

ECLI:NL:HR:2019:1880

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	03-12-2019
Datum publicatie	03-12-2019
Zaaknummer	17/05056
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:806 In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2017:8642, (Gedeeltelijke) vernietiging met terugwijzen
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	<p>Beleggingsfraude. Oplichting (art 326.1 Sr) en valsheid in geschrift onder strafverzwarende omstandigheden (art. 226.2 Sr). Afwijzing van drie (voorwaardelijke) getuigenverzoeken, waaronder getuige A. HR herhaalt relevante overwegingen uit ECLI:NL:HR:2017:1015 m.b.t. motivering van verzoeken tot oproepen en horen van getuigen i.h.l.v. rechtspraak van het EHRM en uit ECLI:NL:HR:2014:1496 m.b.t. de beoordeling van afwijzingen van zulke verzoeken in cassatie. De afwijzing van het verzoek tot het horen van getuige A door het Hof is, gelet op hetgeen aan het verzoek ten grondslag is gelegd - kort gezegd erop neerkomend dat de betrokkenheid van A bij succesvol uitgevoerde eerdere projecten en bij het onderhavige project meebrengt dat de hierover van de kant van de verdachte gegeven informatie in o.m. het prospectus, anders dan het Hof in zijn vaststellingen heeft aangenomen, op juistheid berusten - zonder nadere doch ontbrekende motivering niet begrijpelijk. Daarbij neemt de HR in aanmerking dat het ervoor moet worden gehouden dat de verdediging voorafgaand aan de ttz. in h.b. te kennen heeft gegeven o.m. deze getuige te willen horen, waarna de voorzitter van het Hof heeft bericht vooralsnog geen aanleiding te zien om in het verzoek te bewilligen, maar dat het verzoek desgewenst ttz. zou kunnen worden herhaald. Volgt gedeeltelijke vernietiging. Samenhang met 17/04915.</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl SR-Updates.nl 2019-0406

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

STRAFKAMER

Nummer 17/05056

Datum 3 december 2019

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, van 4 oktober 2017, nummer 21/006287-14, in de strafzaak

tegen

[verdachte] ,

geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1969,

hierna: de verdachte.

1 Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft A.W.J. van Galen, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal P.C. Vegter heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

De raadsman heeft daarop schriftelijk gereageerd.

2 Beoordeling van het derde middel

2.1 Het middel klaagt over de afwijzing door het Hof van het door de verdediging (voorwaardelijk) gedane verzoek drie personen, onder wie [betrokkene 2] , als getuige te horen.

2.2.1 Ten laste van de verdachte is - voor zover voor de beoordeling van het middel van belang - bewezenverklaard dat:

“1. primair:

hij op tijdstippen, gelegen in de periode van 24 augustus 2007 tot en met 5 december 2008 in Nederland,

tezamen en in vereniging met een ander,

met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen door een samenweefsel van verdichtsels de hierna genoemde personen en/of anderen één of meermalen heeft/hebben bewogen tot de afgifte van een of meer geldbedragen, te weten;

- 20.000 euro, op 16 juli 2008 van [benadeelde 1] en

- 20.000 euro, op 23 januari 2008 en 5.000 euro, op 19 februari 2008 van [benadeelde 2] en

- 10.000 euro, op 23 december 2007 en 10.000 euro, op 10 augustus 2008 van [benadeelde

3] en

- 25.000 euro, op 15 augustus 2008 van [benadeelde 4] en
- 5.000 euro, op 29 augustus 2007 en 5.000 euro, op 14 maart 2008 en 5.000 euro, op 3 november 2008 van [benadeelde 5] en
- 25.000 euro, op 26 augustus 2008 van [benadeelde 6] en
- 45.000 euro, op 19 mei 2008 en 10.000 euro, op 5 december 2008 van [benadeelde 7] en
- 25.000 euro, op 18 januari 2008 en 5.000 euro, op 19 februari 2008 van [benadeelde 8] ,

immers hebben hij en/of zijn mededader met voornoemd oogmerk - zakelijk weergeven - opzettelijk valselijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid (bedoelde personen) via (een) brochure(s) en/of (een) advertentie(s) en/of (een) prospectus(sen) en/of door (een) andere publicatie(s) en/of telefonisch en/of op andere wijze, benaderd en/of geïnteresseerd in de deelname aan een of meer obligatieovereenkomst(en), bij welke gelegenhe(i)d(en) hij en/of zijn mededader hebben voorgewend dat

- de vennootschap derden kan inschakelen die daartoe bevoegd zijn onder de WTE 1995 en/of
- ontvangen gelden van de beleggers uitsluitend zouden worden aangewend ten behoeve van de ondersteuning van de bedrijfsvoering van [A] en/of
- de belegger een bedrag investeert dat jaarlijks gegarandeerd een rendement oplevert van 8,9% en/of 10,2% en/of 11,2% en/of 12% en/of
- het rendement maandelijks tot het einde van de overeenkomst wordt ontvangen en/of
- de overige kosten van de emissie worden gedragen door de vennootschap en/of
- het management van de dochteronderneming [B] S.A. en/of [A] één of meer projecten, althans het project [K] en/of het project [M] met succes zijn afgerond en/of beëindigd en/of
- de geleende gelden van de obligatiehouder(s) direct op een geblokkeerde rekening en/of een escrow account, bij Land America Commonwealth Title of Central America, worden gestort en/of
- er een hypotheekrecht op de aangekochte gronden waren en/of zouden worden gevestigd,

waardoor bovengenoemde personen en andere personen werden bewogen tot de (girale) afgifte van geldbedragen.”

2.2.2 Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 20 september 2017 heeft de raadsman van de verdachte aldaar het woord gevoerd overeenkomstig de aan het proces-verbaal gehechte pleitnota. Deze pleitnota houdt, voor zover hier van belang, in:

“Vrijspraak feit 1 (primair):

I: geen oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling

6. Van het project [L] is uiteindelijk weinig terecht gekomen. Dit komt deels doordat [verdachte] te weinig geld heeft opgehaald, hetgeen mede werd veroorzaakt door de kredietcrisis en het feit dat [verdachte] door de AFM is gedwongen het project stil te leggen. [verdachte] ontkent echter ook zijn eigen falen niet.

7. Hij heeft een wellicht niet zo'n realistisch beeld gehad van de winst die hij dacht te kunnen behalen en heeft mede daardoor veel kosten gemaakt. [verdachte] heeft altijd de bedoeling gehad villa's te gaan bouwen in Costa Rica en had daarvoor een prognose gemaakt waarin de aan de beleggers gedane toezeggingen ook daadwerkelijk zouden kunnen worden gehaald.

8. Er moet echter niet uit het oog worden verloren dat het doel van [verdachte] altijd is geweest om het project op een winstgevende manier af te ronden, waarbij er na uitkering

aan de obligatiehouders genoeg geld zou overblijven voor hem.

9. Daarin onderscheidt deze zaak zich van de beleggingsfraudes die de laatste jaren in de media zijn geweest zoals Palm Invest, het piramidespel van de Hilversumse wonderbelegger, [betrokkene 5] of Easy Life. Bij al deze zaken is het opgehaalde geld niet of in zeer geringe mate aangewend voor daadwerkelijke investeringen.

10. Dat is in deze zaak overduidelijk anders. Ik heb in dit verband verzocht een aantal getuigen te horen (zie mijn e-mail 9 januari 2015). Deze getuigen zouden een ander licht hebben kunnen werpen op het eenzijdige verhaal dat uit het dossier naar voren komt, waarin de belegging van meet af aan als oplichting wordt gezien.

11. Zo heb ik [betrokkene 2] opgegeven: een architect/ingenieur die werkzaam was voor [I] S.A., een Costa Ricaanse vennootschap. [betrokkene 2] is door [verdachte] benaderd om de villa's te ontwerpen in het project [L] en de ontwikkeling daarvan te begeleiden. [betrokkene 2] had hier ook interesse in. De bedoeling van [verdachte] was dat hij in opdracht van [B] S.A. de bouw zou managen. [betrokkene 2] was eerder betrokken bij het ontwerp en de bouw van het [M] en [K]. Ik heb bij mijn eerder genoemde e-mail een aantal e-mails gevoegd tussen [verdachte] en [betrokkene 2], waarin zij spreken over de ontwikkeling van het project in [L] en een begroting van de kosten maken.

12. Ook noemde ik [betrokkene 3], werkzaam voor [J] S.A., de vennootschap die de gronden aanbood aan [B] S.A. / [verdachte]. Er zijn, zoals uit het dossier blijkt, diverse aanbetalingen op de gronden gedaan. Deze aanbetalingen zijn echter vervallen nadat volledige betaling uitbleef, zonder dat de gronden zijn geleverd. [verdachte] heeft diverse ontmoetingen gehad met [betrokkene 3] in Costa Rica. [betrokkene 3] zou nog kunnen verklaren dat [verdachte] heeft geprobeerd in ruil voor de aanbetalingen die hadden plaatsgevonden in ieder geval een gedeelte van de gronden alsnog geleverd te krijgen opdat er nog enig verhaalsobject zou zijn voor de beleggers. Deze handelwijze geeft aan dat [verdachte] dus niet de intentie had om beleggers op te lichten en ieder geval zijn best heeft gedaan te redden wat er te redden viel.

13. En ik noemde [betrokkene 4], advocaat bij [H]. Hij heeft [verdachte] geadviseerd over onder meer het prospectus. Bij mijn eerder genoemde e-mail waren eveneens een aantal e-mails tussen [betrokkene 4] en [verdachte] bijgevoegd. Uit deze e-mails blijkt onder meer dat [verdachte] daadwerkelijk van plan was een aantal van de toezeggingen uit het prospectus uit te voeren (zoals het vestigen van hypotheekrechten op de gronden).

14. [betrokkene 4] had kunnen bevestigen dat [verdachte] zich heeft ingespannen om het prospectus te laten voldoen aan de eisen die daaraan kunnen worden gesteld en eventuele onjuistheden te voorkomen. [betrokkene 4] heeft [verdachte] namelijk gewezen op het feit dat het prospectus op onderdelen onjuist/misleidend was. [verdachte] zou uiteraard nooit een advocaat hebben ingeschakeld om het prospectus te controleren als het zijn intentie was om daarin onjuiste informatie op te nemen. De opmerkingen van [betrokkene 4] hebben overigens ook geleid tot aanpassing van het prospectus. (zie D-73).

15. [verdachte] persisteert overigens in deze verzoeken alsmede in het verzoek de boekhouding op te vragen, echter in voorwaardelijke vorm: mocht u niet tot een vrijspraak voor feit 1 (zowel primair als subsidiair) komen, verzoek ik u bovenstaande onderzoekswensen toe te wijzen.

(...)

II: Geen sprake van een oplichtingsmiddel

(...)

Ad 6 - het management van de dochteronderneming [B] S.A. heeft het project [K] en/of het project [M] met succes afgerond en/of beëindigd

43. Ten aanzien van deze mededeling is het van belang om vast te stellen wat werd bedoeld met het "management", en waar het management van [B] S.A. uit zou gaan bestaan.

44. [verdachte] was directeur-groot aandeelhouder van [A] B.V., waar [B] S.A. de dochteronderneming van was. [verdachte] had echter geen ervaring met de ontwikkeling van onroerend goed. Daar was een projectontwikkelaar voor nodig met ervaring in Costa Rica. Dat zou [betrokkene 2] worden.

45. [betrokkene 2] had ruime ervaring op het gebied van projectontwikkeling. Het CV van [betrokkene 2] (dat bij mijn e-mail van 9 januari 2015 was gevoegd) geeft aan dat hij projectleider is geweest van onder meer de bouw van het kantoor van de [K] en de renovatie van de [M] , zoals ook staat vermeld in het prospectus.

46. [verdachte] heeft uitvoerig contact gehad met [betrokkene 2] over de ontwikkeling van het project. [betrokkene 2] heeft ten behoeve van het project ook werkzaamheden verricht welke op 4 oktober 2007 aan [A] zijn gefactureerd. Deze werkzaamheden betreffen het maken van een investeringsopzet voor het project.

47. [betrokkene 2] was dus al tijdens de voorbereidingen betrokken bij het project en zou later, als manager ter plaatse, een grote rol blijven spelen in de verdere ontwikkeling van het project.

48. De term "management" is overigens geen juridische term en staat niet gelijk aan bijvoorbeeld het bestuur in vennootschapsrechtelijke zin. De term is daarmee voor meerderde uitleg vatbaar: het management van een vennootschap kan ook worden gevormd door in te schakelen derden, zoals [betrokkene 2] , die genoemde ervaring dus wel degelijk had.

49. De verdediging heeft als gezegd aangegeven [betrokkene 2] als getuige te willen horen, maar dit verzoek heeft u afgewezen zodat de verdediging niet in staat is dit gegeven nader te onderbouwen. Mocht u dit oordeel van de tenlastelegging ondanks het voorgaande toch bewezen willen verklaren, zult u echter eerst [betrokkene 2] moeten horen."

2.2.3 Het bestreden arrest houdt als beslissing van het Hof op het door de verdediging gedane verzoek het volgende in:

"Het hof ziet niet de noodzaak om de voorwaardelijk gevraagde getuigen te horen. Het verzoek wordt dan ook afgewezen."

2.2.4 Of een verzoek tot het horen van getuigen naar behoren is onderbouwd alsook of het dient te worden toegewezen, zal de rechter in het licht van alle omstandigheden van het geval en met inachtneming van het toepasselijke criterium - moeten beoordelen. De rechter dient, indien hij een verzoek afwijst, de feitelijke en/of juridische gronden waarop die afwijzing berust, in het proces-verbaal van de terechtzitting dan wel de uitspraak op te nemen. Die rechterlijke motiveringsplicht steunt mede op art. 6 EVRM (vgl. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015).

2.2.5 Omtrent deze motiveringsverplichting zijn wegens de vele, uiteenlopende situaties die zich kunnen voordoen, geen nadere algemene regels te geven. De mate waarin een afwijzing van een verzoek tot horen van getuigen dient te worden gemotiveerd, wordt mede bepaald door de aard van het onderwerp waarover de getuige zou kunnen verklaren alsmede de aard en de indringendheid van de door de verdediging aangevoerde argumenten om hem te horen, terwijl tevens betekenis toekomt aan het procesverloop, waaronder ook het stadium

waarin het verzoek is gedaan. In cassatie gaat het bij de beoordeling van de afwijzing van een verzoek tot het horen van getuigen in de kern om de vraag of de beslissing begrijpelijk is in het licht van - als waren het communicerende vaten - enerzijds hetgeen aan het verzoek ten grondslag is gelegd en anderzijds de gronden waarop het is afgewezen (vgl. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496).

2.3 De afwijzing door het Hof van het verzoek tot het horen van de getuige [betrokkene 2] is, gelet op hetgeen aan het verzoek ten grondslag is gelegd - kort gezegd erop neerkomend dat de betrokkenheid van [betrokkene 2] bij succesvol uitgevoerde eerdere projecten en bij het onderhavige project meebrengt dat de hierover van de kant van de verdachte gegeven informatie in onder meer het prospectus, anders dan het Hof in zijn vaststellingen heeft aangenomen, op juistheid berust - zonder nadere doch ontbrekende motivering niet begrijpelijk. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het, gelet op hetgeen de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 31 heeft vermeld over de in de hiervoor weergegeven pleitnota genoemde e-mail van 9 januari 2015, ervoor moet worden gehouden dat de verdediging voorafgaand aan de terechtzitting in hoger beroep te kennen heeft gegeven onder meer deze getuige te willen horen, waarna de voorzitter van het Hof heeft bericht vooralsnog geen aanleiding te zien om in het verzoek te bewilligen, maar dat het verzoek desgewenst ter terechtzitting zou kunnen worden herhaald.

2.4 Het middel is in zoverre terecht voorgesteld.

3 Beoordeling van de overige middelen

Gelet op de hierna volgende beslissing behoeven de overige middelen geen bespreking.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft de beslissingen ter zake van het onder 1 tenlastegelegde en de strafoplegging;
- wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak ten aanzien daarvan op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan;
- verwerpt het beroep voor het overige.

Dit arrest is gewezen door de vice-president W.A.M. van Schendel als voorzitter, en de raadsheren V. van den Brink en M.T. Boerlage, in bijzijn van de waarnemend griffier H.J.S. Kea, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 3 december 2019.