

ECLI:NL:HR:2020:1457

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	22-09-2020
Datum publicatie	22-09-2020
Zaaknummer	18/04172
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2020:573
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	<p>Seksueel binnendringen bij toentertijd 21-jarige vrouw die door nuttigen van grote hoeveelheid alcoholgebruik in staat van lichamelijke onmacht verkeert, art. 243 Sr. 1. Bewijsklachten. Verkeerde aangeefster in staat van lichamelijke onmacht en had verdachte daarvan wetenschap? 2. Onttrekking aan het verkeer van inbeslaggenomen iPhone, waarop seksfotos en -filmpjes zijn opgeslagen die verdachte van aangeefster heeft gemaakt toen zij in onmachtige toestand naakt op bed lag, art. 36c.2 en 36c.3 Sr. Is telefoon vatbaar voor onttrekking aan het verkeer op de grond dat niet tlgd. feit van art. 139f (oud) Sr met behulp van die telefoon is begaan?</p> <p>Ad 1. Oordeel hof dat uit bewijsvoering kan worden afgeleid dat aangeefster heeft verkeerd in toestand van lichamelijke onmacht door nuttigen van grote hoeveelheid alcohol, en dat verdachte van die toestand weet had, geeft niet blijk van onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Aan begrijpelijkheid oordeel hof dat aangeefster heeft verkeerd in toestand van lichamelijke onmacht doet niet af dat hof ook vaststellingen heeft gedaan die het "passend" acht "bij staat van verminderd bewustzijn".</p> <p>Ad 2. In gevallen waarin onttrekking aan het verkeer wordt bevolen bij rechterlijke uitspraak a.b.i. art. 36b.1.1, 36b.1.2 en 36b.1.3 Sr, wordt met feit in art. 36c Sr bedoeld op rechterlijke uitspraak over een ex art. 261 Sv tlgd. feit (vgl. ECLI:NL:HR:2009:BG3504). Oordeel hof dat iPhone vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer omdat "met behulp daarvan door verdachte het strafbare feit a.b.i. art. 139f.1 Sr is begaan", geeft blijk van onjuiste rechtsopvatting. Nu geen van de aan verdachte tlgd. feiten is toegesneden op art. 139f.1 (oud) Sr, heeft hof miskend wat hiervoor is overwogen en onjuiste uitleg gegeven aan term voorwerp met betrekking tot welke, of met behulp van welke, het feit is begaan a.b.i. art. 36c.2 en 36c.3 Sr. Volgt partiële vernietiging t.a.v. onttrekking aan het verkeer (zonder terugwijzing).</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl SR-Updates.nl 2020-0303 met annotatie van J.H.J. Verbaan NJB 2020/2313 RvdW 2020/1044

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

STRAFKAMER

Nummer 18/04172

Datum 22 september 2020

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het gerechtshof Amsterdam van 21 september 2018, nummer 23/004814-16, in de strafzaak

tegen

[verdachte],
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1990,
hierna: de verdachte.

1 Procesverloop in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze hebben R.J. Baumgardt en P. van Dongen, beiden advocaat te Rotterdam, bij schriftuur cassatiemiddelen voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De advocaat-generaal D.J.C. Aben heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak maar uitsluitend wat betreft de beslissingen ter zake van de onttrekking aan het verkeer van de in beslag genomen telefoon en tot terugwijzing van de zaak naar het gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan en tot verwerping van het beroep voor het overige.

2 Tenlastelegging, bewezenverklaring en bewijsvoering

2.1 Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

“1 primair:

hij op of omstreeks 29 januari 2015 te Amsterdam, in elk geval in Nederland, door geweld of (een) (andere) feitelijkhe(i)den en/of bedreiging met geweld of (een) (andere) feitelijkhe(i)d(en), [slachtoffer] heeft gedwongen tot het ondergaan van een of meer handelingen die bestonden uit, of mede bestonden uit, het seksueel binnendringen van het lichaam van voornoemde [slachtoffer], te weten:

- het eenmaal of meermalen in de vagina van voornoemde [slachtoffer] duwen of brengen van de penis;

en het geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) en de bedreiging met geweld en andere feitelijkhe(i)d(en) hebben bestaat uit het meermalen, althans eenmaal:

- bovenop (de rug en/of benen van) voornoemde [slachtoffer] gaan zitten (terwijl voornoemde [slachtoffer] op haar buik lag) en/of

- de handen/armen van voornoemde [slachtoffer] (op haar rug) vasthouden en/of

- met voornoemde [slachtoffer] worstelen en/of

- ondanks dat voornoemde [slachtoffer] kenbaar maakte dat zij niet (verder) wilde (door te zeggen “Ga van mij af” en/of “Laat me slapen” en/of “Hou toch fucking op” en/of “Laat me met rust ik wil slapen”), doorgaan met één of meer seksuele handeling(en) en/of

- doorgaan met seksuele handelingen nadat voornoemde [slachtoffer] hem, verdachte, van zich af duwde en/wegduwde en/of
- misbruik maken van een uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht (veroorzaakt door de lichamelijke verschillen tussen verdachte en voornoemde [slachtoffer], en de staat van dronken/aangeschoten zijn van voornoemde [slachtoffer]) en/of
- creëren van een bedreigende situatie voor voornoemde [slachtoffer] (door verder te gaan met seksuele handelingen, terwijl [slachtoffer] kenbaar maakte dit niet (langer) te willen;

1 subsidiair:

hij op of omstreeks 29 januari 2015 te Amsterdam, in ieder geval in Nederland, met [slachtoffer], van wie hij, verdachte, wist dat zij ten gevolge van overmatige alcoholinname in een staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeerde dat voornoemde [slachtoffer], niet of onvolkomen in staat was haar wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, een of meer handeling(en) heeft gepleegd, die bestond(en) uit of mede bestond(en) uit het seksueel binnendringen van het lichaam van voornoemde [slachtoffer], immers heeft/is hij, verdachte

- bovenop (de rug van) voornoemde [slachtoffer] gaan zitten (terwijl voornoemde [slachtoffer] op haar buik lag) en/of
- de handen/armen van voornoemde [slachtoffer] (op haar rug) vastgehouden en/of
- zijn, verdachtes, penis eenmaal of meermalen in de vagina van voornoemde [slachtoffer] geduwd/gebracht;

3:

hij in of omstreeks de periode van 27 januari 2015 tot en met 29 januari 2015 te Amsterdam, in elk geval in Nederland, [slachtoffer] in het openbaar bij afbeelding opzettelijk heeft beledigd, door het vervaardigen en/of aanbieden van een of meer (compromitterende) (digitale) afbeelding(en) van voornoemde [slachtoffer], immers heeft hij, verdachte, met zijn mobiele telefoon, een foto vervaardigd/gemaakt, waarop voornoemde [slachtoffer] met ontbloot (onder)lichaam liggend op een bed is afgebeeld en/of (vervolgens) deze foto openbaar gemaakt door deze foto (met daarbij een foto van de ID kaart van voornoemde [slachtoffer]) (via Whatsapp) te verzenden aan een persoon genaamd [betrokkene 1], althans een feitelijkheid van gelijke beledigende aard en/of strekking heeft verricht."

2.2 Daarvan is bewezenverklaard dat:

"hij op 28 januari 2015 te Amsterdam met [slachtoffer], van wie hij, verdachte, wist dat zij ten gevolge van overmatige alcoholinname in een staat van lichamelijke onmacht verkeerde dat voornoemde [slachtoffer], niet in staat was daartegen weerstand te bieden, handelingen heeft gepleegd, die mede bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van voornoemde [slachtoffer], immers is hij, verdachte,

- bovenop voornoemde [slachtoffer] gaan zitten (terwijl voornoemde [slachtoffer] op haar buik lag) en heeft hij
- zijn, verdachtes, penis in de vagina van voornoemde [slachtoffer] geduwd/gebracht."

2.3 Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

"1. Een proces-verbaal van bevindingen met nummer PL1300-2015022280-4 van 29 januari 2015, in de wettelijke vorm opgemaakt door de bevoegde opsporingsambtenaren [verbalisant 1] en [verbalisant 2], met doorgenummerde pagina's 3-001 t/m 3-006.

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van verbalisanten of één van hen:

Op 29 januari 2015 omstreeks 03.00 uur kregen wij de opdracht te gaan naar de [a-straat 1] (het hof begrijpt in Amsterdam) alwaar een dame zou zitten die zojuist gedwongen seks zou hebben gehad met een jongeman. Ter plaatse bleek het te gaan om [A]. Wij troffen in de centrale hal een dame aan die

erg overstuurd was. Wij zagen dat zij zeer natte en rode ogen had, dat haar beide wangen nat waren en wij hoorden dat zij zwaar ademde. Deze dame bleek genaamd [slachtoffer].

De hotelmedewerker verklaarde mij dat de badkamer gedeeld werd door drie kamers. Ik opende de deur van de badkamer. Op de grond van de badkamer zag ik een soort brokken, vermoedelijk braaksel, liggen. Vervolgens ben ik naar de hotelkamer gelopen. Ik zag dat er een tweepersoonsbed in het midden van de kamer stond. Ik zag dat hier aan het hoofdeind een aantal lakens, het dekbed en wat kussens op een hoop lagen.

Ik zag dat aan de buitenzijde van het raam, op de vensterbank, een blikje cola en een witte kleurige handdoek lag. Ik zag dat er in het midden van de handdoek een rood/oranje kleurige vlek zat, vermoedelijk braaksel.

2. Een proces-verbaal van verhoor aangever met nummer 2015022280 van 30 januari 2015, in de wettelijke vorm opgemaakt door de bevoegde opsporingsambtenaren [verbalisant 3] en [verbalisant 4], met doorgenummerde pagina's 1-004 t/m 1-015.

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als de op 30 januari 2015 tegenover de verbalisanten afgelegde verklaring van aangeefster [slachtoffer]:

We (het hof begrijpt de aangeefster en de verdachte) hebben woensdag 28 januari 2015 afgesproken. De hotelkamer stond op zijn naam en hij heeft ingecheckt. De badkamer en de wc waren apart. We zijn naar een shotjesbar gegaan op ongeveer een minuut lopen. Dit was tussen 22:00 uur tot 00:00-01:00 uur. We hebben toen een aantal shotjes (het hof begrijpt: alcoholische drank) gehaald. [verdachte] zei steeds tegen de barman doe er nog maar een, doe er nog maar een. Dit waren verschillende shotjes. Ik denk dat ik 10-15 shotjes en 2 of 3 wodka spa rood heb gedronken. Dit was in een korte tijd echt veel. We zijn weggegaan, ik werd echt niet lekker meer. Hij kwam achter mij en liep mee naar het hotel. Wat ik mij daarna herinner is dat ik kotsend in de douche lag. Ik weet dat ik toen wel naakt was. Ik wilde toen gewoon gaan liggen en slapen. Ik lag toen op mijn buik volgens mij. Hij kwam toen bovenop mij zitten. Ik zei tegen hem: laat me met rust, ik wil slapen. Hij zei toen zoiets van: kom op, laat me. Ik weet dat je dit wilt. En toen kwam hij in mij. Hij ging met zijn penis in mijn vagina. Hij bleef bewegen. Ik was duidelijk dat ik niet wilde maar hij bleef doorgaan met bewegen. Ik lag nog steeds op mijn buik. Voor mijn gevoel ging het snel en hij kwam klaar over mijn billen en rug. Hij zei wel dingen maar er kwam niets bij mij binnen op dat moment.

3. De verklaring van de verdachte, afgelegd ter terechtzitting in hoger beroep van 7 september 2018.

Deze verklaring houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

Het klopt dat ik in de nacht van 28 op 29 januari 2015 in een hotel in Amsterdam seks met de aangeefster [slachtoffer] heb gehad. Ik had dat hotel geboekt. We zijn eerst samen shotjes gaan drinken in een bar in de buurt van het hotel. Het waren zoetige drankjes met alcohol. Het zouden er 6, 8 of 10 geweest kunnen zijn. We zijn daarna naar het hotel gegaan. Er was geen badkamer in de hotelkamer. Het klopt dat ze op een gegeven moment zeer passief werd, waarna ik alles deed. Ik kan me herinneren dat ze op haar buik lag. Ik ben toen doorgedaan met neuken. Ik ben op haar klaargekomen. Ze vond het niet zo leuk dat ik op haar rug was klaargekomen. Ik vond haar een lekkere kont om te neuken, verder niks.

4. Een proces-verbaal onderzoek iPhone en Nokia verdachte met nummer 2015022280 van 19 februari 2015, in de wettelijke vorm opgemaakt door de bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 4], met doorgenummerde pagina's 3-117 t/m 3-122.

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van verbalisant:

Op vrijdag 30 januari 2015 zijn twee mobiele telefoons van de verdachte [verdachte] in beslag genomen voor onderzoek. Dit betroffen een iPhone en een Nokia. Ik, verbalisant [verbalisant 4] heb, op vrijdag 13 februari 2015 een onderzoek ingesteld naar de data van de telefoons.

(vanaf doorgenummerde pagina 3-119) Onderzoek iPhone

Op de telefoon van [verdachte] zijn meerdere videos aangetroffen. Al deze videos zijn door hem gemaakt op 29-01-2015. Op de videos zijn [slachtoffer] en [verdachte] te horen of te zien en ze zijn opgenomen in de hotelkamer. Opvallend is dat [slachtoffer] constant stil ligt en lichamelijk niet reageert op [verdachte], ook niet wanneer hij haar vermoedelijk penetreert en klaarkomt op haar rug. Zij reageert wel woordelijk op hem, maar het is duidelijk dat zij versuft is.

Ik verbalisant heb de videos letterlijk uitgewerkt.

[slachtoffer]: [slachtoffer]

[verdachte]: [verdachte]

.....: Onverstaanbaar

C: Wat er te zien is op de camera.

IMG_0430.mov te 0:34:39 uur

C: [slachtoffer] is helemaal bloot en ligt op haar buik op het bed. [verdachte] zit aan de bil van [slachtoffer], zij reageert hier niet op, blijft stil liggen.

[verdachte]: Schatje gaat het een beetje?

[slachtoffer]: Fuck you ga weg

[verdachte]: Moet ik weggaan?

[slachtoffer]: Nee

[verdachte]: Ik wil gewoon praten met je

[slachtoffer]: Praat dan

C: Hij filmt de vagina van haar en trekt haar schaamlippen open. Zij blijft stil liggen.

IMG_0431.mov te 0:35:14 uur

C: [slachtoffer] ligt naakt op haar buik en haar hand ligt op (het hof begrijpt onder) haar borst

[verdachte]: Wil je een deken?

[slachtoffer]: hmhm

C: [verdachte] filmt haar billen en benen

[verdachte]: Je bent echt prachtig baby

[slachtoffer]:.....

[verdachte]: Oké, gaan we naar toe Dubai samen of niet het is zo mooi

C: [verdachte] filmt haar schaamlippen en trekt deze met een hand open, zij blijft stil liggen.

[verdachte]: Het is echt mooi

[slachtoffer]: Wil je klappen?

[verdachte]: Nee

IMG_0432.mov te 0:36:39 uur

C: Beide liggen naast elkaar in bed en zij zonder deken.

[verdachte]: Je bent zo mooi baby

[slachtoffer]: Geef me fucking deken heb het echt koud

[verdachte]: Ja, ben ik lief voor je

[slachtoffer]: Geef me deken

[verdachte]: Ben ik lief voor je wil ik horen

[slachtoffer]: Wil je fucking knie in je lul

[verdachte]: (lacht)

IMG_0433.mov te 0:37:39 uur

[verdachte] : Met je mooie kontje

C: Hij filmt haar kont

[slachtoffer]: Geef me deken ik heb het koud

C: Hij likt haar gezicht, zij reageert hier niet op.

IMG_0438.mov te 0:41:45 uur

[verdachte]: Ben ik lief voor je geweest?

C: Hij geeft haar weer een zoen op haar mond

[verdachte]:.....

[slachtoffer]: Ga van me af!

IMG_0439.mov te 0:42:41 uur

C: Haar billen zijn te zien en hij slaat daarop met een vlakke hand. Zij blijft stil liggen.

[verdachte]: Stouterd

C: Hij slaat haar billen weer en zij blijft stil liggen

[slachtoffer]: Laat me slapen

C: Hij likt haar billen

[slachtoffer]: ohh

[verdachte]: (lacht) Braaf zijn

C: hij slaat meerdere malen op haar billen

[verdachte]: Wees fucking braaf

[verdachte]: Wees braaf zei ik

[slachtoffer]:.....

C: Je ziet dat haar billen rood zijn

[slachtoffer]: Auww

C: Je ziet zijn gezicht en hij zoent haar bil

[verdachte]: Lekker kontje hé

C: Hij likt haar bil en slaat nog een keer

[slachtoffer]: Geef mij die fucking.....

C: Je ziet zijn penis en hij slaat daarmee op haar bil. Daarna slaat hij met zijn hand op haar bil

IMG_0440.mov te 0:44:09 uur

C: Zij ligt bloot op haar buik en haar rug is te zien daarop zitten meerdere krassen

[slachtoffer]: Hou toch fucking op

[verdachte]: Oké, maar eerlijk een ding zeggen

[slachtoffer]: Ga gewoon fucking liggen

[verdachte]: Oké, schatje.

IMG_0441.mov te 0:45:08 uur

C: Haar blote billen zijn te zien en zijn piemel. Met zijn piemel maakt hij rukkende bewegingen. Je hoort hem kreunen. Zij ligt stil en je ziet zijn knieën want hij zit bovenop haar benen.

IMG_00442.mov te 0:48:42 uur

C: Zij ligt op haar buik en de hand van hem is te zien op haar billen/onderrug.

[verdachte]: Groot kutje (je hoort hem kreunen)

[verdachte]: He, zeg het

[verdachte]: Oh, lekker

C: Zij ligt op haar buik, de camera gaat wild heen en weer, zij gaat ook heen en weer hoogstwaarschijnlijk door de bewegingen die hij maakt. Je hoort hem klaarkomen en zie(t) sperma spuiten. Het sperma wordt op haar rug gespoten en je hoort hem kreunen. Zij blijft stil liggen.

IMG_0443.mov te 0:51:05 uur

C: Het is donker

[slachtoffer]: Mij fucking rug gewoon ff.....schoonmaken

[verdachte]: Oké, oké, kun je je mond houden. Hou je mond anders doe ik niets. Kanker veel sperma hier zo.

IMG_0445.mov te 0:54:12 uur

C: het is donker

[verdachte]: Wil je water baby?

[slachtoffer]: Uhuh

[verdachte]: Je ziet er goed uit baby. Ja baby, goed zo schatje, lekker kutje.

O: Hij slaat haar vervolgens op haar bil, zij reageert hier niet op en blijft stil liggen. Zij heeft rode billen.

[verdachte]: ja oké dan, braaf hoertje, goed zo.

5. Een proces-verbaal van verhoor getuige van 9 november 2017, opgemaakt door [verbalisant 5], raadsheer-commissaris belast met de behandeling van strafzaken in het gerechtshof Amsterdam.

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als de op 9 november 2017 tegenover de raadsheer-commissaris afgelegde verklaring van aangeefster [slachtoffer]:

Ik had die avond zon 10 shotjes en 2 wodka met water gedronken. Dat was geen gebruikelijke hoeveelheid voor mij. Die avond dronk ik dit alles in een relatief korte tijd. Ik had daar last van. Ik merkte dat ik dronken was. We zijn op mijn initiatief weggegaan uit die bar. Ik liep gewoon naar buiten. Ik was te dronken. [verdachte] ging met mij mee. Volgens mij ging ik onder de douche omdat ik moest overgeven of al had overgegeven.

Toen ik op bed lag voelde ik mij dronken, niet goed, niet lekker.

[verdachte] ging aan mij zitten of ging op mij liggen. Ik heb gezegd dat hij mij met rust moest laten. Dat ik wilde slapen. Dat deed hij niet. Dat kan ik mij herinneren. Ik kan mij herinneren dat hij mij op mijn bil heeft geslagen. Mijn lichaam voelde zodanig dat ik mij niet gemakkelijk kon bewegen. Ik was dronken en had overgegeven. Het moet overduidelijk zijn geweest dat ik mij niet goed voelde."

2.4 Het hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring verder het volgende overwogen:

"Vaststellingen van het hof

Op grond van de inhoud van het dossier stelt het hof vast dat de aangeefster met de verdachte op woensdag 28 januari 2015 naar een shotjesbar is gegaan. Zij heeft daar in een kort tijdsbestek 10 tot 15 shotjes en 2 of 3 wodka spa rood gedronken, hetgeen volgens haar verklaring meer was dan zij normaal in een dergelijk tijdsbestek zou drinken. De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg verklaard dat hij daar samen met aangeefster 8 tot 10 shotjes heeft gedronken. Tegen middernacht heeft de aangeefster het initiatief genomen om de bar te verlaten, omdat zij zich niet lekker voelde en wilde gaan slapen. Samen met de verdachte is zij naar een hotel gegaan. De aangeefster heeft verklaard dat zij in het hotel onwel is geworden, heeft overgegeven en op haar buik op het bed is gaan liggen. In die laatste situatie heeft de verdachte met zijn iPhone filmpjes van de aangeefster gemaakt. Op de iPhone van de verdachte zijn meerdere videos aangetroffen. Al deze videos zijn door de verdachte gemaakt op 29 januari 2015, tussen 0:34:39 uur en 0:54:12 uur. Het hof heeft van die beelden kennis genomen en geconstateerd dat het proces-verbaal dat van het uitkijken van dit

beeldmateriaal is opgemaakt, een accurate weergave van die beelden betreft. De verdachte en/of de aangeefster zijn op deze videos te horen of te zien.

(...)

Oordeel van het hof

Met betrekking tot hetgeen zich in de hotelkamer heeft afgespeeld voorafgaand aan en tijdens het moment waarop de verdachte het lichaam van de aangeefster seksueel is binnengedrongen gaat het hof in de eerste plaats uit van hetgeen is waar te nemen op de door de verdachte gemaakte filmbeelden. Op basis daarvan stelt het hof vast dat bij de aangeefster, gedurende de gehele tijdspanne van bijna twintig minuten waarin die filmbeelden zijn vastgelegd sprake is van een toestand van nagenoeg totale fysieke passiviteit. De waar te nemen verbale uitlatingen van de aangeefster hebben daarnaast een rudimentair karakter - passend bij een staat van verminderd bewustzijn - en duiden naar hun inhoud erop dat de aangeefster door de verdachte met rust gelaten wil worden (fuck you, ga weg, ga van me af, laat me slapen, hou toch fucking op). Opvallend is verder dat elke fysieke reactie van de aangeefster op aanrakingen van de verdachte uitblijft, ook waar het gaat om aanrakingen op normaal gesproken heel gevoelige plaatsen (schaamlippen) of op een wijze (likken, slaan) die normaal gesproken een fysieke reactie uitlokt, afgezien van één moment waarop zij na weer een klap daarop haar billen wegdraait. Een en ander wijst er op dat de totale passiviteit van de aangeefster in de gefilmde tijdspanne voortvloeit uit een bij haar bestaande situatie van onmacht, die het haar onmogelijk maakte fysiek weerstand te bieden tegen het seksueel binnendringen van haar lichaam door de verdachte. Dit wordt naar het oordeel van het hof verder geïllustreerd en onderstreept door het feit dat aangeefster bij herhaling dringend heeft verzocht om een deken, maar daarvoor blijkbaar volledig afhankelijk was van de verdachte en niet in staat deze zelf te pakken. Voor hetgeen ten aanzien van de fysieke onmacht van de aangeefster ten tijde van het seksueel binnendringen door de verdachte is waar te nemen op de door hem gefilmde beelden, kan steun worden gevonden in de door de aangeefster hierover afgelegde verklaringen. Ook die verklaringen bezigt het hof in zoverre voor het bewijs. Dat de door de aangeefster afgelegde verklaringen op andere punten niet volledig consistent zijn, doet naar het oordeel van het hof aan de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van haar verklaringen op het voormelde cruciale punt niet af. Datzelfde geldt voor het wissen door de aangeefster van een Whatsapp conversatie met een vriend van haar, nu dat geen betrekking had op de gebeurtenissen op de voor de beoordeling van het aan de verdachte gemaakte verwijt cruciale momenten. Het hof acht niet aannemelijk dat alleen de passieve momenten in de voormelde tijdspanne zijn gefilmd, zoals de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft gesuggereerd, of dat de verbale uitlatingen van de aangeefster moeten worden gezien als onderdeel van een spel van aantrekken en afstoten. Dat gebruik van XTC in combinatie met alcohol de waarneming of beleving door de aangeefster in die zin heeft verstoord dat zij over de gebeurtenissen geen met de werkelijkheid corresponderende verklaring heeft kunnen afleggen, acht het hof niet aannemelijk geworden.

Gelet op het vorenstaande kan het de verdachte niet zijn ontgaan dat de aangeefster in een situatie van zodanige onmacht verkeerde dat zij niet in staat was fysiek weerstand tegen hem te bieden en te voorkomen dat hij in strijd handelde met haar verbaal tot uitdrukking gebrachte - niet voor enig misverstand vatbare - wil. Dat de verdachte zich maar al te goed bewust is geweest van de situatie waarin de aangeefster zich bevond, leidt het hof mede hieruit af dat de aangeefster in zijn aanwezigheid in korte tijd een grote hoeveelheid alcoholische consumpties tot zich heeft genomen, en hij op een van de beelden aan het begin van de gefilmde tijdspanne aan de aangeefster vraagt "Schatje gaat het een beetje?", hetgeen naar het oordeel van het hof erop duidt dat de verdachte reeds op dat moment weet had van het onwel bevinden van de aangeefster, terwijl hij vervolgens - nadat tenminste ongeveer 14 minuten van totale fysieke passiviteit zijn verstreken en zij verbaal zeer duidelijk heeft gemaakt met rust gelaten te willen worden - seksueel haar lichaam is binnengedrongen.

Het voorgaande maakt dat het verweer in alle onderdelen wordt verworpen en de verdachte zich naar het oordeel van het hof schuldig heeft gemaakt aan het hem onder 1 subsidiair ten laste gelegde.”

3 Beoordeling van het eerste cassatiemiddel

- 3.1 Het cassatiemiddel klaagt dat de bewezenverklaring, voor zover die betrekking heeft op de staat van lichamelijke onmacht waarin de aangeefster verkeerde en de wetenschap van de verdachte daarvan, niet uit de door het hof gebruikte bewijsvoering kan worden afgeleid.
- 3.2.1 Het onder 1 subsidiair tenlastegelegde is toegesneden op artikel 243 (oud) van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Daarom moet worden aangenomen dat de in de tenlastelegging en de bewezenverklaring voorkomende woorden lichamelijke onmacht zijn gebruikt in de betekenis die die woorden hebben in die bepaling.
- 3.2.2 Artikel 243 Sr luidde ten tijde van het bewezenverklaarde:
- “Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.”
- 3.3 Het oordeel van het hof dat uit de bewijsvoering kan worden afgeleid dat de aangeefster heeft verkeerd in een toestand van lichamelijke onmacht door het nuttigen van een grote hoeveelheid alcohol, en dat de verdachte van die toestand weet had, een en ander als bedoeld in artikel 243 (oud) Sr, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Aan de begrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat de aangeefster heeft verkeerd in een toestand van lichamelijke onmacht doet - anders dan het middel kennelijk betoogt - niet af dat het hof ook vaststellingen heeft gedaan die het “passend” acht “bij een staat van verminderd bewustzijn”.
- 3.4 Het cassatiemiddel faalt in zoverre.
- 3.5 De Hoge Raad heeft ook de verder in het cassatiemiddel aangevoerde klachten over de uitspraak van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat ook deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die uitspraak. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

4 Beoordeling van het tweede cassatiemiddel

- 4.1 Het cassatiemiddel komt met verschillende klachten op tegen de beslissing van het hof dat een inbeslaggenomen Apple iPhone 6 aan het verkeer onttrokken wordt verklaard.
- 4.2.1 Het hof heeft het bewezenverklaarde gekwalificeerd als “met iemand van wie hij weet dat zij in staat van lichamelijke onmacht verkeert, handelingen plegen die bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam” en de verdachte voor dat feit veroordeeld tot een gevangenisstraf van achttien maanden en met onttrekking aan het verkeer van een inbeslaggenomen Apple iPhone 6.
- 4.2.2 Het bestreden arrest houdt, voor zover voor de beoordeling van het cassatiemiddel van belang, het volgende in:
- “Nu de verdachte van het onder 3 tenlastegelegde zal worden vrijgesproken is aan de wettelijke vereisten voor verbeurdverklaring van de onder hem inbeslaggenomen iPhone niet voldaan. Tot teruggave van die telefoon komt het gelet op de navolgende beslissing echter niet.
- Onttrekking aan het verkeer

De onder de verdachte in beslag genomen witte Apple iPhone 6 bevat de voormelde door de verdachte in de hotelkamer, gedeeltelijk heimelijk, opzettelijk en wederrechtelijk vervaardigde fotos en filmbestanden van de aangeefster. Deze aan de verdachte toebehorende telefoon zal worden onttrokken aan het verkeer aangezien met behulp daarvan door de verdachte het strafbare feit als bedoeld in artikel 139f, onder 1°, Wetboek van Strafrecht is begaan, in aanmerking genomen dat de aanwezigheid van een herhaaldelijke filmende telefoon niet op duidelijke wijze door de verdachte kenbaar is gemaakt, en aangezien deze telefoon afbeeldingen bevat die tengevolge van dit strafbare feit zijn verkregen, zodat teruggave ertoe zou leiden dat de verdachte zich schuldig maakt aan het strafbare feit als bedoeld in artikel 139f, onder 2°, Wetboek van Strafrecht. Het ongecontroleerde bezit van deze telefoon is daarom in strijd met de wet en met het algemeen belang.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

De op te leggen straffen zijn gegrond op de artikelen 36b, 36c, 63 en 243 van het Wetboek van Strafrecht.”

4.3 De volgende bepalingen van het Wetboek van Strafrecht zijn van belang.

- Artikel 36b Sr luidt, voor zover in cassatie van belang:

“1. Onttrekking aan het verkeer van in beslag genomen voorwerpen kan worden opgelegd:

1°. bij de rechterlijke uitspraak waarbij iemand wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld;

2°. bij de rechterlijke uitspraak waarbij overeenkomstig artikel 9a wordt bepaald dat geen straf zal worden opgelegd;

3°. bij de rechterlijke uitspraak waarbij, niettegenstaande vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, wordt vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan;

(...)”

- Artikel 36c Sr luidt:

“Vatbaar voor onttrekking aan het verkeer zijn alle voorwerpen:

1°. die geheel of grotendeels door middel van of uit de baten van het feit zijn verkregen;

2°. met betrekking tot welke het feit is begaan;

3°. met behulp van welke het feit is begaan of voorbereid;

4°. met behulp van welke de opsporing van het feit is belemmerd;

5°. die tot het begaan van het feit zijn vervaardigd of bestemd;

een en ander voor zover zij van zodanige aard zijn, dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet of met het algemeen belang.”

- Artikel 139f, aanhef en onder 1°, Sr luidde ten tijde van het bewezenverklaarde:

“Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft:

1°. hij die, gebruik makende van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigt.”

4.4 In gevallen waarin de onttrekking aan het verkeer wordt bevolen bij rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 36b lid 1, aanhef en onder 1° tot en met 3°, Sr, wordt met het feit in artikel 36c Sr bedoeld op de rechterlijke uitspraak over een op de voet van artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering tenlastegelegd feit (vgl. HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3504).

4.5 Het oordeel van het hof dat de Apple iPhone 6 vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer omdat “met behulp daarvan door de verdachte het strafbare feit als bedoeld in artikel 139f, onder 1°, Wetboek van Strafrecht is begaan”, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Nu geen van de aan de verdachte tenlastegelegde feiten is toegesneden op artikel 139f, aanhef en onder 1°, (oud) Sr, heeft het hof miskend wat hiervoor onder 4.4 is overwogen en een onjuiste uitleg gegeven aan de term voorwerp met betrekking tot welke, of met behulp van welke, het feit is begaan als bedoeld in artikel 36c,

aanhef en onder 2° en 3°, Sr.

4.6 De klacht is gegrond. Dat brengt mee dat bespreking van het restant van het cassatiemiddel niet nodig is.

5 Ambtshalve beoordeling van de uitspraak van het hof

De Hoge Raad doet uitspraak nadat meer dan twee jaren zijn verstreken na het instellen van het cassatieberoep. Dat brengt mee dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is overschreden. Dit moet leiden tot vermindering van de opgelegde gevangenisstraf van achttien maanden.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de beslissing tot onttrekking aan het verkeer van de inbeslaggenomen Apple iPhone 6 en de duur van de opgelegde gevangenisstraf;
- vermindert de opgelegde gevangenisstraf in die zin dat deze zeventien maanden belooft;
- verwerpt het beroep voor het overige.

Dit arrest is gewezen door de vice-president V. van den Brink als voorzitter, en de raadsheren Y. Buruma en M.T. Boerlage, in bijzijn van de waarnemend griffier H.J.S. Kea, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 september 2020.