. Uit de jurisprudentie volgt dat een spijtbetuinging sec niet voldoende is.<sup>15</sup> Een verdachte zal met een simpel 'sorry' dus niet heel ver komen. De verdachte dient daadwerkelijk inzicht te hebben verkregen in het kwalijke van zijn of haar handelen en doordrongen te zijn van de gevolgen van dat verwijtbare handelen. De vraag of hiervan sprake is wordt beantwoord aan de hand van gedragingen voorafgaand aan de zitting en door de rechter zelf waargenomen gedragingen tijdens de zitting. De motivering van de strafmaat wordt daarom doorgaans aan de hand van objectief waarneembare gedragingen ingekleed. Dat is op zich niet vreemd; de strafrechter kan immers niet in het hoofd van de verdachte kijken.

Tijdens het verhoor of in een aanvullende verklaring kan de verdachte al aangegeven hebben spijt te hebben. Ook uit overige gedragingen, zoals de houding van de verdachte, kan worden afgeleid of de verdachte spijt heeft. Hiervan neemt de rechter kennis. Aan de eigen waarneming en daarmee aan de verklaringen ter zitting hecht de rechter veel waarde. De strafrechter zal dan doorgaans ter zitting beoordelen in hoeverre de spijtbetuinging oprecht is en of de verdachte er nog hetzelfde over denkt.

De strafrechter leidt het inzicht van de verdachte in het kwalijke van zijn of haar handelen in de regel af uit de algehele proceshouding van de verdachte – of de verdachte volledig meewerkt aan het onderzoek, het financiële nadeel heeft terugbetaald of openheid van zaken geeft. Hof Den Haag overweegt in dat kader bijvoorbeeld:<sup>16</sup>

*“De verdachte heeft nagenoeg volledig meegewerkt aan het onderhavige onderzoek. Hij heeft een open proceshouding aangenomen en, onder andere ter terechtzitting in hoger beroep, spijt betuigd en laten blijken inmiddels het laakbare van zijn handelen in te zien.”*

In de eerder genoemde zaak bij Hof Den Haag overweegt de strafkamer het volgende:<sup>17</sup>

ders' doet hieraan niet af.

9. Dit geldt eveneens in boetezaken, zie: R.M.P.G. Nissen-Cobben en R.E.C.M. Niessen, 'Strafmaat in boetezaken', *NFR Beschouwingen* 2008/15.
10. Vgl. en meer in het algemeen H. Maslen, *Remorse, penal theory and sentencing*, Oxford: Hart Publishing 2015, gesignaleerd in *Trema straftoemetingbulletin* 2015, p. 48 e.v.; J. Dierx en B. van Stokkom 'Het 'oprechte' excuus. Pardonneren in een gevictimiseerde cultuur', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2018 (1).
11. Op 1 januari 2011 is de Wet versterking positie slachtoffers in werking getreden. Zie ook nog recent het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht in verband met de nadere versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Kamerstukken II* 2019/20 35349, nr. 5.
12. J. Dierx en B. van Stokkom 'Het 'oprechte' excuus. Pardonneren in een gevictimiseerde cultuur', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2018 (1), p. 7.
13. H.T. Wermink, J.W. de Keijer en P.M. Schuyt, 'Verschillen in straftoemeting in soortgelijke zaken', *NJB* 16 augustus 2012 (11).

14. Gerechtshof 's-Gravenhage 17 mei 2019, ECLI:NL:GHD-HA:2019:1915.

15. Zie bijv. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:965; Rechtbank Gelderland 22 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5117.

16. Gerechtshof 's-Gravenhage 27 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:471.

17. Gerechtshof 's-Gravenhage 17 mei 2019, ECLI:NL:GHD-

*“De verdachte heeft vrijwel direct nadat de zaak aan het licht kwam zijn volledige medewerking verleend aan het onderzoek. Voorts heeft hij zijn verantwoordelijkheid genomen door het ten onrechte ontvangen bedrag geheel terug te betalen. Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de verdachte voorts getoond het laakbare van zijn handelen in te zien en spijt betuigd.”*

Dat de terugbetaling een grote rol kan spelen bij de beoordeling van de oprechtheid van de spijtbetuiging, volgt ook uit een recente uitspraak van Rechtbank Rotterdam:<sup>18</sup>

*“Daarnaast wordt in het voordeel van de verdachte meegewogen dat hij zijn verantwoordelijkheid niet uit de weg is gegaan en dat hij het gehele schadebedrag – inclusief opsporingskosten – aan de benadeelden heeft vergoed.*

*In plaats van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf zal een voorwaardelijke gevangenisstraf en een taakstraf voor de maximale duur worden opgelegd.”*

In een zaak bij Rechtbank Assen was de verdachte een betalingsregeling met de Belastingdienst overeengekomen en was reeds een groot deel van het nadeel terugbetaald. Hiermee zou het fiscale nadeel dat de Staat had geleden naar verwachting van de rechtbank teniet worden gedaan. De rechtbank overweegt daarbij:<sup>19</sup>

*“De verdachte heeft medewerking verleend aan het onderzoek door de FIOD en ook op de terechtzitting is gebleken dat verdachte verantwoordelijkheid neemt voor zijn foutief handelen.*

*Ook spreekt in het voordeel van verdachte dat hij en zijn medeverdachten met de officier van justitie een schikking hebben getroffen omtrent de in beslag genomen (contante) geldbedragen van ruim 1,9 miljoen euro (...). Uit het vorenstaande blijkt dat verdachte oprecht spijt heeft van zijn handelen en inzicht heeft getoond van het foutieve van zijn handelen.”*

In een faillissementsfraudezaak oordeelde Rechtbank Gelderland:<sup>20</sup>

*“Bij de bepaling van de hoogte van de straf heeft de rechtbank naast vorenstaande in het voordeel van verdachte rekening gehouden met zijn constructieve proceshouding. Verdachte wil*

*de schoon schip maken en heeft zijn volledige medewerking verleend aan het onderzoek. Verdachte heeft ook oprechte spijt getoond.”*

Het inzicht van de verdachte in het kwalijke van zijn of haar handelen kan daarnaast worden afgeleid uit het reclasseringsrapport:<sup>21</sup>

*“Verdachte heeft er ter terechtzitting blijk van gegeven het laakbare van zijn handelen in te zien. Ook uit het reclasseringsrapport komt naar voren dat verdachte na een beroerde periode de juiste weg naar boven weer heeft gevonden.”*

In dat kader kan het dus voor de verdediging aangegeven zijn om een (reclasserings)rapport op te (laten) maken. Een rapportage kan immers de geloofwaardigheid van de eerder of ter zitting afgelegde spijtbetuiging van de verdachte ondersteunen.

Ook het motief in een belastingfraudezaak kan worden meegenomen in de beoordeling van de spijtbetuiging, zo volgt uit de volgende overwegingen van Rechtbank Midden-Nederland:<sup>22</sup>

*“Verder is gebleken dat verdachte door de slechte financiële omstandigheden waarin de bedrijven zich bevonden verkeerde keuzes heeft gemaakt. Hij heeft verklaard daar veel spijt van te hebben. (...) Gelet op al deze omstandigheden zal de rechtbank een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf opleggen en verdachte daarnaast veroordelen tot de maximale werkstraf.”*

De strafrechter zal dus aan de hand van de voorafgaand aan en tijdens de zitting verrichte gedragingen van de verdachte moeten afleiden of deze doordrongen is van de gevolgen van zijn of haar verwijtbare handelen en bereid is om zijn of haar leven in dat opzicht te beteren. Dit is een lastige taak en de motiverende rechter moet de gedragingen in de kern weten te treffen. Daarnaast maken vele uiteenlopende factoren dat een spijtbetuiging niet uit de verf kan komen.<sup>23</sup> Gedacht kan worden aan communicatieve barrières waarbij verdachten de taalvaardigheid missen om een spijtbetuiging adequaat te verwoorden. Ook angst, onzekerheid en de sociale achtergronden van de verdachte kunnen een adequate spijtbetuiging bemoeilijken. Ten slotte kan de machtsstructuur in de rechtszaal maken dat een spijtbetuiging niet uit de verf komt.<sup>24</sup>

Of de verdachte daadwerkelijk inzicht heeft verkregen in het kwalijke van zijn of haar handelen en doordrongen is van de gevolgen van dat verwijt-

HA:2019:1915.

18. Rechtbank Rotterdam 22 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:471.

19. Rechtbank Assen 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BX9850.

20. Rechtbank Gelderland 19 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:990.

21. Rechtbank Almelo van 13 maart 2009 ECLI:NL:RBALM:2009:BH8119.

22. Rechtbank Midden-Nederland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4352.

23. B. van Stokkom, 'Jonge daders: worstelen met sorry-zeggen Is oprecht spijt betuigen doenlijk?', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2018 (1), p. 39.

24. Ibidem.

bare handelen kan ten slotte gezien de jurisprudentie worden afgeleid uit een tegemoetkoming van de verdachte aan het gevoelsleven van het slachtoffer.<sup>25</sup> Het betuigen van spijt heeft dan ook een zelfstandig en meer direct effect.<sup>26</sup> De aangeboden verontschuldiging kan tegemoetkomen aan de emotionele schade die het slachtoffer te verwerken heeft gekregen.

#### 4. Het uitblijven van een spijtbetuiging als strafverzwarende factor

Een spijtbetuiging jegens het slachtoffer kan dus meewegen in de bepaling van de strafmaat. Een complicerende factor is dat een individueel slachtoffer in het fiscale strafrecht niet eenvoudig kan worden aangewezen, aangezien het gaat om een abstracte entiteit – de maatschappij of 'de eerlijke belastingbetaler'. Voor de publieke beeldvorming zou een spijtbetuiging uiteraard nog wel van invloed kunnen zijn.

Uit veel jurisprudentie volgt dat juist het feit dat de maatschappij het slachtoffer is van het handelen van de verdachte, uitdrukkelijk door de rechter in aanmerking wordt genomen:

*“Met zijn handelwijze heeft verdachte het vertrouwen geschaad dat aan de inhoud van belastingaangiftes mag worden ontleend. Bovendien beschermt de strafbaarstelling van belastingontduiking niet alleen de gemeenschapsbelangen die door belastingheffing worden gediend, maar ook de belangen van eerlijke belastingbetalers. Belastingontduiking kan immers leiden tot verzwaring van de belastingdruk voor anderen.”<sup>27</sup>*

De Hoge Raad bekrachtigde in het arrest van 8 oktober 2019 de veroordeling van een voormalig hoogleraar en medisch specialist wegens het jarenlang aannemen van betalingen van de farmaceutische industrie zonder daarvan opgave te doen aan de Belastingdienst.<sup>28</sup> In het arrest van het gerechtshof werd bij de strafmaatbepaling acht geslagen op “het omvangrijke nadeel dat aan de samenleving is toegebracht.”

25. Seminar 'Victims within criminal trials' 13 juni 2018 aan de VU.

26. Dit effect van spijtbetuiging ligt in lijn met strafdoelen (andere dan de klassieke strafdoelen: vergelding, speciale preventie en generale preventie), waarbij met name gedacht kan worden aan conflictoplossing, reparatie, normbevestiging en resocialisatie.

27. Rechtbank Overijssel 24 oktober 2019, ECLI:NL:RBO-VE:2019:3883; zie ook: Rechtbank Rotterdam 13 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3662; Gerechtshof Amsterdam 28 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3948 en Rechtbank Amsterdam 8 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8802.

28. HR 8 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1544; Gerechtshof Amsterdam 28 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3948.

Voor de vraag of de verdachte daadwerkelijk inzicht heeft verkregen in het kwalijke van zijn of haar handelen knoopt de strafrechter aan bij de waarneembare gedragingen van de verdachte. Dat spijt – naast de spijtbetuiging ter zitting – ook moet blijken uit gedrag volgt onder meer uit de overwegingen van Hof Den Bosch op 11 maart 2019 in een verduisteringszaak:<sup>29</sup>

*“Verder merkt het hof als straf verhogende factor aan dat het ontstane nadeel tot op heden niet ongedaan is gemaakt. Verdachte heeft meerdere malen aangegeven tot een oplossing te willen komen en het geld terug te willen geven, maar geeft uiteindelijk niet thuis. Telkens zegt hij 'schoon schip te willen maken', maar de werkgever heeft nog niet één euro van hem teruggekregen.”*

De bovenstaande passage uit het arrest is slechts één van de vele voorbeelden waarin het uitblijven van een daadwerkelijke, blijkens de gedragingen van de verdachte – oprechte – spijtbetuiging als strafverzwarende omstandigheid wordt aangemerkt. In deze specifieke zaak neemt de strafrechter tevens uitdrukkelijk mee dat de verdachte heeft aangegeven ‘schoon schip te willen maken’, maar dit vervolgens niet doet. Door A te zeggen maar B te doen, wordt de verklaring van de verdachte om tot een oplossing te komen ongeloofwaardig.

De volgende zaak bij Rechtbank Gelderland is voorts exemplarisch dat een simpel 'sorry' niet voldoet. De verdachte werd onder meer verdacht van valsheid in geschrift en belastingfraude. In het kader van de straftoemeting overweegt de rechtbank:<sup>30</sup>

*“Weliswaar heeft verdachte ter terechtzitting spijt betuigd, maar hij heeft er geen blijk van gegeven in te zien dat zijn handelen de hiervoor genoemde gevolgen voor de samenleving teweeg hebben gebracht.”*

In woorden van gelijke strekking overweegt Rechtbank Amsterdam:<sup>31</sup>

*“Het nadeel dat de leveranciers hebben geleden is op geen enkele wijze ongedaan gemaakt. En ten slotte getuigt de proceshouding van verdachte niet van enig besef van het kwalijke van zijn handelwijze, laat staan berouw.”*

In een zaak waarin de verdachte zich als executeur-testamentair schuldig had gemaakt aan verduistering overweegt Rechtbank Amsterdam:<sup>32</sup>

29. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:965.

30. Rechtbank Gelderland 22 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5117.

31. Rechtbank Amsterdam 1 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7885.

32. Rechtbank Amsterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1912.

*“De rechtbank merkt hierbij op dat verdachte veelvuldig spijtbetuigingen heeft uitgesproken, maar dat zijn handelen daar allesbehalve blijk van geeft. Zo heeft verdachte over een langere periode steeds opnieuw bedragen naar zichzelf overgemaakt en heeft dus telkens weer opnieuw de keuze gemaakt om zijn eigen financiële belang te laten prevaleren boven de belangen van het slachtoffer en haar kinderen (...) en is hij pas na tussenkomst van de civiele rechter overgegaan tot een gedwongen (gedeeltelijke) terugbetaling.”*

Ook Rechtbank Den Haag merkt het uitblijven van een daadwerkelijke, oprechte spijtbetuiging aan als strafverzwarende omstandigheid:<sup>33</sup>

*“Ook de houding van verdachte is een omstandigheid die de rechtbank in haar nadeel meeweegt; verdachte heeft op geen enkel moment berouw getoond noch heeft zij in de richting van de (rechts)personen die zij heeft benadeeld spijt betuigd of excuses gemaakt.”*

Het ontbreken van tekenen van berouw kan blijkens jurisprudentie daarnaast ook van directe invloed zijn op een andere strafverhogende- of verminderende omstandigheid, bijvoorbeeld de kans op recidive.<sup>34</sup> Het betuigen van spijt kan immers een indicatie vormen dat het al dan niet waarschijnlijker is dat de verdachte in de toekomst hetzelfde of soortgelijk gedrag opnieuw zal vertonen.<sup>35</sup> Rechtbank Amsterdam overwoog in dat verband:<sup>36</sup>

*“Verdachte heeft ook geen berouw getoond voor zijn handelen of aangegeven waarom hij in de toekomst niet weer in de fout zal gaan. De enkele opmerking van zijn raadsman, dat verdachte vanwege een weer opgepakte studie geneeskunde niet ter terechtzitting aanwezig kon zijn, geeft de rechtbank geen enkel vertrouwen op dat punt, temeer nu verdachte in het verleden al eerder is veroordeeld voor soortgelijke delicten.”*

De strafrechter gaat echter nog verder; blijkens de jurisprudentie kan het in het geheel uitblijven van een spijtbetuiging – bijvoorbeeld in het geval van een ontkennende verdachte of een verdachte die zich op zijn zwijgrecht beroept – als strafverzwarende factor worden aangemerkt. In dit ka-

der wordt veelal wel meegewogen of de verdachte heeft meegewerkt aan het onderzoek of niet en de proceshouding ter zitting. Zo werd bijvoorbeeld door Rechtbank Amsterdam overwogen dat de verdachte ter zitting geen inzicht heeft getoond in de laakbaarheid van zijn handelen. Daarnaast werd het feit dat de verdachte zich op het zwijgrecht had beroepen in zijn nadeel uitgelegd:<sup>37</sup>

*“Tijdens het verhoor bij de FIOD heeft verdachte zich op zijn zwijgrecht beroepen. Ter zitting heeft verdachte geen enkel inzicht getoond in de laakbaarheid van zijn eigen handelwijze in dezen en heeft verdachte alle schuld afgeschoven op de door hem eind 2008 aangenomen en ingewerkte [getuige 1].”*

Ook in de volgende zaak wordt overwogen dat de verdachte zich op het zwijgrecht heeft beroepen, waarna Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat de verdachte niet het bedenkelijke van zijn handelingen heeft ingezien:<sup>38</sup>

*“Verdachte heeft op geen enkele manier meegewerkt aan het onderzoek of inzicht willen geven in zijn handelen. In de fase van de opsporing heeft de verdachte gebruik gemaakt van zijn zwijgrecht. (...)*

*Verdachte heeft evenmin getoond dat hij het bedenkelijke van zijn werkwijze inziet of enige verantwoordelijkheid voor zijn gedragingen heeft genomen. Zijn raadslieden hebben weliswaar aangegeven dat de vervolging zowel psychisch als financieel grote gevolgen voor verdachte heeft gehad, maar de teneur van de verklaringen is toch duidelijk dat verdachte meent niets fout te hebben gedaan en -zoals in de pleitnota is verwoord- zich belazerd voelt door justitie.”*

Rechtbank Amsterdam neemt het uitblijven van berouw van de ontkennende en grotendeels zwijgende verdachte als strafverzwarende omstandigheid in aanmerking:<sup>39</sup>

*“De raadsman heeft gesteld dat het gebrek aan berouw aan de zijde van verdachte niet strafverzwarend hoeft te werken, nu in deze zaak slechts sprake is van ‘papieren’ schade. De rechtbank neemt uitdrukkelijk afstand van dit standpunt. (...) De omstandigheid dat verdachte de feiten heeft ontkend en verder grotendeels*

33. Rechtbank 's-Gravenhage ECLI:NL:RBDHA:2014:12141.

34. Zie bijv. Rechtbank 's-Gravenhage 27 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6973 en Rechtbank Zutphen 5 juli 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR0301.

35. A. Drass en J.W. Spencer, 'Accounting for pre-sentencing recommendations: Typologies and probation officers' theory of office', *Social Problems* 1987-34(3), p. 277-293. De studie van Drass en Spencer toont, met behulp van data afkomstig uit de Verenigde Staten, aan dat het betuigen van spijt van invloed is op de gepercipieerde gevaarlijkheid van de dader.

36. Rechtbank Amsterdam 2 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3950.

37. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1359. Zie ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6032, Gerechtshof Amsterdam 2 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2144, Rechtbank Overijssel 17 december 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4874.

38. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2017, genoemd in conclusie van A-G Paridaens, ECLI:NL:PHR:2018:1355.

39. Rechtbank Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5307.

*heeft gezwegen werkt bovendien niet in zijn voordeel, omdat daarmee onvoldoende inzicht is verkregen in het gevaar op herhaling.”*

Noemenswaardig in dit verband is ook de recente zaak tegen de oud-voorzitter van de Centrale Ondernemingsraad van de Nationale Politie:<sup>40</sup>

*“De rechtbank houdt bij de straftoemeting in strafverzwarende zin rekening met (...) de positie van verdachte (...) Door het plegen van de bewezenverklarde feiten heeft verdachte in de uitoefening van een publieke functie ernstig misbruik gemaakt van zijn positie en van gelden van de Nationale Politie. Daarmee heeft verdachte het aanzien en de integriteit van de Nationale Politie ernstige schade toegebracht.*

*Dat klemt temeer nu verdachte tijdens het onderzoek ter terechtzitting heeft volhard in zijn ontkennende proceshouding ten aanzien van de hem ten laste gelegde feiten en geen enkel zelfinzicht heeft getoond in het laakbare van zijn handelen en boos blijft omtrent hetgeen hem in zijn ogen door zijn leidinggevend en anderen is aangedaan.”*

Ook in een recente oplechtingszaak van een havenbedrijf op Sint Maarten wordt de ontkennende houding van de verdachte als strafverzwarende omstandigheid beschouwd:<sup>41</sup>

*“De verdachte heeft ter zitting ontkend zich te hebben schuldig gemaakt aan deze misdrijven. Hij heeft er geen enkele blijk van gegeven het strafbare en het verwerpelijke van zijn handelen in te zien.”*

De vraag rijst op welke wijze het in aanmerking nemen van het uitblijven van een spijtbetuiging door de strafrechter als strafverzwarende factor zich verhoudt met de processuele rechten van de verdachte.

## 5. Het niet tonen van berouw en de procedurele rechten van de verdachte

Uit het voorgaande volgt dat verdachten die gebruik maken van hun zwijgrecht of het ten laste gelegde ontkennen hier nogal eens op worden afgerekend, in de zin dat het uitblijven van het tonen van berouw door de strafrechter – al dan niet in combinatie met andere factoren – bij het opleggen van de straf wordt beschouwd als een strafverzwarende omstandigheid.

Dit verschijnsel lijkt daarmee op gespannen voet te staan met de processuele rechten die de verdachte

toekomen op grond van art. 6 EVRM. Duidelijke en onbetwiste rechten kunnen met deze strafmaatbepaling immers worden uitgehold. Het behoort tot de grondbeginselen van het strafrecht dat niemand aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken. Ook is de verdachte vrij in het bepalen van zijn processtrategie.

Het is de vraag of aan de keuze voor een ontkennende processtrategie van de verdachte – en het vervolgens in lijn daarmee uitblijven van een spijtbetuiging – negatieve consequenties mogen worden verbonden. Weliswaar belet geen rechtsregel de strafrechter om de proceshouding in zijn oordeel te betrekken, maar verdachten worden zo wel – op zijn zachtst gezegd – ontmoedigd in de vrije keuze van deze processtrategie.

Nog verregaander is het verbinden van consequenties – in de zin van een hogere strafoplegging – aan het zwijgen van de verdachte. Men zou kunnen stellen dat die strafoplegging dan het onbetwiste, in art. 6 EVRM besloten, zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel ondermijnt. Niemand is verplicht over een strafbaar feit verklaringen af te leggen of zichzelf op andere wijze te incrimineren. Het zwijgen, laat staan het uitblijven van het tonen van berouw, zou de verdachte niet mogen worden tegengeworpen. Doet de strafrechter dit wel – en uit de besproken jurisprudentie volgt dat daar nogal eens sprake van is – dan lijkt dat op gespannen voet te staan met het in Nederland eerbiedigde recht op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM. Over dit fenomeen van het betrekken van het uitblijven van berouw als strafverzwarende factor bij de strafmaatbepaling is – opmerkelijk genoeg – niet veel te vinden in de literatuur, behoudens een enkele uitzondering.<sup>42</sup> Een complicerende factor is dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat geen rechtsregel de strafrechter belet de opstelling van de verdachte in zijn oordeel te betrekken.<sup>43</sup> A-G Machielse onderschrijft deze zienswijze volgend op het arrest waarin Hof Arnhem-Leeuwarden bij de strafoplegging zwaar had laten meewegen dat de ontkennende verdachte geen enkel inzicht toonde in de ernst van de door hem begane strafbare feiten en daarvoor kennelijk ook geen verantwoordelijkheid nam. Volgens de A-G geeft het nemo-teneturbeginsel de verdachte een zekere procesautonomie om zijn eigen houding te bepalen tijdens het strafproces, maar is die autonomie niet vrijblijvend en is die houding van de verdachte niet gevrijwaard van waardering door de strafrechter.<sup>44</sup> Deze zienswijze – die blijkens de besproken jurisprudentie nog altijd wordt gevolgd, ook in zaken waarin de verdachte gebruik maakt van zijn zwijgrecht – lijkt op gespannen voet te staan met de processuele rechten van de verdachte.

40. Rechtbank Overijssel 30 januari 2020, ECLI:NL:RBO-VE:2020:375.

41. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 29 januari 2020, ECLI:NL:OGAC:2020:23.

42. J.M. Reijntjes, 'Berouw en strafmotivering', TPWS 2019/81.

43. HR 14 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9353, NB-STRAF 2006, 141.

44. Ibidem.

Een andere koers door de Hoge Raad is in dat licht wenselijk. Tot die koerswijziging is het raadzaam dat de ontkennende verdachte ter zitting een verklaring aflegt waaruit blijkt dat hij de ten laste gelegde gedragingen hoogst laakbaar vindt of – indien een individueel slachtoffer kan worden aangewezen – zijn medeleven aan het slachtoffer betuigt en dat de verdachte zich daarom ook nooit hieraan schuldig zou maken. In het kader van een opzetverweer of pleitbaar standpunt kan gedacht worden aan de verklaring dat de verdachte altijd binnen de fiscale lijntjes wilde kleuren en het afschuwelijk vindt dat dit anders wordt geïnterpreteerd en zich daaraan nooit schuldig zou maken. Een gebrek aan empathie of inzicht in het laakbare van de ten laste gelegde gedragingen kan hem dan in elk geval niet meer door de strafrechter worden nagedragen.

## **6. Conclusie**

Uit jurisprudentie volgt dat de strafrechter in het kader van de beslissing rondom de strafsoort, -modaliteit en -maat, zeker waarde hecht aan een oprechte spijtbetuiging. Of daarvan sprake is, wordt gezien aan de hand van verschillende aspecten, zoals de algehele proceshouding van de verdachte. Uit die aspecten dient te volgen dat de verdachte daadwerkelijk inzicht heeft gekregen in het kwalijke van zijn of haar handelen en daadwerkelijk is doordrongen van de gevolgen van het verwijtbaar handelen. Een simpel 'sorry' door de verdachte is dus niet voldoende.

Buiten het fenomeen van 'oprecht berouw' als strafverminderende omstandigheid, wordt het uitblijven van een spijtbetuiging ook geregeld meegenomen als strafverzwarende omstandigheid, al dan niet in combinatie met andere factoren. Wij menen dat dit onwenselijk is, zeker in zaken waarin sprake is van een ontkennende of zwijgende verdachte, nu hiermee de processuele rechten van de verdachte in het gedrang kunnen komen. De verdachte heeft immers het recht om zich te beroepen op het zwijgrecht en zichzelf niet te incrimineren. Aan de uitoefening van die rechten worden negatieve consequenties verbonden indien het uitblijven van een spijtbetuiging van een ontkennende of zwijgende verdachte als strafverzwarende factor wordt meegenomen. Geen rechtsregel belet de strafrechter de opstelling van de verdachte in zijn oordeel te betrekken, aldus de Hoge Raad. Een andere koers achten wij wenselijk. Tot die koerswijziging lijkt een tweede verdedigingslinie waarin de verdachte zijn afkeer uitspreekt over het ten laste gelegde of zijn medeleven betuigt aan het slachtoffer opportuun. Het zal daarbij uiteraard niet zover moeten gaan dat bij een verweer strekkende tot vrijspraak (niet zijnde een opzet-verweer) of een pleitbaar standpuntverweer spijt wordt betuigd, aangezien hiermee de geloofwaardigheid van die verweren geweld wordt aangedaan ('ik heb het niet gedaan, maar als u denkt van wel, dan spijt het me enorm!').